

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



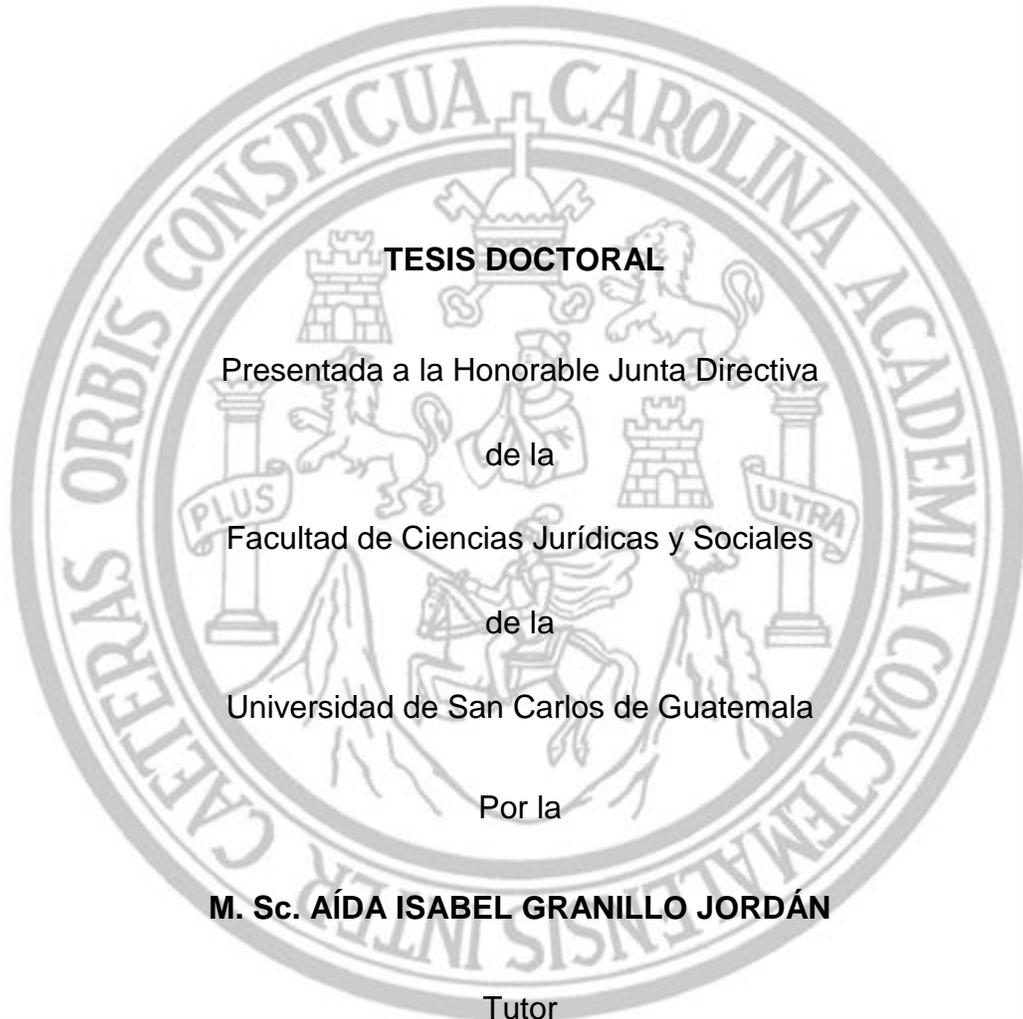
**EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO**

M. Sc. AÍDA ISABEL GRANILLO JORDÁN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO**



TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la

M. Sc. AÍDA ISABEL GRANILLO JORDÁN

Tutor

Dr. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, agosto de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

| | | |
|-------------|--------|----------------------------------|
| DECANO: | M. Sc. | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| VOCAL I: | | (Vacante) |
| VOCAL II: | Lic. | Rodolfo Barahona Jácome |
| VOCAL III: | Lic | Helmer Rolando Reyes García |
| VOCAL IV: | Lic. | Javier Eduardo Sarmiento Cabrera |
| VOCAL V: | Br. | Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar |
| SECRETARIO: | Lic. | Wilfredo Eliú Ramos Leonor |

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

| | | |
|-----------|-------|--------------------------------|
| DECANO: | M. Sc | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| DIRECTOR: | Dr. | Luis Ernesto Cáceres Rodríguez |
| VOCAL: | Dr. | Carlos Estuardo Gálvez Barrios |
| VOCAL: | Dra. | Herminia Isabel Campos Pérez |
| VOCAL: | Dr. | William Enrique López Morataya |

TRIBUNAL EXAMINADOR

| | | |
|-------------|-----|--------------------------------|
| PRESIDENTE: | Dr. | Luis Ernesto Cáceres Rodríguez |
| VOCAL: | Dr. | Saúl González Cabrera |
| SECRETARIO: | Dr. | Anibal González Dubón |

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 02 de junio del año 2024.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

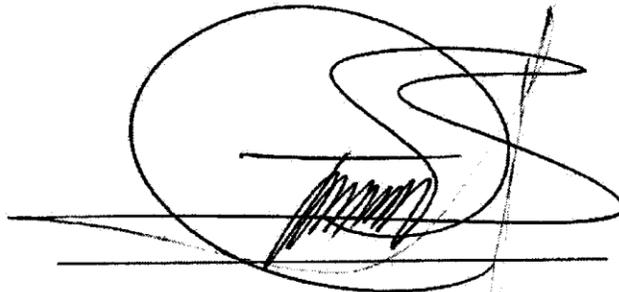
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **D.E.E.P. D. E. D. 143-2022** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha veintiuno de noviembre de 2022, se me nombró para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** de la **Maestra Aida Isabel Granillo Jordán** titulada "**EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO**".

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de la **Maestra Granillo Jordán** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que, su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' shape with a vertical line through it, and a horizontal line below it.

Doctor Anibal González Dubón



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 9 de agosto de 2024

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

Director de la Escuela de Estudios de Posgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha cinco de agosto de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la maestra: **AÍDA ISABEL GRANILLO JORDÁN**, del programa de **Doctorado en Derecho**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica; asimismo, se proponen neologismos pertinentes a la materia objeto de estudio, que cumplan las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, la sustentante, ha referido con el modelo latino de citas y notas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que la estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Ced. 6144



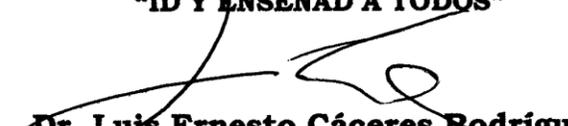
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 12 de agosto del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la MSc. Aida Isabel Granillo Jordan, aprobó el examen privado de Tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 87-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de tesis titulada **“EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

- A DIOS:** Como ser supremo y creador de mi vida. Quien es mi fuente de fortaleza y bendice este éxito profesional.
- A MI MADRE:** Por darme la vida, guiarme en el camino del bien con amor puro e incondicional y creer en mí. Gracias por sus oraciones y apoyar mis metas siempre.
- A MI PADRE:** (D. E. P.) Le agradezco por mi vida y por su esfuerzo para convertirme en la persona que soy. Que este logro se convierta en una plegaria a su memoria. ¡Sé que desde el cielo me bendice y besa mi frente!
- A MI ESPOSO:** Por incentivar me, apoyarme, ser fuente de mi inspiración y dedicación. Gracias por su comprensión y por ser parte fundamental para que este sueño profesional se hiciera realidad.
- A MIS HERMANOS:** Jaime por su apoyo, cariño y enseñarme que con esfuerzo y dedicación los sueños se hacen realidad; a Zoyla por su cariño y apoyo incondicional; y José (D. E. P.) Sé que desde la mansión celestial celebras esta meta profesional, siempre estarás presente en mi corazón y te extrañaré por siempre.

A MIS SOBRINOS:

Especialmente a Kevin, Jaime, Nancy, Evelyn y Cristel, espero que este logro académico sirva de inspiración y superación profesional en sus vidas.

A MI FAMILIA:

Por los momentos compartidos, por su apoyo y por su cariño.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a través de la Escuela de Estudios de Posgrado, por haberme recibido y con el apoyo de los docentes, quienes mediante sus conocimientos impartidos me brindaron la oportunidad de cumplir esta meta profesional en mi vida.



ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. La crítica postpositivista del positivismo jurídico | 1 |
| 1.1. La discusión sobre el positivismo jurídico | 1 |
| 1.2. Las aproximaciones teóricas al positivismo jurídico | 1 |
| 1.3. Los inicios de las propuestas postpositivistas | 9 |
| 1.4. Las tesis que definen al positivismo jurídico en sus variantes contemporáneas | 22 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. La distinción entre normas y principios | 33 |
| 2.1. La concepción tradicional | 33 |
| 2.2. La tesis de la diferenciación lógica o estricta entre reglas y principios | 36 |
| 2.2.1. Los principios como razones no perentorias para decidir | 37 |
| 2.2.2. Conflicto de reglas y conflicto de principios | 45 |
| 2.2.3. Los principios como mandatos de optimización | 49 |
| 2.3. Los principios como una especie de normas | 57 |
| 2.3.1. Los principios como técnicas de interpretación | 57 |
| 2.3.2. Principios y reglas, especies de un mismo género | 65 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. La concretización normativa de los principios | 75 |
| 3.1. Los principios y el derecho natural | 75 |
| 3.2. Los valores morales en la concepción positivista del derecho | 78 |
| 3.3. Los principios en la hermenéutica | 82 |
| 3.4. Derecho y moral en Dworkin | 87 |
| 3.4.1. Los principios y su discutible origen | 87 |
| 3.4.2. Los principios y la regla de reconocimiento | 96 |



| | |
|---|-----|
| 3.4.3. La función de la teoría del derecho y el concepto de derecho | 101 |
|---|-----|

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----|
| 4. La función de los principios y de las normas en el razonamiento jurídico | 107 |
| 4.1. Distintas formas de entender la función de los principios | 107 |
| 4.2. Funciones normativas | 109 |
| 4.3. La función de los principios en el razonamiento jurídico | 118 |
| 4.3.1. Los principios y el criterio de universalización | 119 |
| 4.3.2. Los principios y el argumento consecuencialista | 128 |
| 4.3.3. Los principios y la interpretación sistemática | 143 |
| CONCLUSIÓN | 151 |
| BIBLIOGRAFÍA | 155 |



INTRODUCCIÓN

Como inicio de este exordio, es importante destacar que en la doctrina de la teoría postpositivista, varios son los rasgos que la distinguen: constitucionalista; no positivista; basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda atrasarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el derecho y la moral; que defiende un objetivismo moral mínimo; que reconoce la importancia de los principios y de la ponderación; el papel activo de la jurisdicción; y subraya el carácter argumentativo del derecho. Estos rasgos configuran una concepción del derecho claramente separada de la positivista y de la constitucionalista que, en teoría, no supone una vuelta al derecho natural.

Para que el constitucionalismo sea un rasgo distintivo de una teoría del derecho, no basta con reconocer el fenómeno de la constitucionalización del derecho, que con grados distintos, caracteriza a muchos de los sistemas jurídicos del mundo occidental. Constitucionalistas serán únicamente, las concepciones del derecho que interpretan esa esfera de una cierta manera.

Para lograr arribar a la concepción de una teoría que se diga constitucional o de un sistema constitucionalista, se necesita interpretar la Constitución a la luz de alguna filosofía moral y política de carácter sustantivo; para decirlo con Dworkin, habrá que remontarse a la filosofía que sea compatible con los materiales autoritativos del



derecho y que suponga el mayor desarrollo de los fines y valores que conforman la práctica constitucional.

La teoría constitucionalista no parte de la existencia de un orden preciso de valores, sino que, si se quiere, se esfuerza por encontrarlo o construirlo, aunque no siempre lo logre. De manera que el constitucionalismo no es una ideología idealista e ingenua que considera que el derecho del Estado constitucional es el mejor de los derechos posibles, además, que las constituciones contemporáneas se identifican sin más con la moral justificada. Ese derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, pero no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo, por los valores que trata de proteger.

El paradigma constitucional necesita una doble ampliación en sentido extensional, lo que supone llevar el paradigma a todos los poderes y, en sentido intencional, reforzar la garantía de todos los derechos. Ese proyecto político supone, sin duda, cambios radicales que configuran una especie de programa de *lege ferenda*.

De manera que, lo distintivo de las concepciones constitucionalistas, pero no positivistas del derecho, es la afirmación de la naturaleza dual del derecho, que puede expresarse de distintas maneras. Una de ellas consiste en ver al derecho no solo como un conjunto de reglas, sino también, de principios (el modelo clásico dworkiniano). Otra, en distinguir, como lo hace Alexy, un componente de positividad y otro de idealidad del derecho, vinculado este último con la pretensión de corrección.



En cuanto a la distinción entre principios y reglas, puede decirse que existe una teoría de la falsa oposición entre ambos, pues en el derecho no existe ningún problema para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas. Las reglas son razones excluyentes, pero pueden ser derrotadas, aunque sea excepcionalmente, a diferencia de los principios que no son razones excluyentes, sino, razones no perentorias.

Una teoría postpositivista es una teoría argumentativa del derecho en cuanto subraya que la práctica jurídica -en especial en el Estado constitucional- tiene en buena medida un carácter argumentativo, aunque, naturalmente, en el derecho no todo es argumentación. Para ello, se necesita, vincular de una manera natural, la teoría con la práctica y desarrollar un concepto de argumentación suficientemente amplio y sistemático que permita articular la dimensión lógico-formal con la dimensión material y la dimensión pragmática.

Analizados así los rasgos que distinguen a una teoría postpositivista del derecho, se puede inferir que este último consiste realmente en una práctica social compleja, que necesita recurrir a todos los elementos propios de los rasgos descritos, para constituir una teoría explicativa del fenómeno jurídico, y que esta teoría, tiene como elementos centrales a los componentes del ordenamiento jurídico: principios, normas y directrices.



El problema investigado se planteó de la siguiente manera: ¿qué se debe entender por una teoría postpositivista del Derecho? y; ¿cuál es la función de las normas y de los principios en el razonamiento jurídico?

Las hipótesis relativas al problema investigado se formularon de la siguiente forma:

1. Por una teoría postpositivista del derecho, se debe entender aquella que trata de explicar que la actual idea del derecho debe enfocarse en el ámbito del Estado constitucional de derecho, en el cual se privilegia la prevalencia del respeto y garantía de los derechos fundamentales y para ello, debe plantearse al derecho como una práctica social compleja que no constituye una realidad que está ya dada de antemano, sino en la que se participa y se contribuye a desarrollar.

Para ello, es necesario considerar, además del derecho como práctica social compleja, la necesidad de un desarrollo interpretativo integrado por una serie de procedimientos y no simplemente como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumple ciertos requisitos. Para ello, la justificación de las decisiones judiciales requiere, además de las reglas, de principios y directrices que complementen el ámbito normativo y limiten la discrecionalidad judicial, orientando las decisiones judiciales a una unidad de solución justa.

2. La función de las normas y de los principios en el razonamiento jurídico debe también entenderse como una actividad compleja. Las normas o reglas tienen la



función categórica de prohibir, permitir y ordenar y de obligar; dada su estructura lógica de: *si es H debe ser P y si no H entonces S*. Ello es así, porque las normas poseen la característica de definitividad. Los principios en cambio, se configuran como una técnica descriptiva de las normas.

Ya sea porque en virtud de su carácter fundamental, se supone que han de presidir algún sector del derecho o el conjunto del ordenamiento, porque dado su carácter general, se presume que una multiplicidad de reglas particulares responden o se ajustan al principio en cuestión. Sin embargo, que los principios no se presenten como normas, sino como síntesis descriptivas del derecho, no impide que a la postre, por medio del proceso de concretización, puedan desempeñar una importante función normativa.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos: en el capítulo uno, se analiza el tema de la crítica postpositivista del positivismo jurídico; en el capítulo dos, se desarrolla el tópico de la distinción entre normas y principios; en el capítulo tres, se estudia la idea de la concretización normativa de los principios; y, en el capítulo cuatro, se desarrolla el tema de la función de los principios y de las normas en el razonamiento jurídico; para, por último, arribar a una conclusión que verifique la verosimilitud de las hipótesis formuladas con el resultado de la investigación.





CAPÍTULO I

1. La crítica postpositivista del positivismo jurídico

1.1. La discusión sobre el positivismo jurídico

Cuando se examina la profusa discusión actual acerca del positivismo jurídico, se tiene la impresión de asistir a un debate en el que todo está ya dicho: todas las posibles posturas (las variedades) de positivismo jurídico, identificadas, y todos los posibles argumentos en favor o en contra de cada una de ellas, evaluados. Sin embargo, no parece que por ello se trate de una discusión en la que no merezca la pena participar.

La importancia del debate radica en que la posición que se adopte al respecto tiene repercusión en casi todas las cuestiones de la teoría del derecho y, sobre todo, en que el problema de fondo de la discusión no es (o no debería ser) tanto un problema de teoría del derecho como de metateoría jurídica. Para ello es menester formular y responder las siguientes preguntas: ¿cuáles son las cuestiones de las que merece la pena ocuparse?; ¿qué teoría del derecho merece la pena esforzarse por elaborar?

1.2. Las aproximaciones teóricas al positivismo jurídico

En el contexto de la filosofía del derecho, la defensa del positivismo jurídico, hasta fecha relativamente reciente, ha ido unida a una actitud política de carácter liberal o



socialista. Conviene recordar que “la ideología jurídica oficial durante las dictaduras fue el iusnaturalismo, hasta el punto, como ha señalado Delgado Pinto de que la aceptación del iusnaturalismo se convirtió en algo así como un requisito necesario para el acceso a las cátedras”.¹

Inversamente, el hecho de inclinarse por el positivismo se vinculaba inequívocamente a una actitud política de oposición al régimen. Así, por ejemplo, en un texto emblemático de 1966 que constituye una de las primeras defensas explícitas del positivismo jurídico publicadas, Elías Díaz sostenía que “el pluralismo valorativo que se abre ante el jurista positivista y, sobre todo, el contexto histórico-social en que se produce el positivismo (vinculado en gran parte al liberalismo, enemigo del absolutismo tradicional) permiten que el jurista positivista tenga, en definitiva, una amplitud de criterio mayor y más moderna, por lo general, que la del jurista iusnaturalista”.²

El ideal valorativo del iusnaturalismo posterior a la Revolución francesa está constituido por la noción tradicional conservadora de orden natural que ahora va a manifestarse con caracteres más agudos como orden antiliberal; y ya en directa referencia al iusnaturalismo, que “el Derecho natural aparece pura y simplemente como la cobertura ideológica absoluta mente justificadora de un cierto orden jurídico-positivo y de un cierto estado de cosas”.³

¹ Rodilla, Miguel Ángel. **Entrevista a José Delgado Pinto**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. No. 25. 2002. Pág. 740.

² Díaz, Elías. **Introducción a la sociología del derecho natural**. En: Kelsen, Hans; Bobbio, Norberto; otros. **Crítica del derecho natural**. Pág. 20.

³ **Ibid.** Pág. 25.



Otro tanto podría decirse en relación con otros ámbitos en los que el iusnaturalismo se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo con la influencia de la teoría egológica del derecho de Carlos Cossio, la adscripción de la mayoría de los autores iusnaturalistas a posiciones de carácter conservador es muy manifiesta, de la misma forma que resulta también clara la vinculación entre el positivismo jurídico (metodológico o conceptual) de la filosofía de corte analítico (positivistas jurídicos son tanto Carrió como Vernengo, Garzón Valdés -al menos en su primera época-, Alchourrón, Bulygin, o Guibourg) y posiciones de carácter liberal y, en algún caso, social demócrata.

Cuando se empiezan a presentar las crisis de las dictaduras, el poder dictatorial busca un apoyo ideológico en el iusnaturalismo católico más integrista y, de hecho, los departamentos de filosofía del derecho en algunas universidades pasan a estar dirigidos por representantes caracterizados de esta última concepción. El juicio de Ernesto Garzón Valdés al respecto no puede ser más categórico: “En el caso de la Argentina, fueron también (o sea, como en la Alemania nazi) jusnaturalistas quienes justificaron la aplicación de los tormentos y asesinatos. Un somero conocimiento de lo que ocurría en las universidades en los años de la dictadura permite confirmar la verdad de esta aseveración”.⁴

⁴ Garzón Valdés, Ernesto. **El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política.** Pág. 184.



Con diversas modulaciones, esta evolución vale también para los países latinoamericanos, o sea, la contraposición iusnaturalismo/iuspositivismo se corresponde, de manera bastante exacta, con la contraposición política entre conservadurismo y liberalismo.

Esta vinculación establecida entre positivismo jurídico y actitud de oposición a las dictaduras encajaba bien, por otro lado, con el hecho de que los principales mentores del positivismo jurídico en la escena internacional -Kelsen, Ross, Hart o Bobbio- habían adoptado, todos ellos, actitudes de oposición al fascismo nazi y se ubicaban ideológicamente en la zona del espectro que va del liberalismo avanzado a la socialdemocracia.

En cuanto a la forma como se entendió el positivismo jurídico, hay dos aproximaciones que tuvieron entonces -y siguen teniendo hoy- una singular importancia. Una es la de Bobbio, con su famosa distinción entre tres sentidos de la expresión *positivismo jurídico*.

Puede decirse que prácticamente no ha habido autor que haya escrito en castellano sobre el problema del positivismo jurídico y que no haya tenido en cuenta esa triple distinción, aunque sea para criticarla. Como se sabe, Bobbio distinguía, en una serie de trabajos del inicio de los años sesenta del pasado siglo, entre el positivismo como enfoque o modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo como teoría del derecho y el positivismo como ideología.



En el primer sentido, debe entenderse por *enfoque o modo de acercarse al estudio del derecho, algo diferente de método*, pues no se trata -señala Bobbio- de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de investigación; como modo de acercarse al estudio del derecho, “el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre Derecho real y Derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre Derecho como hecho y Derecho como valor, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y por la convicción de que el Derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”.⁵

En el segundo sentido -el positivismo como teoría del derecho- se trata de la común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho, a la que se vinculan algunas conocidas tomas de posición de las que las más características resultan ser las siguientes:

- “ 1) Con respecto a la definición del Derecho, la teoría de la coactividad;
- 2) Con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa;
- 3) Con respecto a las fuentes del Derecho, la supremacía de la ley;

⁵ Bobbio, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Págs. 40-41.



- 4) Con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud y de coherencia;
- 5) Con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica”.⁶

En el tercer sentido -el positivismo jurídico como ideología- el positivismo jurídico confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, atribución que se suele llevar a cabo a través de una de las dos siguientes vías argumentativas:

- “1) El Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo es justo;
- 2) El Derecho sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal”.⁷

La otra aproximación, sin duda menos influyente que la anterior, pero igualmente significativa, es la de González Vicén. En varios artículos de la década de los 50 y los 60 del pasado siglo, González Vicén defendió la tesis de que “el positivismo en cuanto hecho histórico o modo general de entender la realidad jurídica debe distinguirse de las *teorías del positivismo jurídico*; esto es, una cosa es el positivismo jurídico en cuanto concepción del Derecho como un orden real e individualizado que conforma

⁶ **Ibid.** Pág. 45.

⁷ **Ibid.** Pág. 47.



efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determinado”,⁸ y otra cosa las diversas respuestas dadas a las interrogantes nacidas de la anterior concepción y no reconducibles fácilmente a una unidad: el positivismo historicista, el positivismo normativista o el realismo jurídico.

La existencia de este doble plano, en opinión de González Vicén, explica la equivocidad del término *positivismo jurídico*: “Las diversas teorías bajo las que nos aparece históricamente el positivismo jurídico no son variaciones o ramificaciones de un cuerpo de doctrina unitario, y ello por la simple razón de que este cuerpo de doctrina no existe. Las teorías del positivismo jurídico son construcciones ideológicas de un punto de vista sobre el Derecho, condicionadas por el ser concreto de la realidad social. La concepción del Derecho como orden histórico real de la convivencia lleva implícitos una serie de interrogantes acerca de los orígenes, la validez, el contenido y la estructura de este orden. A estos interrogantes solo puede responderse desde un horizonte histórico y social determinado, y estas respuestas, condicionadas como lo están por aquel horizonte, son las teorías del positivismo jurídico”.⁹

Una consecuencia importante de ambas maneras de aproximarse al positivismo jurídico es, por lo tanto, que se puede ser positivista en diversos sentidos, que no todos se implican entre sí y, aún más, que no todos ellos son entre sí compatibles. ¿Cuál es entonces el tipo de positivismo jurídico que caracteriza -o ha caracterizado- a la filosofía del derecho?

⁸ González Vicén, Felipe. **Estudios de filosofía del derecho**. Pág. 177.

⁹ **Ibid.** Pág. 178.



Se cree que se puede afirmar que la concepción estándar de positivismo jurídico ha sido, si se utilizan las distinciones de Bobbio, un positivismo como enfoque y, utilizando las distinciones de González Vicén, una determinada teoría del positivismo: el positivismo normativista.

En todo caso, se habría tratado de una teoría positivista flexible y abierta, esto es, muy alejada, en las contribuciones más significativas, de postulados bien característicos del formalismo al que Bobbio identificaba con el positivismo jurídico como teoría: por ejemplo, la consideración del derecho como dotado de plenitud hermética o la concepción logicista de la interpretación y aplicación.

Se trataba, meramente, de la concepción del derecho positivo como un conjunto de normas válidas, como un ordenamiento; en las concepciones más refinadas, los sistemas jurídicos estarían formados por normas de diversos tipos, así como por otro tipo de entidades, como las definiciones, que no serían, en sentido estricto, normas. Y, por otro lado, la identificación de un cierto sistema como derecho positivo vigente y de sus normas como normas jurídicas válidas se concebía como una operación no determinada por criterios morales.

La identificación de un cierto sistema como derecho positivo vigente se haría depender de criterios como la eficacia general, al modo de Kelsen, o el reconocimiento por los tribunales y funcionarios, al modo de Hart, y la identificación de sus normas integrantes vendría determinada, en todo caso, por criterios contenidos en el propio sistema, de



manera que el jurista positivista no tendría mayores dificultades para afirmar que una norma puede ser una norma válida, de acuerdo con los criterios de validez de un cierto derecho positivo vigente y, al mismo tiempo, injusta y que, en consecuencia, no habría obligación moral de obedecerla.

Un positivismo jurídico de este género vino a ser, pues, en estos países, una concepción que proyectaba claridad sobre el objeto de estudio, sobre el derecho, y que dejaba las cosas abiertas: hacía posible la crítica al derecho positivo e impedía, por tanto, la mixtificación facilitada por los autores iusnaturalistas o, como escribió Elías Díaz, la “curiosa experiencia de que un gran número de juristas que trabajan con un Derecho positivo previa y constantemente legitimado por el iusnaturalismo, dejan por ello de sentir la menor preocupación valorativa”.¹⁰

1.3. Los inicios de las propuestas postpositivistas

Esa concepción de positivismo como enfoque y como teoría normativista del derecho, que podría calificarse también de positivismo a la Hart: desde los años setenta, hay un consenso en considerar que la forma más refinada de positivismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Hart, cumplió sin duda un papel muy positivo, en cuanto contribuyó a la renovación de la filosofía del derecho en nuestros países y, quizás en menor medida, a guiar la dogmática y la práctica del derecho por caminos menos cenagosos que los que había trazado el derecho natural de corte tradicional.

¹⁰ Díaz, Elías. **Op. Cit.** Pág. 26.



Por eso, lo que hay que preguntarse es si eso que tuvo sentido en otro tiempo, sigue teniéndolo hoy. Si el positivismo jurídico, en esta versión o en alguna otra, puede seguir hoy cumpliendo las funciones positivas que desempeñó en otra época.

Las discusiones sobre el positivismo jurídico en los últimos años han estado muy vinculadas al planteamiento de la filosofía anglosajona, básicamente a Dworkin, pero también ha tenido cierta influencia la obra de Alexy. Es interesante resaltar que en cada una de esas dos obras resuenan los ecos de las que quizás pueden considerarse como las dos posiciones iusnaturalistas más interesantes del siglo XX: hay, en efecto, una clara continuidad entre Fuller y Dworkin, como también la hay entre Radbruch y Alexy, aunque ello no puede llevar a considerar ni a Dworkin ni a Alexy como autores iusnaturalistas.

El argumento básico de Dworkin (del *primer Dworkin*, el de *Los derechos en serio*) contra el positivismo jurídico hartiano, como se sabe, viene a decir lo siguiente: el derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también -y de manera destacada- por principios; estos últimos (o, al menos, algunos de ellos) no pertenecen al derecho por razones de pedigrí (porque puedan hacerse derivar de una regla de reconocimiento al estilo hartiano), sino por razones morales, con lo que no cabe sostener la tesis de que exista una nítida distinción entre el derecho y la moral.

Mientras que lo que sostiene *el segundo Dworkin* (el de *Law's Empire*) es que el derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una



actividad, una práctica interpretativa en la que juega un papel determinante los fines y valores que definen la misma; la teoría del derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: no importa tanto la descripción de una realidad ya dada, como la participación en esa práctica de cara a conformarla, de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas.

En el caso de Alexy, su crítica hacia el concepto positivista de derecho se centra también en la *tesis de la separación* y en la manera de configurar el propio concepto de derecho. En su opinión, “existe una conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral, y hay razones normativas en favor de incluir elementos morales en el concepto de Derecho”.¹¹ En el análisis de Alexy, tiene gran importancia la distinción que él traza entre el sistema jurídico como sistema de normas o como sistema de procedimientos (equivalente, esta última noción, a la de la *práctica* de Dworkin); y entre la perspectiva del observador y del participante.

La necesidad de incluir elementos morales en el concepto de derecho tiene interés, básicamente, cuando se adopta esta última perspectiva (la del participante) y se fundamentaría en tres argumentos: el argumento de la corrección, de la injusticia y de los principios. El primer argumento viene a decir que el juez o el legislador que no erigiera una pretensión de corrección, al establecer o aplicar normas, incurriría en una especie de contradicción performativa.

¹¹ Alexy, Robert. Citado por: Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Para una teoría postpositivista del derecho**. Pág. 136.



El argumento de la injusticia se refiere fundamentalmente a las normas aisladas, Alexy retoma la fórmula de Radbruch y afirma que una norma extremadamente injusta no es jurídica, aunque ese juicio no tiene por qué llevar a negar la calidad de jurídico al sistema en su conjunto. En efecto, para Alexy, los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados contienen principios. Entre los principios, hay algunos que son morales, que pertenecen a alguna moral, de manera que el juez decide, desde el punto de vista del contenido, según razones morales, aunque desde el punto de vista de la forma lo haga según razones jurídicas.

Pero esto, admite Alexy, es demasiado poco, porque simplemente establece una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, no entre el derecho y la moral correcta. “La conexión entre el Derecho y la moral correcta viene establecida por la tesis de la pretensión de corrección: en sus tomas de decisión (considerado el Derecho como procedimiento) el juez (o el legislador) erige una pretensión de corrección que se vincula con la corrección moral y que supone incorporar una dimensión de idealidad en el Derecho; esa pretensión (subjetiva) de corrección puede llevar consigo la lesión de la moral (de una moral objetiva) pero, salvo que suponga una injusticia extrema (por ejemplo, si se erigiese la pretensión de que es correcta una norma que trata de manera desigual a los individuos por razón de su raza) no tiene carácter clasificatorio (no implica que la norma deje de ser jurídica), sino cualificadorio (la norma o la decisión jurídica en cuestión es defectuosa)”.¹²

¹² **Ibid.** Pág. 137.



Sobre este trasfondo de puesta en cuestión del positivismo, José Juan Moreso ha escrito un texto que, recogiendo básicamente los planteamientos anglosajones al respecto, es muy representativo del estado actual de la discusión a propósito de la caracterización y de los tipos de positivismo jurídico. Moreso¹³ parte de la usual caracterización del mismo a partir de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre el derecho y la moral que, conjuntamente, llevan a defender la idea de que la identificación del derecho no depende de criterios morales.

Pero esta afirmación básica del positivismo jurídico puede entenderse de tres maneras distintas, y de ahí la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: el positivismo jurídico duro o excluyente la entiende en el sentido de que la identificación del derecho no puede depender de criterios morales; el positivismo jurídico blando o incluyente afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación; y, finalmente, el positivismo jurídico axiológico o normativo sostiene que esa identificación no debería depender de criterios morales.

El problema del positivismo excluyente, en todas sus versiones, es que contrasta fuertemente con ideas ampliamente compartidas sobre la manera como el derecho guía la adopción de decisiones. Se hará una breve referencia a su versión más

¹³ Moreso, José Juan. **Positivismo jurídico y adjudicación jurídica**. Pág. 53.



elaborada y más difundida internacionalmente -la de Joseph Raz- para aludir a continuación a la de su principal representante en Latinoamérica, Eugenio Bulygin.

En cuanto a Raz, para él el derecho se identifica sin recurrir a criterios morales, pues “la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirle a una persona o institución relevante y tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho”.¹⁴ Pero si así son las cosas a la hora de razonar para establecer el contenido del derecho, sin embargo, a la hora de razonar de acuerdo con el derecho para determinar la solución de un caso resulta, de acuerdo con Raz, que el propio derecho autoriza a sus órganos de aplicación a apartarse de su contenido siempre que haya razones morales importantes para hacerlo.

Pero esto parece ciertamente extraño, si se coteja con las creencias compartidas entre los juristas: estos convendrían en que, en ciertas circunstancias, puede haber razones jurídicas de orden superior que justifiquen el dejar de lado para resolver un caso una regla jurídica de entrada aplicable al mismo, pero encontrarían ciertamente incompatible con sistemas jurídicos como los nuestros la idea de que estos conceden discreción al juez para que se aparte de lo que ellos mismos prescriben siempre que, a juicio del propio juez, resulte ello moralmente procedente.

¹⁴ Raz, Joseph. **La autonomía del razonamiento jurídico**. En: **La ética en el ámbito público**. Pág. 39.



Quizás aún más extraña resulta en este orden de cosas la concepción de Bulygin. Para este, en relación con la aplicación del derecho, caben solo dos posibilidades. “La primera es que el caso de que se trate sea indiscutiblemente subsumible en una y solo en una regla; en tal caso, el juez debe solucionar el caso de acuerdo con la regla, esto es, debe aplicar al caso individual de que se trate la solución predeterminada en la regla para el caso genérico correspondiente sin que la presencia de circunstancia alguna pueda autorizar a considerar que el caso en cuestión pueda constituir una excepción implícita a la regla”.¹⁵

La segunda posibilidad es que “no se de tal subsumibilidad o que la misma resulte controvertible; en tal caso, el juez, sencillamente, goza de discreción sin que el Derecho le suministre guía alguna para el ejercicio de la misma”.¹⁶ Por ejemplo: si resulta controvertible si el caso es o no subsumible en una cierta regla, por falta de determinación semántica de los conceptos empleados en la misma, el juez goza de discreción -en el sentido fuerte de ausencia de guías jurídicas al que se acaba de hacer referencia- para resolver el caso tanto considerándolo incluido como excluido de la regla.

Lo mismo ocurre si el caso carece de regla en el que subsumirlo: si las cosas son así, el juez cumple con su deber jurídico simplemente resolviéndolo; la forma en la que lo haga es enteramente discrecional. Y otro tanto si el derecho presenta, en relación con

¹⁵ Bulygin, Eugenio. **Creación y aplicación del derecho**. En: **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Pág. 427.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 429.



el caso, una antinomia no resoluble mediante los criterios de *lex superior, lex posterior* o *lex specialis*: el juez cumple con su deber sencillamente eligiendo para su solución, de acuerdo con sus criterios personales de preferencia, alguna de las normas incompatibles.

De forma que, si las cosas fueran como las presenta Bulygin, los participantes en controversias en torno a la resolución jurídicamente correcta de casos llamados difíciles se limitarían a expresar sus puras preferencias personales, sin que ninguna de ellas pudiera pretender estar jurídicamente mejor fundada. No habría, pues, en puridad, tales controversias. De modo que aquello que parece ocupar buena parte de las energías intelectuales de los juristas resulta, de acuerdo con Bulygin, un mero malentendido.

El primero en haber sostenido lo que hoy se llama positivismo jurídico blando o incluyente parece haber sido Carrió, en un artículo de 1970, en el que defendía la posición hartiana frente a los ataques provenientes de Dworkin. Ahí, Carrió argumentaba que “la regla de reconocimiento puede incluir criterios morales, pero con ello no se altera la afirmación de que una norma es jurídica no porque esté de acuerdo con la moral, sino por su conformidad con la regla de reconocimiento (y el que esta última incluya o no criterios morales sería una cuestión contingente)”.¹⁷

¹⁷ Carrió, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. En: **Notas sobre derecho y lenguaje**. Pág. 34.



Esta forma de entender el positivismo jurídico está explícitamente sostenida en el famoso Postscript de Hart a *El concepto de derecho*,¹⁸ y hoy es quizás la forma más difundida de positivismo jurídico en el campo de la iusfilosofía analítica.

José Juan Moreso, se ha adherido explícitamente a esta forma de iuspositivismo. Su principal ventaja sería que permite dar cuenta, mejor que la otra forma de positivismo jurídico, de la argumentación moral en el derecho. Según los defensores de este positivismo jurídico incluyente, el razonamiento jurídico no solo tiene elementos morales cuando se trata del razonamiento de acuerdo con el derecho, sino también cuando se trata del razonamiento para establecer el contenido del derecho, si es que la regla de reconocimiento (como ocurre en los sistemas jurídicos del paradigma constitucional) incorpora criterios morales.

Juan Carlos Bayón ha argumentado en contra de esta tesis del positivismo incluyente. De acuerdo con dicho autor, “el discurso de identificación del Derecho, al estar constreñido -como esta forma de positivismo acepta- por nuestras convenciones, no es (no puede ser) un genuino discurso moral (contra lo que este positivismo incluyente pretende). El positivismo incluyente se enfrentaría así a un dilema: o bien abandona el convencionalismo, o bien resulta indistinguible del positivismo excluyente”.¹⁹

¹⁸ Hart. H. L. A. **El concepto del derecho**. s. p.

¹⁹ Bayón, Juan Carlos. **Derecho, convencionalismo y controversia**. En: Navarro, Pablo E.; Redondo, Cristina (compiladores). **La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política**. Pág. 75.



Ángeles Ródenas, sin embargo, ha señalado, convincentemente, que el que las convenciones locales operen como límite en el contenido del discurso identificativo del derecho no es razón suficiente para descartar que se esté en presencia de una forma genuina de discurso moral, además, se refiere a “aquellas concepciones que asumen que (bajo ciertas condiciones) las prácticas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificativo”.²⁰

Ejemplo de ello sería un modelo de racionalidad para las prácticas constitucionales como el preconizado por Nino. De acuerdo con este, habría que adoptar, a este respecto, un modelo de razonamiento escalonado en dos niveles: “en un primer nivel se deben articular las razones que legitiman (o no) la práctica constitucional; si el resultado del razonamiento en ese primer nivel es favorable a la legitimidad de la práctica constitucional, el razonamiento en un segundo nivel -en el que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones- es un razonamiento constreñido y la constricción obedece justamente a razones morales.”²¹

Si el positivismo incluyente debe ser objeto de crítica fundada no es, pues, porque el mismo implique, como sostiene Bayón, “alguna suerte de imposibilidad conceptual, sino por otros dos tipos de razones: en primer lugar, porque su tesis distintiva -que la relación entre Derecho moral es contingente, pues es conceptualmente concebible un

²⁰ Ródenas, Ángeles. **¿Qué queda del positivismo jurídico?.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Número 26. Pág. 442.

²¹ Nino, Carlos S. **La validez del derecho.** Pág. 132.



sistema jurídico cuyos *tests* de validez no impliquen referencias a la moral, es de escaso interés para los juristas: pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de los sistemas de Derecho del Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever”;²² la segunda fuente de crítica para el positivismo incluyente reside en su pretensión de estar al servicio de una teoría descriptiva y general del derecho: este descriptivismo -en el que insiste mucho Hart en su *Postscript*, situando en él su principal desacuerdo con Dworkin- constituye uno de los puntos más débiles del conjunto del legado positivista.

Asimismo, para terminar con la tripartición que ha servido de mapa orientador, se ha de hacer referencia a una última versión del positivismo jurídico, el positivismo axiológico o normativo, según el cual el derecho no debe incluir criterios morales para su identificación. Es la concepción defendida hoy por autores como Campbell, que tiene un claro precedente (fuera del mundo anglosajón) en escritos de Scarpelli de los años 60 y 70 y que, en la filosofía analítica en lengua castellana está representada por autores como Atria o Hierro.

Para Atria (quien considera como una mera *disputa de familia* la discusión actual sobre si el derecho puede ser descrito con independencia de criterios morales y políticos; su respuesta es que no) “el núcleo de sentido del positivismo jurídico se vincula con la concepción moderna del Derecho: el Derecho no es producto de la racionalidad

²² Bayón, Juan Carlos. **Op. Cit.** Pág. 83.



intrínseca de las relaciones humanas, sino un producto artificial, no natural, y basado en la autoridad”.²³

El problema fundamental para él es el de cómo permitir que la argumentación moral juegue un papel en la argumentación jurídica, sin que se pierda la autonomía del razonamiento jurídico. Y su respuesta (que él dice está basada en el positivismo jurídico de MacCormick) es que los jueces deben partir del respeto a la ley: el positivismo significa sobre todo la defensa del principio de universalidad -algo intermedio entre el universalismo y el particularismo-, del valor de adherirse a normas previamente dadas, en lugar de subrayar, como lo hace el neoconstitucionalismo de nuestros días, que la legislación se subordina a la constitución y que, al incorporar la misma principios morales, los jueces tienen que hacer un amplio uso de instrumentos como la ponderación.

La preocupación por no cegar la posibilidad de la crítica moral al derecho está en la base de la asimismo reciente defensa, por razones morales, del positivismo como enfoque que ha llevado a cabo Liborio Hierro, en la que concluye que “merece la pena ser positivista para garantizar la posibilidad de mantener un punto de vista frente al Derecho positivo libre de contaminaciones fácticas.”²⁴

²³ Atria, Fernando. **La ironía del positivismo jurídico**. Pág. 54.

²⁴ Hierro, Liborio. **El imperio de la ley y la crisis de la ley**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 29. Pág. 297.



No se alcanza a ver, sin embargo, por qué el considerar la identificación del derecho como asunto de puros hechos es condición necesaria de, o en todo caso garantiza mejor, la independencia moral del jurista frente al mismo. Y en cuanto a la preocupación que autores como Atria o Laporta muestran por la posibilidad de que los jueces no se vean a sí mismos como *siervos de la ley*, sino (para emplear una expresión de Zagrebelsky), como *los dueños del derecho* hay en ella, sin duda, cierta razón.

Pero ello no es justificación suficiente para la defensa del positivismo axiológico. Moreso ha sintetizado muy bien la que parece ser argumentación básica de este tipo de positivismo:

- “1) Hay un desacuerdo profundo en cuanto a los criterios de corrección moral;
- 2) Si se quiere respetar la autonomía de las personas, hay que regular la conducta mediante normas claras y precisas;
- 3) Si se identificara el Derecho (o sea, lo permitido, prohibido u obligatorio) recurriendo a criterios morales, entonces se sacrificaría el valor de certeza y, por tanto, el de autonomía de las personas;



4) Por lo tanto, el Derecho debe identificarse sin recurrir a la moral. Y creemos que tiene también razón al mostrar cuáles son los puntos débiles de la anterior argumentación:

- a) En la moral hay desacuerdos en cuestiones relevantes, pero de ahí no se sigue que se trate de un desacuerdo absoluto;
- b) Lo que mejor protege el valor de la autonomía son reglas claras y precisas, pero que incorporen *cláusulas de derrotabilidad moral*; esto último, en nuestra opinión, es otra manera de decir que el Derecho, en el contexto del Estado constitucional, no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos (los principios) tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas”.²⁵

1.4. Las tesis que definen al positivismo jurídico en sus variantes contemporáneas

Ahora bien, las ideas, o las tesis, que parecen definir al positivismo jurídico, en cualquiera de sus versiones, son compartidas por todas estas variantes contemporáneas del mismo; y serían estas dos: la tesis de que el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos (lo que González Vicén llamaba “el positivismo jurídico como *hecho histórico*”²⁶) y que hoy tiende a llamarse más bien *tesis de las fuentes sociales del derecho*; la tesis de la separación entre el

²⁵ Moreso, José Juan. **Op. Cit.** Pág. 149.

²⁶ González Vicén, Felipe. **Op. Cit.** Pág. 89.



derecho y la moral, que hoy tiende a entenderse -al modo del llamado positivismo blando o incluyente- en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma.

Pues bien, el problema, la debilidad, del positivismo jurídico no estriba en que esas dos tesis o alguna de las dos sea falsa: ambas son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante.

La debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, irrelevante y, por otro lado, en que, si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, el positivismo resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional.

El carácter irrelevante es muy fácil de mostrar. La primera tesis, la de las fuentes sociales del derecho, entendida en este sentido muy general de acuerdo con el cual los sistemas jurídicos constituyen no realidades inmutables, sino históricas, cuyo contenido es establecido y modificado por actos humanos. Ni Radbruch, ni Fuller, ni (para poner ejemplos más recientes es una tesis discutida seriamente por nadie, no de posturas iusnaturalistas), ni Finnis, tendrían en realidad nada que objetar frente a esa tesis.



En resumidas cuentas, la misma no puede constituir ya hoy una de las señas de identidad de una teoría o de una concepción del derecho, porque todas las que tienen algún grado de vigencia la comparten. Y en relación con la segunda tesis, la de la separación entre el derecho y la moral, si se le limita a aquello que comparten todos los que se denominan positivistas, es una tesis tan mínima que tampoco que se constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del derecho: también la mayor parte de quienes se autodenominan iusnaturalistas estarían de acuerdo con esta posición.

Ahora bien: lo grave en el positivismo jurídico no está en lo irrelevantes que hoy resultan las tesis que lo definen, sino en ciertas concepciones generales que acompañan a todas las grandes teorías adscribibles al positivismo jurídico en el siglo XX: teorías del derecho tales como las de Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin. Esta referencia es a la concepción descriptivista de la teoría del derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta, que resultan de otros tantos actos de prescribir.

Un primer rasgo común de todas estas teorías del derecho es, en efecto, su autocomprensión como orientadas a una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico. Se trata de un rasgo explícitamente enfatizado por todos los teóricos del derecho recién mencionados. Pues bien: "el que la teoría del Derecho haya permanecido en una situación de básica incomunicación respecto del discurso práctico general y del de la dogmática jurídica a lo largo del pasado siglo tiene mucho que ver



con esta autocomprensión de la teoría del Derecho como orientada a la descripción libre de valoraciones de su objeto”.²⁷

Este empeño en el carácter no valorativo de la teoría del derecho contribuyó muy decisivamente a convertir a la teoría del derecho en una especie de huerto cerrado, cuyos frutos aparecían como de interés muy limitado para todos aquellos que no eran sus cultivadores directos. Y ello porque el carácter libre de valoraciones implica fuertes restricciones respecto de los discursos en los que, desde una teoría del derecho así entendida, cabe participar.

No cabe, desde luego, hacerlo en los discursos de justificación o crítica de las arquitecturas institucionales -los propios de la filosofía política y moral- ni tampoco en aquellos que tienen como objeto el mediar entre los materiales normativos en bruto producidos por el legislador, en sentido amplio, y los órganos que deben resolver las disputas; los discursos propios de la dogmática jurídica.

En ninguno de ambos tipos de discursos es posible participar sin valoraciones. Y no pudiendo decir nada sobre la justificación de las instituciones y normas, ni hacer recomendaciones relativas a su desarrollo y buen funcionamiento, no tiene nada de extraño que la teoría del derecho haya suscitado un escaso interés fuera del reducido ámbito de los cultivadores de la misma: no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo

²⁷ García Amado, Juan Antonio. **Positivism jurídico y obediencia al derecho**. En: **Ensayos de filosofía jurídica**. Pág. 106.



como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico.

Buena parte de la teoría del derecho que se ha conocido y eventualmente practicado era un fruto intelectual bien extraño: versaba acerca de lo que es indudablemente un artefacto construido por nosotros -nuestros sistemas jurídicos- pero se vedaba a sí misma el plantearse problemas relativos tanto a la justificación del artefacto como el buen uso del mismo.

Tan solo se trataba de elaborar los conceptos que posibilitaran la descripción axiológicamente neutral del artefacto: con un centro de interés tan limitado, hubiera resultado ciertamente extraño que la teoría positivista del derecho del siglo XX hubiera tenido una gran resonancia cultural.

“El descriptivismo supone, pues, límites claros al interés que la teoría del Derecho puede suscitar fuera del círculo de sus cultivadores directos”.²⁸ Pero otros rasgos de estas teorías positivistas del derecho suponen límites para lo que se supone es la pretensión propia de estas teorías, a saber, proporcionar una comprensión adecuada del derecho positivo. Se hace referencia, por un lado, a que estas teorías ven las normas jurídicas, de forma casi exclusiva, como directivas de conducta y a estas

²⁸ **Ibid.** Pág. 108.



directivas de conducta como constituyendo en todo caso, por otro lado, el resultado de otros tantos actos de prescribir.

El acentuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa. Y el ver las normas, sin excepciones, como el resultado de otros tantos actos de prescribir, tiene como consecuencia el que queden descuidadas aquellas normas jurídicas que no resultan de la realización de un acto de prescribir, sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten.

Todo ello implica límites severos para la capacidad de las teorías positivistas del siglo XX, de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación un orden jurídico constitucional. Véase todo ello con un poco de calma, sirviéndose de los ejemplos de dos positivistas eminentes como son Hans Kelsen y Joseph Raz. Aunque sus planteamientos no sean compartidos hoy por muchos positivistas jurídicos, siguen teniendo cierto valor paradigmático.

De acuerdo con Kelsen “las normas, establecidas por actos de voluntad humana, constituyen el fundamento de los juicios de valor, de forma que afirmar que algo es valioso o disvalioso expresa meramente la conformidad o disconformidad de ese algo con una norma, esto es, con el contenido de un acto de voluntad y, por lo que hace a



las normas jurídicas, con el contenido de un acto de voluntad de una autoridad normativa”.²⁹

Raz, por su parte, no parece suscribir una tesis de este tipo sobre los juicios de valor, pero sí acentúa asimismo la prioridad de lo autoritativo en el derecho con su tesis de que “el Derecho no reconoce ninguna limitación a las esferas de conducta que pretende tener autoridad para regular, pues el sistema jurídico pretende autoridad para regular toda forma de conducta”.³⁰

Raz no ignora, ciertamente, la existencia de sistemas jurídicos que contienen libertades concedidas por disposiciones constitucionales que no pueden ser cambiadas por ningún medio jurídico. Pero ello constituye, en su opinión, un desmentido de su tesis, sino que, de acuerdo con Raz, “también en tales casos el Derecho pretende autoridad para regular, aunque solo en la forma de regulación permisiva”.³¹

Pero esta tesis reconstruye mal lo que son las pretensiones del derecho en tales casos. Ello, porque pretender autoridad para permitir una forma de conducta, sin pretender simultáneamente autoridad para prohibirla, no es pretender autoridad en absoluto. De ahí que cuando una autoridad normativa declara que no puede regular legítimamente una determinada forma de conducta más que bajo la forma de la permisión, lo que está haciendo no es pretender autoridad sobre esa forma de conducta, sino más bien

²⁹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 123.

³⁰ Raz, Joseph. **Razón práctica y normas**. Pág. 92.

³¹ **Ibid.** Pág. 93.



reconociendo que dicha forma de conducta constituye un límite a su pretensión de autoridad.

Tal es el caso cuando algunas Constituciones, por ejemplo, *reconocen* diversos derechos de libertad. En estas materias, la autoridad normativa -el constituyente en este caso- no pretende autoridad, sino en los que afirma que se trata de dominios que ella misma no puede intervenir legítimamente mediante actos de autoridad.

Pues bien, lo que interesa subrayar es lo siguiente: el ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y estas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales.

Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de las directivas del constituyente, más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan solo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes.



Lo anterior no significa, naturalmente, que todo el legado de la tradición positivista deba ser hoy desechado. Esta tradición tiene, desde luego, puntos fuertes, vinculados a la orientación analítica, en sentido amplio, de sus representantes principales. Esto es, no solo en su uso de las técnicas del análisis del lenguaje, sino, sobre todo, y más en general, en los resultados obtenidos a partir de su gusto por la precisión, la claridad y las distinciones conceptuales.

En este orden de cosas, parece que, por mencionar cosas bastante heterogéneas, aportaciones tales como la imagen hartiana del derecho como una articulación de normas primarias y secundarias, el análisis de Ross de ciertos conceptos jurídicos básicos como conceptos inamovibles o la distinción entre diferentes tipos de laguna de Alchourrón y Bulygin constituyen instrumentos conceptuales que cualquier teoría del derecho que valga la pena tiene que integrar necesariamente.

No solo no pueden pasarse por alto cuando se examinan los problemas a los que los mismos responden, sino que, en muchas ocasiones, incluso para expresar el desacuerdo con las tesis positivistas al respecto, se tiene que utilizar para ello el aparato conceptual que estos mismos positivistas han proporcionado. Como indica Delgado Pinto, “los autores positivistas han llevado a cabo un análisis de la estructura interna y del funcionamiento del orden y Jurídico como no se había realizado en épocas anteriores. En eso radica su gran mérito y constituye una aportación irrenunciable y que debe ser continuada”.³²

³² Citado por: Rodilla, Miguel Ángel. Pág. 753.



Continuada, sí, pero, según Atienza, para ir más allá, para dejarlo atrás. El positivismo jurídico ha agotado ya -dice Atienza- su ciclo histórico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el derecho.

El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a los que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del derecho como sistema, y no (también) del derecho como práctica social.

Como sistema, el derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el derecho puede o ha de verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.

Dicho quizás de otra manera, “el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar”.³³

³³ Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Op. Cit.** Pág. 152.



Por algo, tanto en la obra de Dworkin como en la de Alexy, esto es, los dos autores que han desarrollado las que podría considerarse como teorías no positivistas del derecho de mayor impacto, se subraya esa necesidad de considerar el derecho como una práctica social (en la terminología de Dworkin, como una práctica interpretativa, en la de Alexy, como una serie de procedimientos), y no simplemente como un conjunto de reglas y principios.



CAPÍTULO II

2. La distinción entre normas y principios

2.1. La concepción tradicional

La doctrina tradicional relativa a los principios generales del derecho nunca se ha planteado con detenimiento el problema de su estructura jurídica o de su posible diferenciación de las restantes normas del ordenamiento. Es verdad que, conscientemente, ha distinguido entre principios generales y reglas o máximas jurídicas, entendiendo que estas últimas “no tienen valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos”,³⁴ pero sin analizar qué tipo de normas son los principios. En general, dicha doctrina se ha limitado a constatar su fuerza normativa, sugiriendo a lo sumo diferentes funciones, como la orientadora o interpretativa, la integradora en caso de laguna, etc.

En palabras de un civilista, los principios “están allí, *in situ*, con propia energía y vida (...) tienen una virtualidad jurídica *in se*, por ellos mismos, dada la magnificencia de su contenido y la eficacia de su actuación”.³⁵ Paradójicamente, sin embargo, esa misma tradición ponía en duda el valor normativo de algunos principios, en particular de los llamados políticos, pese a contar con expreso respaldo constitucional.

³⁴ De Castro, F. **Derecho civil de España**. Pág. 433

³⁵ Puig Peña, F. **Tratado de derecho civil español**. En: **Revista de Derecho Privado**. Pág. 329.



No muy distante puede considerarse la posición de Betti, quien en un conocido trabajo vino a sostener el carácter meramente informador de los principios, entendidos como “orientaciones e ideales de política legislativa”.³⁶ Este recelo frente a los principios políticos debe conectarse a la debatida cuestión acerca del valor preceptivo o programático de los textos constitucionales o, al menos, de sus cláusulas más generales o elásticas, y, aunque hoy puede considerarse superado, cabe decir que llegó hasta los albores mismos de la Constitución.

Por cierto, “no deja de ser una inconsecuencia doctrinal afirmar el carácter normativo de los principios y negar esa naturaleza para las reglas sobre la interpretación, pues tanto por su historia como por su función los principios aparecen como instrumentos hermenéuticos”.³⁷

Con todo, cabría distinguir entre los principios en sí mismos, que quieren presentarse como normas subsidiarias, y las reglas para su aplicación que, como orientación interpretativa, puede tener una fuerza obligatoria diferente; así, los principios se *aplicarán en defecto de ley o costumbre*, pero también *informarán* el ordenamiento jurídico; si no se entiende mal, en el primer caso se pretende que los principios sean fuente del derecho, la única fuente en el caso concreto, mientras que en el segundo se ofrece una regla sobre la interpretación, cuyo valor normativo obliga a tenerlos siempre presente, pero en armonía con otras pautas o criterios.

³⁶ Betti, E. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. En: **Revista de Derecho Privado**. Pág. 281.

³⁷ Salvador Coderch, P. **La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes**. Pág. 441.



En suma, en ambos casos se trata de normas, aun cuando parezca tener más peso o importancia la primera de ellas, es decir, la que contempla a los principios como fuente subsidiaria; de hecho, en caso de laguna, los principios quieren presentarse como la única fuente del derecho, mientras que en los demás supuestos el recurso a los principios se combina con otras reglas de interpretación.

En realidad, las dificultades nacen del carácter implícito de los principios, pues, en efecto, se está pensando en unos principios que no figuran recogidos en ninguna ley o costumbre, es decir, que no constituyen el significado de ninguna disposición normativa, sino que son construidos en sede interpretativa, por lo que bien parece que su *status* debería ser el mismo que el de las demás reglas sobre la interpretación. Y, sin duda, desde ese punto de vista, recurrir a los principios resulta tan obligatorio o tan facultativo como practicar la analogía o tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las leyes.

Lo que ocurre es que, una vez construido, el principio puede, a su vez, desempeñar una doble función: la de fuente en caso de laguna, y la de criterio hermenéutico en caso de duda interpretativa; ambas son funciones normativas, si bien con un peso o importancia diferente en orden a la adopción de la decisión. En cualquier caso, “si los principios suscitaban algún problema, éste era el de dilucidar su fuerza normativa, en el sentido de su fuerza obligatoria, pero no el de su posible separación conceptual de las demás normas”.³⁸ Incluso ni los más estrictos defensores del fundamento iusnaturalista

³⁸ De Asís Rong, R. **Algunos aspectos del derecho natural de los civilistas españoles.** En: **Anuario de derechos humanos.** Pág. 294.



de los principios, llegaron a plantearse esa separación conceptual, tal vez porque pensaban que también las demás fuentes del sistema descansaban en el derecho natural, o quizás porque entre normas naturales y positivas encontraban una diferencia de origen, pero no de estructura.

Sin embargo, en los últimos años y en el marco de la teoría del derecho acerca de los principios (no ya generales) viene abriéndose paso un nuevo enfoque: ahora ya no se discute la normatividad o fuerza obligatoria de los mismos, que se reconoce y con la más alta intensidad, sino su propia morfología de reglas o normas jurídicas.

De acuerdo con este nuevo enfoque, el problema reside en determinar si entre normas y principios existe una diferencia lógica, cualitativa o radical o, por el contrario, una distinción meramente de grado; incluso más allá, si cuando los juristas hablan de principios se refieren a una cierta clase de normas o a un cierto modelo de argumentación

2.2. La tesis de la diferenciación lógica o estricta entre reglas y principios

Efectivamente, la distinción entre normas y principios adquiere una importancia capital cuando, explícitamente, se quiere hacer descansar en ella toda una concepción del derecho y de sus relaciones con la moral. Este es el caso de Dworkin, para quien “los principios no representan solo un expediente técnico destinado a colmar las lagunas del ordenamiento o a cimentar la ficción de la plenitud lógica del mismo, sino también el



estándar de todo un desafío al positivismo jurídico, que incluiría aspectos tales como la insuficiencia de la regla de reconocimiento, la exclusión de la discrecionalidad judicial o la vinculación necesaria entre Derecho y moral”.³⁹

Como es comprensible, una empresa de esa magnitud requiere dotar a los principios de unos perfiles muy singulares que permitan su diferenciación de las normas, pues precisamente el núcleo del argumento consiste en demostrar que el derecho es algo más que un sistema de normas identificables mediante algún procedimiento preferentemente formal y ajeno a consideraciones morales sustantivas; de ahí la tesis dworkiniana acerca de la separación estricta o de la diferente estructura lógica entre normas y principios.

2.2.1. Los principios como razones no perentorias para decidir

La primera característica de esa peculiar estructura lógica consiste en que “las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, de *all-or-nothing*”,⁴⁰ mientras que los principios son más bien razones para decidir: “ni siquiera los que más se asemejan a las normas establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”;⁴¹ cuando se dice que un principio forma parte del ordenamiento jurídico, tan solo se indica que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

³⁹ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio**. Pág. 75.

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 75.

⁴¹ **Ibid.** Pág. 76.



Ahora bien, esta caracterización de Dworkin puede entenderse de dos maneras diferentes. Una primera consistiría en suponer que así como las normas son siempre aplicables al modo de *todo o nada*, los principios pueden orientar una interpretación normativa dudosa, pero “nunca pueden por sí solos ofrecer la solución al caso, dado que no establecen las condiciones que hacen necesaria su aplicación”,⁴² su virtualidad consistiría más bien en corregir u orientar la interpretación de otras reglas más concluyentes; en suma, las normas son aplicables o no son aplicables, puesto que una vez interpretadas cabrá constatar si el asunto planteado encaja o no en el supuesto de hecho que las mismas contemplan; los principios, en cambio, ni ofrecen ni dejan de ofrecer una respuesta categórica, sino que controlan (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas.

Desde luego que esta es una interpretación aceptable de las palabras de Dworkin, pero probablemente constituya también una opinión equivocada. Equivocada, en primer lugar, a la luz del derecho positivo, pues, si lo que se quiere decir es que, como culminación de una determinada argumentación jurídica, los principios no pueden representar en ningún caso el fundamento único del fallo o decisión, resulta que algunos tribunales constitucionales han declarado que allí donde la oposición entre las leyes y los principios sea irreductible, estos participan de la fuerza derogatoria de la Constitución; esto es, que al menos en ciertos supuestos un principio representa el fundamento único de la decisión, y ello incluso cuando existen reglas de sentido contrario, es decir, cuando lo que existe no es una laguna sino una antinomia.

⁴² **Ibid.** Pág. 77.



Pero equivocada también a la luz de los propios ejemplos que formula Dworkin: si, de acuerdo con las leyes de Nueva York los descendientes suceden a los ascendientes y ninguna regla excepciona el caso del nieto que asesina a su abuelo, ello significa que si un Tribunal impide tal consecuencia en virtud del principio *nemine dolus suus prodesse debet*, dicho principio representa el fundamento único de la decisión; no cabe decir que el principio ha sido tenido en cuenta para inclinarse en favor de una u otra solución normativa, avaladas ambas por reglas, pues aquí solo existen dos soluciones: aquella que se debería adoptar de observarse las reglas, y aquella otra que imponen los principios.

En otras palabras, en los dos ejemplos examinados, no es cierto que un principio haya orientado la aplicación de normas dudosas; sencillamente, ha excluido la única solución razonable de acuerdo con la regla. Por otra parte, se ha observado con razón que referir la idea de *todo o nada* a las reglas una vez interpretadas viene a desmentir la tesis dworkiana de que estas sean razones suficientes para decidir, pues justamente “la determinación del alcance de una regla siempre es un producto de la relación entre dicha disposición y el resto del ordenamiento, y dicha relación descarta la posibilidad de que alguna norma del sistema funcione exactamente del modo en que Dworkin afirma que lo hacen las reglas”.⁴³ Dicho de otra forma, que las reglas hayan de ser interpretadas en el contexto del sistema jurídico excluye que puedan actuar como razón suficiente.

⁴³ Bayón Mohino, J. C. **La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción**. Pág. 361.



Una segunda interpretación, bastante cercana a la anterior, sería la siguiente: lo que distingue principios y normas no es que, en el *caso concreto* y una vez interpretados, estas sean concluyentes y aquéllos no, sino que *a priori* o antes de su aplicación se puede discernir con precisión en qué casos deberá observarse una norma, dado que el ordenamiento debe prever todas las posibles excepciones a su aplicación, mientras que los principios ni disponen ni pueden disponer de una cláusula de ese género.

Por ejemplo, el principio de que nadie puede beneficiarse de sus injusticias presenta algunas excepciones, pero “no están, ni siquiera en teoría, sujetas a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se puede obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no será válido”.⁴⁴

En consecuencia, la diferencia residiría en que, así como se puede conocer a ciencia cierta cuándo se impone la solución prevista en una norma, existe un margen de duda a propósito de la solución avalada por un principio; se sabe que este ejercerá alguna influencia en un cierto número de casos, pero no se pueden catalogar exhaustivamente ni todos los casos ni la intensidad con que operará en cada uno de ellos.

Aunque con importantes diferencias respecto de Dworkin, parece que entre Manuel Atienza y Ruiz Manero siguen una exploración semejante. En su opinión, los principios

⁴⁴ Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Pág. 76.



en sentido estricto “configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de los mismos”.⁴⁵

En cambio, normas y principios presentan un grado de determinación semejante “en cuanto a la descripción del modelo de conducta calificado deónticamente”,⁴⁶ si se compara el principio de igualdad con, por ejemplo, la regla contenida en algún estatuto de los trabajadores, la diferencia no estriba en la conducta prohibida (discriminar), sino en las condiciones de aplicación, que aparecen abiertas en un caso y cerradas en otro.

A este criterio de distinción estructural, Atienza y Ruiz Manero superponen otro funcional, y es que las reglas constituyen razones perentorias para que el intérprete adopte la solución prevista en las mismas, excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución, mientras que los principios “constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) -que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido, ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional”.⁴⁷

⁴⁵ Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Sobre principios y reglas**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 10. Pág. 112.

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 115.

⁴⁷ **Ibid.** Pág. 119.



Esto significa que las reglas deben contener todas las excepciones posibles a su aplicación y de ahí que, seleccionada la norma, no sea preciso ponderar ninguna otra norma o principio; los principios, en cambio, se caracterizarían por concurrir con otros principios.

Pues bien, si en la primera de las interpretaciones que se hizo de la propuesta de Dworkin, se observa una equivocada caracterización de los principios, en esta segunda perspectiva parece existir además una errónea presentación de las reglas. En efecto, “muchas veces en el razonamiento jurídico las reglas aparecen como criterios hermenéuticos y no como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del caso examinado”⁴⁸, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos (principios o normas), lo que matiza o altera su alcance y el propio ámbito de aplicación y, en fin, “ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado, de modo que no enuncian de un modo completo y absoluto un catálogo de posibles excepciones a su aplicación”.⁴⁹ En este sentido, la postura comentada parece mostrar excesiva confianza en la finitud lógica, ya que no del sistema jurídico en su conjunto, sí al menos del sistema de reglas.

Parece bastante improbable que alguien fuera capaz de catalogar por completo las posibles excepciones a la aplicación de una solución normativa: por un lado porque, por vía legislativa o jurisprudencial, siempre pueden aparecer nuevas excepciones -por

⁴⁸ MacCormick, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho**. Pág. 152.

⁴⁹ Prieto Sanchís, Luis. **Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin**. En: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Pág. 357.



ejemplo, la aparición de una nueva eximente o atenuante penal- y, de otro, porque los cambios en la interpretación del derecho pueden también dar entrada, bajo el tipo de antiguas excepciones, a nuevas circunstancias.

Es más, “el problema no es solo de defecto o de no conocer todas las excepciones, sino también de exceso, esto es, de no saber a priori qué casos no contemplados en la norma habrán de recibir, sin embargo, un mismo tratamiento merced al método analógico”.⁵⁰

En definitiva, la cuestión de cuándo no se debe aplicar una norma, por existir alguna excepción, así como la de hasta dónde se puede aplicarla, por resultar factible el recurso a la analogía, parece bastante más compleja de lo que dan a entender las ideas del *todo o nada* o de las *razones perentorias*.

Y paradójicamente, como ha observado Alexy, la existencia de principios explica en buena medida por qué la imagen del *todo o nada* no se adecua ni a las reglas ni a los principios. Pues “si se sostiene que no cabe enumerar las excepciones a los principios y, por tanto, tampoco los supuestos de aplicación, pero se sostiene, en cambio, que los principios sí pueden exceptuar a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas”.⁵¹

⁵⁰ MacCormick, Neil. **Op. Cit.** Pág. 232.

⁵¹ Alexy, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Número 5. 1988. Pág. 141.



En otras palabras, si se acepta que los principios intervienen en la aplicación de las reglas y se reconoce que aquéllas no son aplicables a la manera de *todo o nada* o, lo que es lo mismo, si se reconoce que no se puede enumerar *a priori* los casos de aplicación de los principios, del corolario lógico es que tampoco se pueda conocer exhaustivamente los casos de aplicación de las reglas.

Por otra parte, y en relación ahora con los principios, es dudoso también que la caracterización de los mismos como normas cuya condición de aplicación figura abierta, frente a las reglas donde aparece cerrada, constituya un criterio verdaderamente exhaustivo y excluyente, de manera que toda norma haya de adscribirse a una u otra categoría y solo a una.

Esto es así, porque los rasgos atribuidos a los principios son de carácter relativo y relacional: la condición de aplicación puede formularse de un modo entreabierto, o sea, ni abierto ni cerrado, y determinar el grado de apertura (o clausura) depende de un término de comparación.

Finalmente, esa *gradualidad* no solo se aprecia en la descripción de las condiciones de aplicación, sino también -frente a lo que sugieren Atienza y Ruiz Manero- en la tipificación de la conducta ordenada o prohibida, discriminar en el caso comentado; es decir, que el *abierto-cerrado* puede predicarse de las condiciones de aplicación, pero también de la conducta. Por ejemplo, cabe sostener que el enunciado *se prohíben las*



penas crueles, inhumanas o degradantes representa un principio frente a la regla de *se prohíbe la pena muerte*.

2.2.2. Conflicto de reglas y conflicto de principios

Tras estas consideraciones, en alguna medida, se responde también al segundo argumento de Dworkin en favor de la distinción lógica entre principios y normas, que resumidamente dice lo siguiente: “los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su *peso o importancia*, y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda mayor relevancia a uno de ellos; lo que no ocurre con las normas, donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, y de ahí que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”.⁵²

Esta tesis es acogida por Ollero cuando escribe que las normas no son susceptibles de juego simultáneo. “Debe aplicarse una (sino, habrá *laguna*) y no más que una (porque, de no complementarse jerarquizadamente, surgirá la *antinomia*). Los principios, por el contrario, están destinados a confluir en un juego simultáneo que obliga a ponderar su respectivo alcance”.⁵³

⁵² Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Pág. 78.

⁵³ Ollero, A. **La constitución: entre el normativismo y la axiología.** En: **Anuario de filosofía del derecho IV.** Págs. 394-395.



En esta caracterización hay al menos dos puntos oscuros, uno referido a los principios y otro a las reglas. El primero es que no queda muy claro si el peso o importancia de los principios se decide en abstracto, con arreglo a algún criterio de ordenación jerárquica, o depende de su mayor o menor idoneidad para regular el caso concreto. De cualquier modo, puede considerarse cierto que la aplicación de un principio no conlleva necesariamente la pérdida de validez del otro, pues la preferencia establecida por el legislador o decidida por el intérprete no tiene por qué traducirse en la expulsión definitiva del principio contradictorio.

“Pero que no ocurra así necesariamente, no significa que no pueda ocurrir nunca, pues parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios, de manera que ambos no puedan coexistir en el mismo ordenamiento”,⁵⁴ por ejemplo, piénsese en el reconocimiento -no meramente retórico- de los principios de igual dignidad humana y de *apartheid*. Se dirá tal vez que entonces no hay cuestión, pues uno de ellos no forma parte del sistema jurídico, pero esto es justamente lo que acontece con aquellos conflictos normativos que solo se pueden resolver con la pérdida de validez de una de las normas.

Por otra parte, como ha señalado Pintore, “aun cuando entendamos la tesis de Dworkin en términos de congruencia y no de coherencia lógica”,⁵⁵ ello no impide la posible contradicción entre principios, y sostener otra cosa equivaldría a excluir un control lógico del sistema, dejando en total indeterminación los modos de que se vale la

⁵⁴ Puigpelat, F. **Principios y normas**. En: **Anuario de derechos humanos**. Número 6. Pág. 241.

⁵⁵ Pintore, A. **La teoría analítica de los conceptos jurídicos**. Pág. 179.



argumentación jurídica para con jugar principios en conflicto y para elaborar los metacriterios de construcción del sistema; “esta posibilidad de control lógico tiene un reflejo ético político evidente, pues proporciona un criterio para comprobar la coherencia del legislador, la medida y los límites en que un Derecho se inspira en valores unívocos”.⁵⁶

En segundo lugar, cuando se afirma que las normas carecen de esa propiedad del peso o importancia, ¿quiere decirse que en caso de conflicto una ha de ser necesariamente inválida o tan solo que ambas no pueden ser aplicadas al mismo tiempo? Si se trata de lo primero -como parece más verosímil-, hay que decir que no todo conflicto normativo se resuelve con la declaración de invalidez de una de las normas, y en todo caso, ello puede ocurrir también con los principios.

Por lo demás, es una doctrina no infrecuente de algunos tribunales constitucionales, el llamado criterio de conservación de las normas, que no se traduce en la pura y simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que supone establecer cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución.

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 180.



La segunda hipótesis, es decir, que la colisión de normas se resuelva en la preferencia circunstancial de una, pero sin que ello implique la invalidez de la otra, resulta mucho más corriente; se trata en suma, de “aquellos casos en que dos normas de sentido deóntico contradictorio (por ejemplo, una permite lo que otra prohíbe) pueden conservarse mediante un juego adecuado de los ámbitos de validez, esto es, dotándolas de un ámbito de vigencia personal, material, especial y temporal parcialmente distinto, lo que permite aplicar una en ciertas ocasiones y la otras en las demás”.⁵⁷

Un ejemplo está en que la normativa general sobre el derecho de reunión no impone ningún requisito para aquellas que se celebren en locales cerrados, mientras que otras disposiciones más restrictivas, establecen ciertos controles y autorizaciones, pero es evidente que ambas pueden coexistir en el mismo sistema y aplicar una u otra dependerá sobre todo de un criterio de especialidad.

Ahora bien, ¿en qué se diferencia ese criterio de especialidad que rige entre las normas de la idea del peso o importancia que se ha atribuido a los principios? En principio, en nada. Si la importancia ha sido establecida en abstracto en virtud de algún criterio de preferencia, se estaría ante un caso análogo al de una regla de excepción a la ley: se aplica la pena de homicidio, salvo que exista legítima defensa o, lo que es igual, la norma de la legítima defensa exceptúa o se impone a la norma del homicidio;

⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis. **Ideología e interpretación jurídica**. Pág. 99.



mutatis mutandi, lo mismo ocurriría si la Constitución estableciese un criterio general en favor del principio de unidad estatal sobre el principio de autonomía territorial.

Si, como parece más probable, el peso o importancia se decide por el intérprete a la luz del caso concreto, se estaría ante un supuesto análogo al ya examinado criterio de especialidad: ¿por qué prefiere el juez una disposición normativa a la otra?; pues seguramente porque así lo exigen las circunstancias del hecho enjuiciado, es decir, por la misma razón que puede preferirse el principio de libertad en unos casos y el de seguridad pública en otros; o sea, no porque exista un criterio general de preferencia, sino porque, al precisar los conceptos de libertad y de seguridad ciudadana, el intérprete considera que el hecho examinado se adecua mejor a la aplicación de uno u otro.

2.2.3. Los principios como mandatos de optimización

Al igual que Dworkin, aunque por motivos ligeramente distintos, también Alexy parece defender una diferenciación estricta o de carácter cualitativo entre principios y reglas. El punto decisivo “es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser solo cumplidos o incumplidos”.⁵⁸

⁵⁸ Alexy, Robert. **Op. Cit.** S. P.



Consecuentemente, ante un conflicto entre principios se impone un ejercicio de ponderación referido al caso concreto que no lesiona la existencia simultánea en el mismo ordenamiento de tales principios, mientras que un conflicto entre normas o reglas, si es real, parece que ha de resolverse con la pérdida de validez de una de ellas; en otras palabras, los principios pueden hallarse en una tensión superable sin afectar a su reconocimiento jurídico, pero las normas solo pueden aparecer en una contradicción que hace de ellas elementos incompatibles.

Como dice Peczenik, “si alguien está en una situación regulada por una regla, solo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o no obedecerla. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor”.⁵⁹

Atienza y Ruiz Manero han observado que el planteamiento de Alexy no es pertinente para todos los principios, sino solo para las llamadas directrices, que se caracterizan porque en ellas figura de forma abierta no solo la condición de aplicación, sino también la conducta prescrita. Es decir, que mientras para Alexy el mandato de optimización juega en relación con todos los principios, siempre que entren en colisión, para los dos autores españoles esta idea acompaña solo a cierto tipo de principios que presentan una estructura peculiar, aunque lógicamente su virtualidad se observa solo en caso de conflicto.

⁵⁹ Peczenik, A. **Dimensiones morales del derecho**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 8. 1990. Pág. 92.



Ciertamente, esta tesis de la colisión puede resultar muy fecunda para mostrar el carácter de la interpretación, sobre todo de la interpretación constitucional, donde muchas veces se realiza un juicio de optimización más que de deducción estricta, en el sentido de que lo exigido por el Tribunal no es el cumplimiento *exacto* de algún objetivo o directriz, sino su cumplimiento razonable a la vista de las circunstancias jurídicas y de hecho; esto es, se acepta que determinados estándares jurídicos pueden satisfacerse o frustrarse en medidas distintas o, como dice Peczenik, “este modo de calificación no es binario, sino por grados, de más o menos”.⁶⁰ De ahí que cuando un conflicto es examinado bajo esta perspectiva técnica, no resulte necesario prescindir por completo de ninguno de los estándares.

Sin embargo, parece dudoso que este sea un criterio del todo acertado para trazar una nítida diferenciación entre dos clases de entidades normativas, como desde esa óptica pretenden formularse las reglas y los principios; se trata más de una peculiar técnica de interpretación que de un rasgo indeleble que acompañe a ciertos estándares (principios) y que esté ausente de otros (reglas).

Por un lado, porque, como ya se sabe, “no cabe rechazar por hipótesis la colisión total entre principios donde, como ocurre con las normas, se excluyan mutuamente, de modo que una de ellas deba considerarse como no perteneciente al ordenamiento”.⁶¹

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 93.

⁶¹ Robles Morchón, G. **Los derechos fundamentales en la comunidad europea.** Pág. 97.



Es cierto que este fenómeno será poco corriente, pero ello no por la estructura típica de los principios, sino por lo que se pudiera llamar coherencia ideológica de la Constitución, dado que la mayor parte de los principios vigentes los sistemas jurídicos han sido diseñados por un mismo legislador como proyecciones de un cierto modelo jurídico-político. Además, sucede que algunos conflictos entre principios tal vez no lleguen a plantearse merced a la interposición de antinomias entre reglas.

La segunda observación que cabe hacer a la caracterización de Alexy es que, si bien las ideas del mandato de optimización y del juicio consiguiente de ponderación en el caso concreto son acertadas, parece que ello no ocurre solo (ni siempre) en relación con los principios, sino también con las reglas.

Es más, este es un procedimiento habitualmente utilizado por algunos tribunales constitucionales para resolver determinados conflictos en que están implicados tanto normas como principios. En este sentido, parece discutible que la distinción propuesta por Alexy entre principios y normas represente una buena caracterización de un sistema jurídico. Su idea de que el cumplimiento de los principios “no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”,⁶² mientras que las reglas contienen “determinaciones en el campo de lo posible, fáctica y jurídicamente”,⁶³ no parece confirmarse en la realización práctica de buen número de reglas.

⁶² Alexy, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Op. Cit.** Pág. 143.

⁶³ **Ibid.** Pág. 144.



Por ejemplo, si se acepta que los derechos fundamentales son reglas, resulta que su protección depende también de lo que Alexy llama las *posibilidades jurídicas*, pues existen otros derechos y principios que juegan en sentido contrario y que, en opinión del Tribunal Constitucional, han de conjugarse para obtener la mayor medida posible del cumplimiento de ambos; es decir, los derechos no exigen una determinada medida de cumplimiento, sino la más alta que resulte viable a la luz de otros derechos.

En efecto, de seguir la sugerencia de Alexy, y dado que numerosos derechos son tendencialmente contradictorios, resultaría que habría de establecerse un orden jerárquico o de prioridad entre los mismos, actuando cada uno de ellos como excepciones o límites a los de categoría inferior; sucedería, por tanto, que todos tienen derecho a la libertad de creencias, salvo que se lesione el derecho a la vida, la libertad personal, etc., que todos tienen derecho a la libertad de expresión, salvo que esté en juego el honor (o a la inversa), y así sucesivamente.

De ser así, entonces sí cabría decir que la medida de satisfacción de la libertad de expresión es una medida determinada, esto es, delimitada por todas sus excepciones: o el derecho puede ejercerse legítimamente o no puede, pero en ningún caso optimizarse en armonía con otros principios o derechos.

Sin embargo, no parece ocurrir así: los derechos colisionan y representan límites recíprocos, pero en abstracto todos tienen el mismo valor, peso o importancia (como se dice de los principios) y de ahí, por ejemplo, que este conflicto no puede resolverse



otorgando a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la ley penal (derecho al honor) frente a la libertad de información. “Lo que se impone en estos casos es *una necesaria y casuística ponderación* que debe perseguir el menor sacrificio para los derechos en conflicto o, lo que es igual, la mayor satisfacción de cada uno, compatible (teóricamente) con la mayor satisfacción de los demás”.⁶⁴

En cierto modo, la observación que hacía Alexy al planteamiento de Dworkin se puede volver contra su propia tesis, porque desde el momento en que se acepta que un principio puede concurrir con una regla, ya no cabe concebir esta última en términos concluyentes, de manera que solo pueda ser cumplida o incumplida. Si los conflictos se caracterizan porque, al entrar en conflicto, admiten un cumplimiento simultáneo merced a la idea de mandato de optimización, algo semejante ha de ocurrir con las reglas, entre cuyas excepciones puede haber principios, desde el momento en que entren en conflicto con uno de estos principios.

Por ejemplo, si se acepta que la norma “*se prohíbe conducir a más de 100 kilómetros por hora*” encuentra una excepción en el principio de estado de necesidad, resultará que en algunos casos sobrepasar esa velocidad no deberá ser sancionado, pero sin que ello suponga tampoco que cualquier velocidad haya de ser admitida; con lo cual aquí la norma operará como un principio: la velocidad óptima será la mayor que permita la seguridad del tráfico con la menor que requiera la situación de necesidad.

⁶⁴ Prieto Sanchís, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Pág. 146.



Así pues, la idea del mandato de optimización representa más bien una técnica argumentativa que puede ser útil en la aplicación de cualquier estándar normativo, ya sea una regla o un principio, cuando entra en colisión con otro estándar. Y tampoco parece que sirva para diferenciar los principios en sentido estricto de las directrices, como mantienen Atienza y Ruiz Manero, pues los principios, cuando existe conflicto, también pueden ser optimizados; acaso cabría decir que las directrices generan naturalmente mandatos de optimización, pero sin que ello implique que esta técnica quede totalmente excluida de los principios en sentido estricto.

Se tratará de explicarlo con un ejemplo: imaginemos una cláusula testamentaria en la que un padre impone a su hijo como condición para acceder a los bienes (legítima y libre disposición) que se divorcie de su mujer, de religión judía. Para resolver el caso, el juez debe tener presente dos principios: el de igualdad, que prohíbe la discriminación religiosa y racial y el de autonomía de la voluntad, que protege las intenciones del testador.

Pues bien, no sería del todo extraño que aquí se renunciase sin más a la idea de optimización, dando total preferencia al principio de igualdad o -lo que parecería la peor solución- al de autonomía de la voluntad; pero tampoco sería sorprendente que algún juez intentase ponderar ambos principios, diciendo que el testamento es nulo por lo que se refiere a la exigencia de divorcio, pero válido en relación con los bienes de libre disposición.



Finalmente, y dado que los planteamientos comentados se inscriben en el marco de una doctrina de la argumentación orientada sobre todo a los jueces, conviene dar cuenta de una dificultad que se pudiera llamar institucional. Sin duda, es cierto que el cumplimiento gradual de algunos estándares y el juicio de optimización son ideas presentes en el razonamiento jurídico, pero tal vez resulte apresurado decir que los principios ordenan siempre al intérprete que se realice algo en la mayor medida posible.

La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, y, sin duda, los programas de esas opciones pueden presentar ideas distintas sobre el grado de realización de los principios o directrices constitucionales. Por ello, desde la perspectiva del juez, más que de un juicio de optimización cabría hablar de un juicio de razonabilidad, que, aceptando la idea de cumplimiento gradual, indique por debajo de qué nivel de cumplimiento o satisfacción una determinada norma o política se hace intolerable.

En otras palabras, “el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto libre, el legislador, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulta admisible o no arbitraria”.⁶⁵

⁶⁵ Prieto Sanchís, Luis. **Notas sobre la interpretación constitucional.** En: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales.** Pág. 177.



Bien es cierto que algunas de estas observaciones pudieran encajar en el planteamiento de Alexy, para quien la diferencia entre normas y principios parece ser más funcional que morfológica, por lo que un mismo enunciado normativo puede aparecer a veces como principio y a veces como norma, según que en su aplicación colisione o no con otra norma o principio.

Pero entonces resulta, cuando menos, engañoso decir que existe una diferencia cualitativa entre ambas categorías y, tal vez, sería más razonable sostener que la idea del mandato de optimización representa una técnica argumentativa a la que puede recurrir el intérprete ante ciertas dificultades y, en particular, cuando se produce una tensión entre valores o intereses con respaldo normativo.

Seguidamente, se intentará desarrollar este enfoque, pero entendiendo que los principios son una especie de normas o, cuando menos, que los principios son sencillamente normas en cuanto desempeñan alguna función o se ponen al servicio de alguna técnica de argumentación.

2.3. Los principios como una especie de normas

2.3.1. Los principios como técnicas de interpretación

Los criterios que se han comentado constituyen los argumentos fundamentales de quienes sostienen, un tanto enfáticamente, la distinción *lógica*, fuerte o cualitativa entre normas y principios.



En el análisis precedente se ha procurado mostrar, sin embargo, su incapacidad para alcanzar el fin propuesto, en unos casos, porque las características atribuidas a los principios podían encontrarse también en las normas y, en otras ocasiones, a la inversa, porque las supuestas singularidades de las normas no resultan inconcebibles en el mundo de los principios.

Con todo, esto no implica la esterilidad del esfuerzo, pues se ha contribuido, sino a descubrir algo que ya era conocido por el pensamiento positivista, sí cuando menos a iluminar determinados aspectos del sistema a los que no se les habría prestado la atención merecida y, en particular, dos: la heterogeneidad estructural de cuanto suele esconderse bajo el nombre de *normas* y también las variadas técnicas de argumentación que se desarrollan en el razonamiento jurídico; en particular, como se verá ahora, las ideas del *todo o nada*, del peso o importancia, o del juicio de optimización se comprenden mucho mejor si aparecen formuladas como técnicas de interpretación, que acaso vengan estimuladas (pero no necesariamente) por la morfología de ciertos estándares normativos.

En realidad, si se le otorga un criterio de *verdad absoluta* al calificativo de *lógica* que atribuye Dworkin a la distinción entre normas y principios, es posible que se debieran compartir muchas de sus sugerencias como *una descripción adecuada de ciertas características del sistema jurídico*.



Se quiere decir con ello que en el pensamiento de Dworkin al final, parece que la diferenciación no es tan lógica o rigurosa como se quiere aparentar, y ello aunque solo sea porque se reconoce que algunos estándares pueden funcionar bien como normas, bien como principios; esto es, más que una diferencia estructural lo que parece existir es una diferencia de enfoque, pues no otra cosa significa que determinados estándares puedan desempeñar uno u otro papel, según los casos.

Lo que es más importante, ello ocurre también en el modelo constitucional; así, las *libertades* no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de, por ejemplo, una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental; y lo mismo cabría decir de otros derechos-principios, como la libertad religiosa o la autonomía universitaria.

Este cambio de acento de la estructura a la función en quienes defienden una separación estricta entre normas y principios se aprecia más claramente aun en Alexy. Para él, “solo el particular modo de colisionar unas y otros lleva al núcleo de la diferencia entre reglas y principios”,⁶⁶ lo que significa, ni más ni menos, que mientras no entren en conflicto, no existiría diferencia alguna o, al menos, no de tipo estricto o cualitativo. Solo cuando un estándar asume en cierto contexto una determinada función interpretativa parece que se puede descubrir la presencia de un principio, mejor dicho, es esa función interpretativa la que constituye el principio.

⁶⁶ Alexy, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Op. Cit. Pág. 143.



Estas consideraciones permiten preguntarse si acaso hoy el tema de los principios está dejando de ser un debate de lógica del derecho o de las normas, para convertirse en un debate de lógica de los juristas o de la interpretación. Como se ha dicho, parece que este tránsito está presente en los planteamientos de Dworkin y Alexy, pero ha sido expresamente desarrollado por Gianformaggio.

La autora italiana propone una caracterización de los principios sumamente cercana a la que ya se conoce: “a diferencia de lo que ocurre en el conflicto de normas o reglas, cuando se trata de principios que se imponen al intérprete en general y que no consideran la situación específica sobre la que hay que decidir”,⁶⁷ no es preciso lesionar ninguno de los dos. “Porque los principios no son entre sí incompatibles: son siempre concurrentes, y aplicar uno significa, simultáneamente, aplicar todos los concurrentes, buscando la manera de sacrificar cada uno de ellos en la menor medida posible compatible con el respeto a cada uno de los otros”.⁶⁸ Resulta patente la similitud de este argumento con las ideas sobre el peso o importancia de Dworkin, o sobre el juicio de optimización de Alexy.

Sin embargo, para Gianformaggio resulta claro que esta caracterización no es predicable de una cierta clase de normas (principios) que genética o estructuralmente se diferencien de las demás (reglas); incluso reconoce también que una misma disposición puede ser entendida unas veces como regla y otras como principio y, de

⁶⁷ Gianformaggio, L. **La interpretación de la constitución entre la aplicación de reglas y la argumentación basada en principios.** Pág. 104.

⁶⁸ **Ibid.** Pág. 104.



hecho, los ejemplos que comenta al final de su trabajo son ejemplos de una forma de argumentar o de justificar las decisiones, pero no de una clase específica de normas.

En suma, “la diferencia entre regla y principio surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación; decir en abstracto que una cierta disposición contiene una regla antes que un principio, o a la inversa, no tiene más significado que sugerir prácticas interpretativo-explicativas de un tipo más que de otro”.⁶⁹ Esto permite comprender la simpatía de la autora por la crítica kelseniana frente a quienes sostienen que el derecho se compone de elementos estructuralmente distintos, las normas y los principios; o que no tenga ninguna dificultad en aceptar que cuando solo se tiene en cuenta uno de los principios concurrentes, y no los dos, en realidad viene aplicada una regla.

Ahora bien, nótese que este desplazamiento desde la estructura de las normas a las técnicas de interpretación o de justificación conduce, paradójicamente, a negar toda posible distinción entre normas y principios con anterioridad al proceso interpretativo. En otras palabras, antes de la interpretación existiría un mundo indiferenciado de prescripciones y solo la argumentación jurídica haría de cada una de ellas y en cada caso concreto un principio o una regla; lo cual puede ser cierto, si tan solo se quiere decir que las técnicas argumentativas del *peso* (Dworkin) o del juicio de optimización (Alexy) han de ser usadas en cualquier momento por el juez, y en relación con cualquier disposición normativa. Pero es cuando menos discutible, y sorprendente

⁶⁹ **Ibid.** Pág. 117.



desde el punto de vista del lenguaje de los juristas, afirmar que antes de la interpretación no existe propiamente diferencia alguna entre reglas y principios.

Al contrario, cuando los juristas hablan de principios de los principios generales del derecho o de los principios constitucionales, parece que -con toda la nebulosa que se quiera- pretenden aludir a un género peculiar de normas, que son distintas -aunque no distintas *lógicamente*- de las demás normas a las que se llama reglas.

Por otra parte, la caracterización que propone Gianformaggio resulta un tanto estipulativa y parece tomar en consideración uno solo de los escenarios en que pueden desenvolverse principios y normas, a saber, el de las antinomias o contradicciones normativas. En concreto, afirmar que los principios son siempre concurrentes y que allí donde no hay concurrencia -porque no existe conflicto y se aplica uno solo o porque el conflicto expresa una incompatibilidad absoluta- es mejor hablar de normas o reglas, se presta a varias objeciones.

Primero, cabe decir que oscurece otras posibles virtualidades hermenéuticas a desempeñar por los principios, pues su operatividad se limitaría a entrar en conflicto con los estándares según un criterio de concurrencia y no de exclusión, olvidando la importancia que los principios pueden tener, por ejemplo, en la resolución de lagunas, en la adjudicación de sentido a otras normas, etc.



Segundo, tampoco parece que deba excluirse por hipótesis que un conflicto entre los que normalmente se llaman principios se solucione con un juicio de incompatibilidad y no de concurrencia, esto es, se solucione con la postergación total de uno de los elementos en conflicto; es más, ello será muy comprensible en algunos casos, como el de transformación profunda del orden jurídico-político.

También, la idea de concurrencia no es una técnica propia de cierta clase de antinomias, sino una estrategia general que se observa ante cualquier clase de contradicción normativa, de manera que los juristas, antes de proclamar la incompatibilidad *lógica* entre dos normas, intentan conjugar ambas, es decir, intentan presentarlas como concurrentes.

Ciertamente, se podrá seguir sosteniendo que solo procede utilizar el vocablo *principio* cuando se dé el peculiar supuesto de *conflicto concurrente* que se viene comentando, pero, al precio de formular una estipulación más engañosa que útil, pues, en este esquema, no es verdad que los principios den lugar a una cierta técnica interpretativa, sino que, a la inversa, es la presencia de esa técnica lo que justifica utilizar la expresión principios; pero dado que esa técnica resulta operativa en relación con cualquier género de estándar jurídico, ello se traduce en suma en que no existe diferencia alguna entre normas y principios, al menos, diferencia que sea anterior al momento hermenéutico. Por otra parte, reducir la virtualidad de los principios a una técnica de resolución de conflictos, oculta otras posibles funciones de interpretación o integración del ordenamiento donde los principios parecen desempeñar un papel importante.



En definitiva, cifrar la singularidad de los principios en una dimensión funcional más que estructural puede ser un camino muy acertado que más adelante se intentará seguir; pues, muy probablemente, en el lenguaje jurídico los principios no son un determinado tipo de normas -aun cuando no puede olvidarse que, de modo creciente, el legislador hace uso explícito de esa expresión-, sino cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica.

Ahora bien, parece que esto no autoriza a sostener la existencia de una diferenciación fuerte o estricta entre normas y principios ni, consiguientemente, a perder de vista buenas razones de quienes ofrecen criterios en favor de una distinción débil. En efecto, por lo que se refiere al primer aspecto, si se reconoce que cualquier norma puede ser usada o servir en toda clase de técnica interpretativa, entonces parece preferible decir que existen distintas técnicas interpretativas o que las normas pueden desempeñar diferentes funciones en el razonamiento jurídico, y no que existen estándares jurídicos lógicos o estrictamente separados.

Por lo que se refiere al segundo problema, cabe preguntarse si las funciones generalmente atribuidas a los principios, es decir, si el tipo de técnica interpretativa que suele justificar que una norma aparezca como principio o sea calificada como tal, no es algo que está más o menos vinculado a la estructura de la norma en cuestión; esto es, si, por ejemplo, la idea del mandato de optimización resulta más adecuada para el principio-norma de la libertad contractual que para el principio-norma que prohíbe



circular a más de 100 kilómetros por hora y, en caso afirmativo, en qué se distingue un estándar de otro.

Lo que significaría que los juristas pueden elevar cualquier regla a la categoría de principio, pero que lo hacen preferentemente en aquellas reglas que reúnen determinadas características. Por ello, se intentará precisar esas características que justifican que una norma reciba el nombre de *principio* o que desempeñe de modo habitual las funciones atribuidas a los principios; si bien asumiendo desde ahora que los criterios que se presenten no podrán ofrecer la aparente nitidez de las separaciones tajantes.

2.3.2. Principios y reglas, especies de un mismo género

En verdad, cuando se conciben los principios como un género particular de normas parece difícil huir de la vaguedad, de las aproximaciones genéricas o de los intentos de clasificación más o menos acertados. No deja de ser comprensible, pues “si se parte de la idea de que los enunciados normativos no pueden distinguirse o, mejor, no pueden agruparse en bloques o categorías cerradas atendiendo exclusivamente a su estructura, por muy plurales que sean las formulaciones lingüísticas de los mismos, diríase que a lo sumo podremos llegar a la enunciación de algunos rasgos o características que estarán presentes en cierto grado o medida en cada una de las disposiciones”,⁷⁰ pero será imposible delimitar determinada peculiaridad que

⁷⁰ Jori, M.; Pintore, A. **Manual de teoría general del derecho**. Pág. 209.



pertenezca exclusivamente a un tipo de disposición, pues, si así fuera, se debería hablar de una separación lógica o estricta.

Sin embargo, como se ha procurado mostrar, dicha separación es difícilmente sostenible, salvo que se entienda que normas y principios son tan solo dos modos de llamar a técnicas o modelos de argumentación diferentes, lo que, paradójicamente, conduce al final a negar cualquier atisbo de distinción previa al proceso hermenéutico.

Por ello, los juristas suelen atribuir a los principios una serie de notas características que son por naturaleza graduales, cuantificables, es decir, que se pueden poseer en distinta medida; algunos, como la fundamentalidad jurídico-política o la relevancia que asumen en el trabajo hermenéutico, parecen referirse a la posición que ocupan o al tipo de función que desempeñan dentro del sistema jurídico; otras, como la generalidad o la vaguedad, aluden más bien a lo que se pudiera llamar la estructura morfológica de esta clase de normas. Así, por ejemplo, Wroblewski escribe que “son calificados como principios las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo (por ejemplo, en una ley), o en el sistema jurídico entero”.⁷¹

Incluso algún autor considera que la fundamentalidad es el rasgo que mejor define la idea de principio: escribe Luzzati: “en la estructura de los sistemas jurídicos los principios son aquellas normas que vienen consideradas por el legislador, por la doctrina y/o por la jurisprudencia como el fundamento (en alguno de los posibles

⁷¹ Wroblewski, Jerzy. “Sentido” y “hecho” en el derecho. Pág. 154.



sentidos del término: se hablará por tanto de *fundamento* político-ideológico, lógico-deductivo, axiológico, teleológico o, más genéricamente, de fundamento justificativo) de un conjunto de otras normas ya promulgadas o por emanar (así, los principios programáticos)".⁷²

Bobbio, por su parte, dice que “los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales”⁷³; para él, no existe ninguna duda de que los principios son normas, pues, si se obtienen mediante un proceso de generalización a partir del material normativo y si tienen por misión resolver conflictos, es evidente que no pueden ser otra cosa; pero no son normas sustancialmente distintas de las demás.

“Sencillamente, se supone que una norma es fundamental cuando cabe convenir que, en su ausencia, el ordenamiento en su conjunto o algún sector del mismo cambiarían de identidad”,⁷⁴ piénsese en los valores superiores que propugna la Constitución, en el principio de separación de poderes, en los principios de legalidad e irretroactividad de la norma penal, etc.

Ahora bien, no es necesario detenerse mucho en esta noción de fundamentalidad. Por lo común, se dice que una disposición es fundamental cuando recoge las decisiones

⁷² Luzzati, C. **La vaguedad de las normas. Un análisis del lenguaje jurídico.** Pág. 262.

⁷³ Bobbio, Norberto. **Teoría general del derecho.** Pág. 251.

⁷⁴ **Ibid.** Pág. 253.



básicas o nucleares que inspiran todo un grupo normativo o institución jurídica o, incluso, el conjunto del ordenamiento.

La trascendencia práctica de tal fundamentalidad es que la norma en cuestión se erige en criterio preferente para la interpretación de las reglas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario o coherente al conjunto normativo. Parece evidente, sin embargo, que las disposiciones fundamentales pueden adoptar cualquier estructura, esto es, “pueden responder tanto a lo que los juristas llaman principios como a lo que desde el punto de vista de su generalidad, llaman reglas”.⁷⁵

Por lo demás, tampoco cabe suponer que la fundamentalidad material o sustantiva de la que se ha venido hablando se corresponde con una fundamentalidad formal; los principios o las normas *más importantes* no tienen por qué exteriorizarse a través de las fuentes superiores o constitucionales, y ni siquiera tienen por qué consagrarse expresamente en fuente alguna.

En suma, tal vez sea cierto que los principios son fundamentales, pero ni lo son todos en la misma medida, ni, en cualquier caso, esta es una característica *todo o nada* que permite trazar una nítida frontera entre las normas fundamentales y las que no llegan a serlo.

⁷⁵ Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Op. Cit.** Pág. 6.



Algo análogo cabe decir de otra característica funcional usualmente atribuida a los principios, como es su naturaleza de normas secundarias o de normas cuya misión primordial consiste en desvelar el sentido de otras normas. “Los principios, en efecto, suelen presentarse como un fruto *endogámico* de la llamada ciencia jurídica, nacidos muchas veces para resolver los problemas de la interpretación y aplicación del Derecho; tal es el caso de los innumerables principios que en forma de máximas o aforismos aparecen con frecuencia en las sentencias judiciales”.⁷⁶

Sin embargo, es evidente que no todos los principios desempeñan esta función, pues un número importante incorpora normas primarias o de comportamiento inmediatamente dirigidas a los ciudadanos; esto explica su relevancia en los casos de laguna normativa, donde un principio se erige en único parámetro de enjuiciamiento, como también en los supuestos de contradicción entre principios y normas primarias. Por lo demás, tampoco parece que el conjunto de las normas secundarias se ajuste en todo caso a la estructura típica que suele atribuirse a los principios, esto es, muchas normas secundarias presentan la fisonomía de reglas específicas.

Ahora bien, ya que no la ostentación de un cierto rango normativo ni el desempeño de una función netamente distinta, cabría pensar que el rasgo diferenciador de los principios respecto de las normas consiste en presentarse bajo una determinada fórmula de expresión lingüística.

⁷⁶ Mans Puigarnau, J. M. **Los principios generales del derecho**. Pág. 72.



En este aspecto, las dos características más frecuentemente atribuidas a los principios son su generalidad y su vaguedad, aunque no hace falta añadir que se trata también de propiedades graduales que no permiten definir categorías cerradas, sino tan solo ordenar los diversos productos normativos en una larga escala de generalidad y vaguedad.

Escribe Francisco Laporta “principio es un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta”.⁷⁷ La generalidad, en efecto, tiene que ver con el círculo de destinatarios y constituye noción opuesta a lo individual o particular, de modo que “una norma será tanto más general cuanto mayor sea el número de sujetos o de situaciones que se someten o vinculan a una cierta consecuencia jurídica, es verdad que los principios suelen presentar una notable generalidad”,⁷⁸ pero parece imposible discernir a partir de qué momento se traspasa el umbral de las reglas generales para penetrar en el de los principios.

Cabe decir de la vaguedad. “La vaguedad del lenguaje normativo supone la presencia de un insuprimible margen de indeterminación semántica, que tanto puede afectar a la extensión del enunciado, esto es, a los objetos comprendidos dentro del mismo (denotación) como a su intensidad o propiedades caracterizadoras de tales objetos (connotación)”.⁷⁹

⁷⁷ Laporta, F. **El principio de igualdad: introducción a su análisis**. En: **Revista sistema**. Pág. 5.

⁷⁸ Von Wright, G. H. **Norma y acción (1970)**. Pág. 96.

⁷⁹ Guastini, Riccardo. **Introducción al análisis del lenguaje normativo**. En: Castignone, S; Guastini, R.; Tarello, G. (editores). **Introducción teórica al estudio del derecho**. Pág. 41.



Así, una norma jurídica es vaga cuando aparecen o puede suponerse que aparecen casos límite o dudosos, casos que, claramente, no están excluidos ni incluidos en la norma; estos casos dudosos constituyen, por tanto, supuestos concretos cuya cualificación jurídica resulta incierta y ante los cuales no se puede decidir (aunque se debe hacerlo irremediablemente) si se corresponden o no con el supuesto abstracto previsto en la norma; así ocurre, por ejemplo, cuando las disposiciones jurídicas se remiten o invocan valores culturales o sociales, como la diligencia del buen padre de familia, etc., pero ocurre también en presencia de vocablos mucho más precisos en apariencia.

La vaguedad constituye un rasgo propio de todo lenguaje natural, de manera que la incertidumbre que provoca no se supera mediante un profundo conocimiento del derecho o del lenguaje jurídico, ni tampoco mediante una prueba plena de los hechos o del supuesto examinado. Precisamente por ello, “la vaguedad no puede constituir un criterio seguro para clasificar las disposiciones jurídicas ni, por tanto, para diferenciar con nitidez principios y normas”.⁸⁰

Como observa Hart, “cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una *textura abierta*”.⁸¹ Acaso cabría aceptar que los principios suelen

⁸⁰ Bayón Mohino, J. C. **Op. Cit.** Pág. 360.

⁸¹ Hart, H. L. A. **Op. Cit.** Pág. 159.



ser las normas más vagas, pero ni esto resultaría cierto siempre, ni en todo caso ello proporciona un criterio absoluto del tipo del *todo o nada*.

En suma, puede decirse que tiene razón Aarnio cuando escribe que “desde el punto de vista lingüístico, no hay diferencia entre reglas y principios”.⁸² El autor finlandés sintetiza perfectamente las razones que impiden esa diferenciación: “las reglas, al igual que los principios, pueden ser formuladas ambigua o inequívocamente. Muy a menudo, la formulación de los principios es más general que la de las reglas. Sin embargo, también las reglas son a veces vagas o, de otra manera, difíciles de dilucidar. Basta tan solo recordar las normas flexibles o la llamada problemática de la textura abierta. En este respecto, las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los principios. Cuando más, puede haber una diferencia de grado entre estas dos categorías”.⁸³

Se han examinado algunos de los rasgos que más frecuentemente aparecen en las caracterizaciones teóricas de los principios o de los principios generales del derecho. Pudieran haberse añadido algunos otros, por ejemplo, que son normas directivas que indican la orientación ético-política de un determinado sistema jurídico; que son normas programáticas que prescriben un fin u objetivo a perseguir por los poderes públicos, pero sin especificar los medios o garantías para su satisfacción. Sin embargo, es difícil que un análisis más pormenorizado de estos y otros criterios hubiera alterado la conclusión de que no parece posible mantener una distinción lógica o cualitativa entre reglas y principios, sino tan solo una distinción relativa y por lo demás insegura.

⁸² Aarnio, A. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** Pág.143.

⁸³ **Ibid.** Págs. 144-145.



Ciertamente, cabe construir idealmente escalas graduales cuyos extremos estuvieran representados por lo más accesorio frente a lo más fundamental, por lo más particular frente a lo más general, por lo más preciso frente a lo más vago, y así sucesivamente; y tal vez cabe aceptar también que los principios son un género de normas que tienden a situarse más cerca de los extremos citados en segundo lugar. Pero con ello tan solo se habrá contribuido a mostrar la variada tipología de los enunciados normativos y, si se quiere, también a describir el uso que hacen los juristas de la expresión *principios*.

De todos estos criterios o significados tal vez solo se pueda derivar una enseñanza, y es que los principios son una noción relacional o comparativa; se dice que una norma es un principio cuando, siquiera idealmente, se tiene presente otra norma o grupo de normas respecto de las cuales aquella se presenta como fundamental, general, etc. “Al igual que el concepto de temperatura en las ciencias empíricas, el de principio es también un concepto teórico -sin perjuicio de que lo use el legislador o el juez- construido para explicar u ordenar ciertos aspectos de la experiencia jurídica”,⁸⁴ como son las relaciones que se establecen entre normas de distinta importancia jerárquica o *lógica*, de distinta estructura, etc.

De ahí que cuando una Constitución o una ley consagran expresamente un principio no se pueda, a veces, tener capacidad de determinar *a priori* ninguna conclusión acerca del porqué de ese calificativo; solo cuando se lleva el principio a un contexto normativo más amplio se hace posible precisar en qué sentido y en relación con qué, un

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi. **La semántica de la teoría del derecho**. Pág. 108.



enunciado normativo es un principio; por ejemplo, la libertad puede ser considerada como un principio fundamental que ha de estar presente en toda operación de creación y aplicación del Derecho, o como un principio general que expresa el criterio inspirador de un conjunto de normas particulares, o como un principio programático que encierra un mandato de optimización; alternativamente, según cuál sea el contexto, el principio lo será en un sentido o en otro.

Con todo, el resultado último puede parecer infructuoso, tal vez lo sea. Desde un punto de vista estructural o morfológico, los principios son normas y un estudio del lenguaje de los juristas pone de relieve la enorme vaguedad de las reglas (si es que existen) que presiden el uso de los principios; se habla de principios para aludir a las normas generales, a los enunciados vagos, a ciertos criterios fundamentales para la solución de conflictos, a las opciones básicas de filosofía política, etc., en suma, a las normas que reúnen determinadas características y en determinada medida.

No obstante, antes de llegar a la conclusión de que la distinción comentada resulta un tanto infecunda, conviene explorar nuevos caminos o perspectivas; la primera se refiere al origen o fuente de validez que supuestamente distinguiría a normas y principios; la segunda consiste en preguntarse si la famosa dicotomía puede obedecer a la diferente función que desempeñan en el curso de la argumentación jurídica a propósito de la anhelada *unidad de solución justa* o la *respuesta correcta* dworkiniana en la que hay que acudir al “juez Hércules”.



CAPÍTULO III

3. La concretización normativa de los principios

3.1. Los principios y el derecho natural

Muy probablemente, el mantenimiento riguroso de la separación entre normas y principios no responde tanto a un estudio analítico sobre la estructura de los diferentes elementos que componen el sistema jurídico, sino que “es más bien una consecuencia del empeño por demostrar que en el Derecho existen normas o, en general, estándares de comportamiento que no son identificables desde el propio Derecho, algo que suele aparecer unido a la tesis antipositivista sobre la unidad o no separación entre Derecho y moral, y curiosamente, también al intento de *centrar el Derecho en la acción del juez*”.⁸⁵ Parece que ello es evidente en Esser o Dworkin, pero no deja de sugerirse en Alexy y en el ámbito de pensamiento que suele denominarse retórico, hermenéutico o dialéctico.

En efecto, es interesante constatar la *vis atractiva* que existe entre el derecho natural y, en general, las corrientes antipositivistas y la doctrina de los principios jurídicos. Aquellas suelen invocar a los principios y su virtualidad normativa, como la mejor prueba de un derecho *por encima de las leyes*, de un derecho eficaz cuya validez presuntamente no sería explicable según los esquemas tradicionales del positivismo;

⁸⁵ Peces-Barba, G. **Los valores superiores**. En: **Anuario de filosofía de filosofía del derecho**. Pág. 377.



abandonadas las viejas exposiciones de un derecho natural abstracto y auto-evidente diríase que “sus defensores han buscado refugio en ciertas normas que, a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal, que son el fundamento más firme de la eficacia de leyes y costumbres”.⁸⁶

Tal vez pueda considerarse que el derecho natural resulta debilitado y empobrecido cuando su virtualidad se hace residir en unos principios generales cuya aplicación, “en los ordenamientos contemporáneos, solo se concibe en ausencia de ley, pero nunca contra ella, pues esto equivale a confesar que el Derecho natural solo vale cuando confirma o, al menos, cuando no se opone al Derecho positivo”;⁸⁷ pero, en cualquier caso, la doctrina de los principios servirá de vehículo privilegiado a las sucesivas rehabilitaciones del iusnaturalismo y llegará incluso a sugerirse la idea de la *corruptio legis*, es decir, la idea de que las normas positivas contrarias a los principios carecen de validez y no deben ser aplicadas.

Pero si quienes originalmente preocupados por mantener en pie el viejo edificio del derecho natural se han acercado a la doctrina de los principios y han querido encontrar en ella una confirmación de sus tesis, a la inversa también, quienes parecen partir de una reflexión de teoría del derecho y buscan en los principios la solución a las insuficiencias de la ley y el criterio definitivo para sostener la idea de la plenitud del sistema y de la única respuesta justa o correcta en cada caso, parecen terminar a su

⁸⁶ De Castro, F. **Derecho civil de España. Op. Cit.** Pág. 405.

⁸⁷ Del Vecchio, G. **Los principios generales del derecho.** Pág. 137.



vez por abrazar el iusnaturalismo o algún género de doctrina superadora de la concepción positivista del derecho.

El caso de Kantorowicz y del movimiento de derecho libre es bastante significativo, pues su denuncia sobre la insuficiencia de las leyes y su reivindicación de la función del juez, así como de la justicia del caso concreto, desembocará expresamente en una nueva versión del derecho natural: “La nueva concepción del Derecho constituye una resurrección del Derecho natural en forma modificada (...), el Derecho natural es un Derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole Derecho libre”.⁸⁸

Naturalmente, “no siempre es fácil discernir -ni siquiera tiene interés hacerlo- si el Derecho natural constituye un punto de partida para *descender* hasta los principios o si, al contrario, los principios representan una premisa para *ascender* al Derecho natural”.⁸⁹

En relación con el primero de los caminos, ya han aparecido algunos testimonios en estas páginas. Aquí, sin embargo, no se describirán los detalles del viejo debate iusnaturalismo-positivismo y tan solo se intentará mostrar adónde puede conducir una teoría fuerte de los principios.

⁸⁸ Kantorowicz, G. **La lucha por la ciencia del derecho**. En: Savigny, F.; otros. **La ciencia del derecho**. Pág. 332.

⁸⁹ Viehweg, T. **Tópica y jurisprudencia**. Pág. 4.



3.2. Los valores morales en la concepción positivista del derecho

Es conveniente en este punto formular alguna observación sobre la concepción positivista del derecho. Muy resumidamente, en orden a lo que ahora interesa, el positivismo sostiene que las normas o modelos de conducta que se imponen a los ciudadanos y que son tomados en consideración por el juez a la hora de valorar el comportamiento de aquellos, pueden ser normalmente identificados mediante alguna regla o criterio del propio sistema jurídico y que, en último término, encarnan alguna práctica social verificable.

La institucionalización de los modos de producción normativa facilita sin duda la identificación de las normas del sistema (leyes, reglamentos, sentencias, etc.), pero tampoco resulta imprescindible: el Positivismo, al menos en su versión más evolucionada y *realista*, no encuentra ninguna dificultad en considerar como normas jurídicas aquellos modelos de conducta que cuentan con cierto respaldo social, en concreto, con un respaldo suficiente como para imponerse mediante el uso de la fuerza; en cualquier sistema jurídico, pero especialmente en un sistema primitivo, “las normas pueden carecer de institucionalización (la costumbre), pero cuando menos han de gozar de ese respaldo social que nos permita predecir que en caso de desviación por parte de los destinatarios se producirá una reacción jurídica, es decir, un acto de coacción”.⁹⁰

⁹⁰ Bulygin, E. **Sentencia judicial y creación del derecho**. En: Alchourrón, C. E.; Bulygin, E. **Análisis lógico y derecho**. Pág. 365.



En palabras de Hart, el Positivismo “sostiene que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o test últimos de validez jurídica”.⁹¹

Sin embargo, esto no significa que la concepción positivista del derecho ignore que detrás de cada norma o decisión jurídica se yergue una opción moral o política; no ignora, obviamente, que detrás de la Constitución existe una filosofía política, que en los entresijos de la ley se esconde una ideología gubernamental o que en las decisiones judiciales asoman principios morales.

Lo que ocurre es que dicha concepción se muestra confiada, al menos en línea de principio, en que es posible distinguir entre el derecho (modelos de conducta con respaldo social normalmente institucionalizado) y la moral (modelo de conducta creado *ex novo* por algún operador jurídico), “lo característico del positivismo es que -siempre en línea de principio- endosa los elementos o dimensiones jurídicas de una decisión a una persona u órgano distinto (y superior) a aquél que ha de adoptarla; y, en cambio, endosa los elementos morales al propio órgano que adopte la decisión”.⁹²

⁹¹ Hart, H. L. A. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. En: **Sistema, Revista de Ciencias Sociales**. Pág. 5.

⁹² Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 202.



Precisamente, en polémica con uno de los representantes más acreditados del *principialismo*, Kelsen reconocerá de forma expresa ese fondo moral y político de toda norma o decisión jurídica: “la producción de normas generales e individuales viene influenciada por principios de la moral, de la política y de la costumbre, que se dirigen a la autoridad legislativa y reclaman un cierto contenido para la norma a producir. La influencia de estos principios se manifiesta en el hecho de que el contenido de las normas jurídicas generales e individuales (...) coincide más o menos con estos principios; del mismo modo, una sentencia puede ser influenciada por un principio de la moral, de la política o de la costumbre que hasta entonces no había ejercido influencia en la producción del Derecho. La norma individual que una tal sentencia representa puede entrar en vigor en base al criterio formal del Derecho positivo de la judicialización”.⁹³

Sin embargo, Kelsen insiste una y otra vez en que lo que confiere validez jurídica a la ley o a la sentencia no es su correspondencia con algún principio moral, sino su recepción en el derecho positivo a través de un acto de producción normativa reconocido por el propio derecho, pues el hecho de que una sentencia sea conforme a una norma moral “es totalmente irrelevante para su validez, dado que también resultaría válida aunque no fuese conforme. Lo que cuenta verdaderamente es que su producción se ajuste a lo establecido en una norma general, la cual prescribe para la

⁹³ Kelsen, Hans. **Teoría general de las normas**. Pág. 182.



sentencia un cierto contenido. En otro caso, el órgano que estatuye la norma jurídica es libre de establecer su contenido”.⁹⁴

En un sentido análogo se expresa Hart: “la separación conceptual entre Derecho y moral es compatible con la coincidencia de facto entre exigencias morales y jurídicas”,⁹⁵ pues cabe el hecho contingente de que el legislador considere prohibido lo que está moralmente prohibido y obligatorio lo que se considera moralmente obligatorio.

Es más, la ley puede conferir una amplia discrecionalidad a los tribunales para que juzguen de conformidad con el principio de justicia o como exige la moralidad, con la consecuencia de requerir por parte del tribunal el desarrollo de una argumentación moral.

Sin embargo, “tales principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes *proprio vigore*, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables, sino solo en la medida en que hayan sido incorporados al ordenamiento por alguno de los procedimientos reconocidos en el mismo”.⁹⁶

⁹⁴ **Ibid.** Pág. 189.

⁹⁵ Hart, H. L. A. **Op. Cit.** Pág. 7.

⁹⁶ **Ibid.** Pág. 7.



En suma, el positivismo acepta sin dificultad que las disposiciones legislativas descansan en una cierta filosofía política y encarnan principios morales, pero subraya que su validez no viene dada por aquella filosofía o por estos principios, sino por la decisión de un órgano que asume la responsabilidad de respaldar esos criterios extrasistemáticos, combinándoles de forma variable con las prescripciones que derivan de normas superiores, es decir, combinándoles con los estándares de comportamiento identificables según alguna regla de reconocimiento.

3.3. Los principios en la hermenéutica

Pues bien, la que ha sido llamada la “teoría fuerte” de los principios se presenta como una distorsión de la idea que se acaba de enunciar, y el calificativo de iusnaturalista no responde en verdad a ninguna reivindicación del viejo derecho natural abstracto y formalista, sino a su intento de fusión entre derecho y moral; una fusión que permite ampliar casi ilimitadamente el ámbito de lo jurídico o, lo que es lo mismo, que permite ampliar el margen de irresponsabilidad del sujeto que adopta la decisión.

Dicho de modo directo y acaso un tanto trivial, los principios sirven para endosar a otro aquellos modelos de comportamiento que se imponen (por el legislador y, sobre todo, por el juez), pese a carecer de respaldo en una regla de reconocimiento, en suma, en una práctica social verificable.



De ahí que la singularidad de una teoría fuerte de los principios no resida propiamente en que éstos quieran presentarse como principios de relevancia moral (lo que nadie niega), sino en que esa relevancia moral pretende invocarse como título bastante para constituir un deber ser jurídico, esto es, una norma que ha de ser observada por los operadores jurídicos en las mismas condiciones que las demás normas del sistema.

En suma, afirmar que el indudable fundamento moral de los principios es razón suficiente para su consideración como normas jurídicas, equivale a decir que el derecho no se compone solo de reglas identificables según alguna regla de reconocimiento, más o menos compleja, sino que se compone también de normas cuya justificación ha de buscarse más allá del derecho, pues descansa en su bondad objetiva, al menos, en su bondad objetiva ante un caso concreto.

Este es el sentido en que un autor como Esser puede ser tildado de iusnaturalista, en la famosa *Grundsetz und Norm* “no hay una defensa del viejo Derecho natural racionalista y matematizante, ni tampoco de un orden ético de valores inmutables con pretensión de vigencia jurídica universal”,⁹⁷ sino tan solo una propuesta de apertura del derecho legal o estricto (de las normas) a un mundo de valores y de justicia material (los principios), que conformarían un orden jurídico paralelo y superpuesto, el derecho extralegal; un derecho que tomaría cuerpo y realidad, no en las leyes abstractas y generales, sino al hilo de la práctica jurídica que ha de buscar la solución más adecuada al caso concreto.

⁹⁷ Citado por: Zaccaria, G. **Hermenéutica y jurisprudencia. Ensayo sobre la metodología de Josef Esser.** Pág. 3.



No muy lejos de este planteamiento se encuentran los principios del derecho justo propuestos por Larenz, “unos principios que no tienen vigencia en virtud del establecimiento o de la autoridad de un legislador, ni por una convicción jurídica generalizada, sino a causa de su justeza”.⁹⁸

Esser pretende situarse en una posición equidistante entre iusnaturalismo y positivismo. “Los principios no se obtienen deductivamente a partir de un sistema normativo superior, abstracto y universal, como postularía un iusnaturalismo clásico, pero tampoco mediante un proceso de inducción desde el material jurídico vigente, según una táctica positivista de muy cortos horizontes”.⁹⁹

Por consiguiente, la eficacia de los principios resulta ser, al igual que la del viejo derecho natural, independiente de las normas que cuentan con respaldo institucional, pero, a diferencia de aquel, no reside en algún mundo etéreo y evanescente que se sitúe por encima de la realidad social, sino que son *descubiertos por el juez en el caso concreto*: descubiertos en la naturaleza de la cosa, en el sentido común alimentado por la ética social, etc.

Como resume Larenz, “solo después de esta irrupción en el mundo del Derecho operado por el juez, el principio cristaliza como un criterio general y con vocación de futuro, lo que no impide que sea postergado en casos atípicos o cuando se produce

⁹⁸ Larenz, K. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.** Pág. 191.

⁹⁹ Esser, J. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Pág.14.



algún cambio en las pautas culturales”.¹⁰⁰ Así, pues, los principios se fraguan en el curso de la argumentación judicial, pero esto no significa que sean sin más obra de los jueces; éstos encuentran los principios, ya sea en alguna ley o precedente judicial, ya en la convicción ética de la comunidad.

Como observa Rodríguez Paniagua, “la naturaleza de estos principios prepositivos o extrapositivos constituye el interrogante fundamental de la famosa obra de Esser, pero, en cualquier caso, lo que merece subrayarse es que dichos principios vienen dados desde una moral no subjetiva o arbitraria, de un modo análogo a como vienen dados los criterios jurídico-positivos”;¹⁰¹ en la interpretación de Larenz, “los principios tienen ya, en cuanto prepositivos, un contenido inteligible y enunciable, es decir: de contenido porque no solo son formados y llenados la jurisprudencia de los tribunales, sino que asimismo indican primero a esta la dirección”.¹⁰²

Con ello, el juez queda al margen del decisionismo político, pero también de la vinculación a la ley: actúa con notable independencia de la voluntad legislativa, pero no por ello tiene que rendir cuentas de sus concepciones ideológicas, pues “no le está permitido hacer prevalecer su propia decisión valorativa”.¹⁰³ Para salvar el escollo están esos principios prepositivos que, en el pensamiento de Esser, vienen a resumir lo que otros han llamado tópicos, naturaleza de la cosa, tradición, moralidad o derecho natural.

¹⁰⁰ Larenz, k. **Metodología de la ciencia del derecho**. Pág. 147.

¹⁰¹ Rodríguez Paniagua, J. M. **Ley y derecho. Interpretación de la ley**. Pág. 126.

¹⁰² Larenz, k. **Op. Cit.** Pág.148.

¹⁰³ Simón, D. **La independencia del juez**. Pág. 82.



De este modo, el intérprete de los principios no es un aplicador mecánico del derecho, pero tampoco un órgano de producción jurídica. Cabe decir que “el intérprete se erige en mediador entre la conciencia social y la tradición dogmática”,¹⁰⁴ entre las exigencias de justicia que derivan de la conciencia ética de la comunidad y las prescripciones del derecho positivo.

Esa función mediadora determina el modo de acceder a la comprensión de las normas, que aparece enmarcado y condicionado por los principios, o sea, por el bagaje cultural de la colectividad a la que sirve el intérprete; “la anticipación de sentido, que guía su comprensión del texto, aparece determinado por un vínculo con la tradición, que no es subjetivo, sino que se presenta, incluso en su conciencia, como propia del conjunto de la sociedad”.¹⁰⁵

Por ello, los elementos o criterios que parecen decisivos desde un punto de vista normativo se hallan sujetos a cambios de comprensión, en función de unos principios que el intérprete debe escoger “en base a una expectativa de consenso, como sana sensibilidad moral o como conciencia moral de todos aquellos que piensan en modo racional y justo”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Prieto Sanchís, Luis. **Op. Cit.** Pág. 54.

¹⁰⁵ Esser, J. **Pre-comprensión y elección del método en el proceso de identificación del derecho.** Pág. 136.

¹⁰⁶ **Ibid.** Pág.137.



Sin perjuicio de los desarrollos ulteriores efectuados por Esser, su obra magna, Principio y Norma, sería objeto de una rigurosa censura por parte de Kelsen. Si el concepto de norma jurídica no se distingue claramente de los principios postulados por Esser, “la frontera entre el Derecho positivo de un lado y la moral, política y costumbres de otros, aparece cancelada, cosa que puede parecer auspiciable solo a los representantes de la ciencia jurídica que consideran de su competencia, no tanto conocer y describir objetivamente el Derecho positivo, cuando más bien justificarlo o ponerlo en discusión sobre el plano político-moral (...)”.¹⁰⁷

De ahí que, recordando a Goethe, pudiera decir Kelsen que la llamada *naturaleza de la cosa*, que es la primera fuente de los principios, “no es más que el espíritu de su señor, esto es, lo que los distintos representantes de la doctrina de la naturaleza de la cosa piensan que es el Derecho natural”.¹⁰⁸

3.4. Derecho y moral en Dworkin

3.4.1. Los principios y su discutible origen

La teoría fuerte de los principios formulada por Esser, al igual que otras aportaciones tópicas y retóricas, mantuvo la imagen paleopositivista del juez irresponsable y de la única respuesta justa o adecuada, pero a costa de sacrificar la delimitación precisa del derecho estricto, abriendo la normatividad jurídica a una cierta moral social de la que el

¹⁰⁷ Kelsen, Hans. **Teoría general de las normas. Op. Cit.** Pág. 148.

¹⁰⁸ **Ibid.** Pág. 190.



juez se hacía traductor sin lesionar por ello su neutralidad política ni su objetividad técnica.

Dworkin, en nuestros días máximo representante de esa teoría fuerte de los principios, recorre el mismo camino, si bien extrayendo consecuencias de más largo alcance, pues la bandera de los principios no solo le sirve para dar vida a una *nueva* doctrina de la interpretación antipositivista y para fundamentar una concepción del derecho alternativa a la representada por Hart, sino incluso también para proponer un modelo particular de ciencia jurídica y, en suma, de jurista.

El punto de partida de Dworkin ya se conoce: en el derecho no solo hay normas, sino también algo lógicamente distinto, los principios, que presentan una serie de características en orden a su aplicación y a la posición que ocupan dentro del ordenamiento.

Ahora bien, al margen de que los principios no sean observables a la manera de *todo o nada* y al margen también de la peculiar forma en que supuestamente parecen resolverse sus conflictos, presentan esta otra característica: su origen “no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio. Op. Cit.** Pág. 95.



La fórmula no deja de ser un tanto enigmática, pero, cuando menos, presenta dos interrogantes: primera, ¿en qué condiciones un operador jurídico puede considerar que determinado principio forma parte del derecho y, en consecuencia, debe ser aplicado?; y segunda, ¿esas condiciones pueden ser identificadas por alguna regla de reconocimiento del tipo hartiano o, por el contrario, los principios se recaban mediante algún procedimiento distinto o diferente al que permite decidir que una norma forma parte del ordenamiento? Como se verá, la respuesta de Dworkin abrirá otras dos interrogantes de mayor profundidad, a saber: qué clase de sistema normativo es el Derecho y cuál ha de ser la función de una teoría del derecho.

A fin de desbrozar el primer problema, conviene traer a colación la idea que mantiene Dworkin a propósito de los deberes u obligaciones jurídicas. En efecto, para los positivistas -dice Dworkin- solo puede hablarse de obligación jurídica, incluso de obligación en general, cuando existe una práctica y respaldo social, en definitiva, cuando de hecho una comunidad considera necesario observar cierto comportamiento.

La tesis dworkiniana no puede armonizarse con una concepción positivista, pues no reconoce un deber jurídico allí donde existe una regla o práctica social, sino donde comprueba la existencia de una regla normativa. El juez no se comporta como el sociólogo que constata la costumbre de quitarse el sombrero al entrar en la iglesia, sino como el párroco que la considera obligatoria.



El positivista “cree que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia”.¹¹⁰ Cuando un operador jurídico afirma la existencia de una práctica social “va más allá de decir simplemente que es así: señala su disposición a considerar la práctica social como justificación de su propia conformidad con ella”.¹¹¹

Así pues, tanto la existencia de principios como de deberes jurídicos implica lo que es descubrir en último término un *juicio normativo* o, igual, no se trata de una mera cuestión de hecho; que un principio es un principio jurídico, no es un ejercicio que se agote en la constatación sociológica o histórica acerca de los comportamientos observados en una determinada sociedad por parte de sus operadores jurídicos, sino que supone el desarrollo de una argumentación justificadora.

Ciertamente, la teoría del apoyo institucional, ideada por el propio Dworkin, hubiera permitido la identificación de los principios en términos de una regla de reconocimiento algo compleja, pero, como se verá, Dworkin renunciará a esa posibilidad. Efectivamente, en un primer ensayo había escrito que “si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de Derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaremos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (...). A menos que llegásemos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no

¹¹⁰ **Ibid.** Pág.116.

¹¹¹ **Ibid.** Pág.108.



podríamos probablemente demostrar nuestro caso; y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio”.¹¹²

Sin embargo, este criterio del apoyo institucional, que supone un procedimiento empírico definitivo para determinar la relevancia jurídica de un principio, resulta insuficiente, pues de lo que se trata no es de explicar el comportamiento de los operadores jurídicos, ni de describir el derecho vigente, sino de justificarlo; y esa empresa justificadora, al menos en los casos difíciles, habrá de emprenderse aun cuando el principio carezca de apoyo institucional.

Concretamente, “un principio es un principio de Derecho si figura en la teoría del Derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas (...)”,¹¹³ pues precisamente los principios están llamados a “justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad (...). lo que conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral (...)”.¹¹⁴

Acertadamente, se ha observado que la aplicación de los principios “supone el desarrollo de un proceso argumentativo en el que juegan un papel determinante pautas y valoraciones integrantes de la moral institucional de la comunidad, con lo que la

¹¹² **Ibid.** Pág. 95.

¹¹³ **Ibid.** Pág. 128.

¹¹⁴ **Ibid.** Pág. 129.



estricta separación entre lo jurídico y lo moral a la hora de determinar qué cuenta como Derecho vigente no resulta sostenible”.¹¹⁵

La moral penetra, pues, en el mundo del derecho, pero no en los términos que describía Kelsen y que pudiera aceptar un positivista, esto es, a través de la actuación de los operadores jurídicos que transforman pautas morales en deberes jurídicos, sino mediante un procedimiento un tanto misterioso que da lugar a una normatividad indiferenciada, donde principios morales y reglas jurídicas parecen constituir un sistema coherente desde el punto de vista material o valorativo.

En otras palabras, la moral no se concibe como un orden de normatividad separado del derecho y cuya influencia en este se canaliza exclusivamente de un modo institucionalizado -a través del legislador, del juez, etc.-, sino que ambos aparecen yuxtapuestos, de manera que toda respuesta jurídica reposa en una argumentación moral, que toda regla institucional se conecta a un principio moral.

Ahora bien, si los principios morales que el juez suscribe para explicar y justificar las normas explícitas son buenos y justos, ello significa que el derecho en cuestión resulta moralmente aceptable; pero, por el contrario, si esos principios buenos no forman parte de la teoría del derecho *más sólida*, sencillamente porque las normas explícitas son tan injustas que no pueden justificarse ni comprenderse mediante dichos principios,

¹¹⁵ Delgado Pinto, J. **Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 7. 1990. Pág. 163.



entonces no se entiende cómo los jueces recurren a unos estándares incompatibles con el derecho positivo.

Ante ese dilema solo cabe una opción: o pensamos que los principios pueden ser inmorales, o aceptamos que los principios *buenos* tienen relevancia por sí mismos cualquiera que sea el grado de justicia del sistema jurídico, aunque en este último caso el esfuerzo de profundización en dicho sistema y de búsqueda de sus claves ideológicas habría resultado bastante superfluo. Dworkin no ofrece una respuesta concluyente y sí, tal vez, sugerencias contradictorias.

Efectivamente, Dworkin suele plantear las relaciones entre derecho y moral al hilo de la explicación de los casos difíciles, donde el orden jurídico no ofrece una respuesta satisfactoria, ya sea por la existencia de lagunas, ya porque dos reglas jurídicas parecen ofrecer soluciones incompatibles, pero no desde la óptica de las posibles contradicciones entre ambos sistemas normativos.

Lo que preocupa a Dworkin es la vertebración moral del derecho, más que la posibilidad de emitir un juicio ético y, por tanto, crítico sobre el mismo. No obstante, en la réplica a sus críticos se ve en la necesidad de enfrentar directamente el problema: “¿creo yo que los principios jurídicos son siempre principios morales? (...). La proposición podría querer decir que los principios jurídicos son siempre principios morales buenos o correctos, y si es eso lo que quiere decir, entonces (...) eso no es lo



que yo pienso”.¹¹⁶ Consiguientemente, “hay casos en que el Derecho institucional entra en conflicto con los derechos morales básicos”.¹¹⁷

Como es lógico, la respuesta positivista no ha pasado por alto estas afirmaciones, que resultan inconsistentes con la tesis dworkiniana sobre la relación necesaria entre derecho y moral. Porque dicha relación solo puede mantenerse ante un sistema jurídico moralmente plausible, en cuyo caso será una conexión contingente, o también ofreciendo una noción estrictamente nominalista de la moral, dado que todo derecho incorpora o lleva implícito un cierto número de elementos morales, aunque sean rechazables.

Pero desde el momento en que se admite, como termina haciendo Dworkin, que los principios de justicia no son jurídicos *proprio vigore* o, dicho de otro modo, que el sistema jurídico vigente puede ser inmoral, no parece haber más solución que aceptar la premisa básica de la concepción positivista.

Dworkin, sin embargo, no lo hace e insiste en que tanto iusnaturalistas como positivistas se equivocan, pues “en algunos casos, la respuesta a la cuestión de qué es lo que exige el Derecho puede depender de (aunque nunca sea idéntica a) la cuestión de que requiere la moralidad básica (...)”.¹¹⁸ De cualquier manera, cuando dos teorías concurren en la explicación de un sistema jurídico, son inferidas o están implícitas en el

¹¹⁶ Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Pág. 468.

¹¹⁷ **Ibid.** Pág. 451.

¹¹⁸ **Ibid.** Pág. 467.



derecho vigente, deberá preferirse la que sea moralmente más fuerte; una *mejor moral* supone, pues, una *mejor* justificación del ordenamiento.

Esta última conclusión no se comprende bien, dado que la teoría *menos mala* desde el punto de vista moral no tiene por qué ser la que mejor justifique un sistema jurídico, en especial si se trata de un sistema profundamente injusto; más bien sucederá todo lo contrario, que cuanto más perversa sea una moral mejor se adecuará a un orden jurídico perverso.

Se llega a una cuestión decisiva: ¿qué postura debe adoptar el “juez Hércules” cuando el conflicto entre los materiales jurídicos vigentes y los derechos morales básicos resulte patente e insalvable? Entonces, confiesa Dworkin, “es posible que deba mentir, que deba ocultar el Derecho válido: bien es cierto que sería poco aconsejable convertir esa mentira en asunto de teoría de la jurisprudencia”.¹¹⁹

Probablemente, Dworkin tenga razón desde la perspectiva de una moral esclarecida, pero desde luego no la tiene desde el punto de vista jurídico. Con esta recomendación de mentir se anuncia algo que luego se confirmará, y es que los famosos principios no aparecen al servicio de una teoría descriptiva del derecho, sino de una interpretación moral del mismo.

¹¹⁹ **Ibid.** Pág. 451.



Aun cuando acepte a regañadientes que puedan existir principios moralmente reprochables, precisamente en aquellos sistemas normativos injustos. Dworkin parece mantener una idea bastante objetivista de la moral, de la que derivan siempre principios buenos y justos; su distinción entre la fundamentación *concurrente* y *convencional* de las normas así parece confirmarlo también.

En cualquier caso, la primera pregunta que antes quedó formulada ha recibido respuesta: los principios valen como principios jurídicos porque son principios morales que explican y justifican el conjunto del derecho, presumiblemente en la concepción de Dworkin porque son principios morales buenos y justos que resultan coherentes con un derecho básicamente justo. Más adelante, y con fundamento en la propia teoría de Dworkin, se intentará precisar el alcance de esta afirmación.

3.4.2. Los principios y la regla de reconocimiento

La segunda pregunta se refiere a la capacidad o idoneidad de la regla de reconocimiento en orden a identificar los principios jurídicos del sistema. De entrada, conviene aclarar que la caracterización morfológica de los principios con estándares débiles, razones para decidir, etc., no constituye ningún obstáculo a la regla de reconocimiento, pues nada impide que los principios se integren en el ordenamiento a través de alguna de las fuentes de validez; es más, esto será así en la mayor parte de las ocasiones, especialmente allí donde el precedente pueda ser considerado como una de esas fuentes de validez.



A los principios que así puedan identificarse denomina Carrió *principios de derecho positivo* y, “con las dificultades propias de una regla de reconocimiento que adolece también de textura abierta o zonas de penumbra, no presentan un serio inconveniente para la concepción positivista del Derecho”.¹²⁰

Sin embargo, como ya se ha examinado, Dworkin acepta la virtualidad de otros principios que carecen de apoyo institucional y que no son identificables por su origen, sino por su contenido, es decir, porque moralmente resultan ser los más adecuados para justificar de modo coherente el conjunto de reglas jurídicas y también para justificar una decisión judicial, cuyo norte ha de ser -como la del propio derecho objetivo- la preservación de los derechos básicos. “La gente tiene derechos jurídicos, y los principios de moralidad política figuran en la decisión de qué derechos jurídicos tienen; y a tal fin, todos los principios de moralidad política, que tienen vigencia en la comunidad en cuestión, por lo menos, son principios jurídicos”.¹²¹

Ciertamente, resulta cómodo citar alguna ley o precedente que se haya hecho eco de esos principios, “pero nadie piensa que los únicos principios que puedan figurar con propiedad en las discusiones jurídicas sean principios jurídicos en ese sentido restringido”.¹²² En suma, algunos principios son aplicados *ex novo*, sin apoyo institucional previo, y por lo demás, ningún apoyo institucional podrá dilucidar el peso relativo de cada principio.

¹²⁰ Carrió, G. **Principios jurídicos y positivismo jurídico. Op. Cit.** Pág. 60.

¹²¹ Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Pág. 470.

¹²² **Ibid.** Pág. 471.



Pues bien, estos últimos principios que no son identificables por su origen y que tampoco constituyen meras racionalizaciones de un conjunto de reglas válidas ¿pueden encontrar el respaldo de una regla de reconocimiento? Dworkin lo niega categóricamente y, sin embargo, el propio Hart ha parecido sugerir una respuesta afirmativa, diciendo que “no existe razón alguna que impida a la regla de reconocimiento identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica”.¹²³

Aceptando que la mayor parte de los principios son reconducibles a alguna fuente de validez jurídica, se cree que no todos los principios dworkinianos resultan identificables mediante la regla de reconocimiento.

Es verdad que nada impide que una constitución condicione la validez de las normas no solo al cumplimiento de requisitos formales (origen), sino también a la exhibición de cierto contenido, como, por ejemplo, su respeto al principio de libertad o, si se quiere más genéricamente, a los principios de la moralidad social.

Por cierto que ello tampoco impediría el desarrollo de una fuerte discrecionalidad judicial, pero no es esta ahora la cuestión; la cuestión es que los principios que aplica el “juez Hércules” no tienen por qué contar con ningún respaldo en el derecho vigente, ni siquiera tienen que encarnar alguna práctica social verificable, sino que se presentan como reglas normativas recabadas de algún código moral con el fin de justificar tanto

¹²³ Hart, H. L. A. **El nuevo desafío al positivismo jurídico**. Pág. 8.



un derecho que se supone justo como, sobre todo, una decisión judicial que, al parecer, ha de serlo necesariamente, pues su objetivo *natural* no es otro que la protección de los derechos básicos.

El problema no reside, pues, en la incapacidad de la regla de reconocimiento para identificar contenidos como condición de validez de las normas, sino en que los contenidos a que se refiere Dworkin se obtienen expresamente de la moralidad, sin pasar por ningún tamiz que les transforme en jurídicos, pues no parece imaginable una práctica judicial (regla de reconocimiento) capaz de identificar como propios ciertos estándares directamente por su contenido si carecen de algún respaldo normativo.

Algunos han intentado buscar algún punto de encuentro entre Dworkin y Hart mediante una reformulación de la regla de reconocimiento en términos más complejos. No se cree que los resultados justifiquen tanto esfuerzo, pues seguramente esto obligaría a integrar en la propia regla de reconocimiento todos los principios jurídicos, tanto los aplicados como los presuntamente deducibles de esa ya mejor teoría del derecho de que habla Dworkin.

Es más, en la hipótesis de que una Constitución ordenase a los jueces resolver ciertos casos con arreglo, por ejemplo, a *los principios de la moral social* y, por tanto, los incorporase como principios jurídicos, me parecería de muy escasa utilidad decir que éstos son identificados por la regla de reconocimiento, dado que, al menos en este caso, dicha regla presentaría unos perfiles tan vagos y abiertos que apenas serviría



para reconocer nada relevante. Esto explica el juicio de Bartole cuando afirma que los principios de Dworkin “no tienen, en rigor, una existencia -por así decirlo- fenomenológica distinta e independiente del acto del juez que los concreta”.¹²⁴

Sin embargo, la incompatibilidad entre los principios de Dworkin y la regla de reconocimiento reside básicamente en su diferente funcionalidad; la regla hartiana sirve, como toda la teoría del derecho en que descansa, para describir el derecho vigente, para dar cuenta de un cierto tipo de prácticas sociales específicas, pero en modo alguno para justificarlas o para alentar sin más la búsqueda de una justicia supuestamente objetiva.

En cambio, los principios y los procedimientos que les dan vida responden a un designio distinto, que es justificar la existencia de ciertos deberes jurídicos sobre la base de la existencia de reglas morales; por eso, el “juez Hércules” encuentra poca ayuda en la regla de reconocimiento, pues su finalidad primera no es conocer el material jurídico vigente, sino desarrollar una argumentación moral que le proporcione la mejor o más justa respuesta posible.

En definitiva, reformulado el propio concepto de derecho en conexión necesaria con la moral, Dworkin necesita algo más que una regla de reconocimiento; necesita una teoría del derecho de nuevo tipo.

¹²⁴ Bartole, S. **Principios generales del derecho**. Pág. 512.



3.4.3. La función de la teoría del derecho y el concepto de derecho

Esta nueva teoría del derecho, confusamente anunciada en *Los derechos en serio*, encontrará un desarrollo algo más preciso en *Law's Empire*, donde, con una terminología discutible, Dworkin comienza contraponiendo dos modos de concebir el derecho: la teoría semántica, donde nuevamente se ubica el positivismo, y la teoría interpretativa, que pretende servir de fundamento a la postulada fusión entre derecho y moral y, más concretamente, a la “fusión del Derecho Constitucional y la teoría de la Ética”.¹²⁵

En síntesis, la teoría semántica aparece descrita como aquella que confía en poder delimitar con bastante precisión el derecho respecto de otros sistemas normativos, distinguiendo lo que el derecho dice de lo que debería decir, aun cuando en su versión más depurada reconozca que en ocasiones existen zonas de penumbra donde se desarrolla una mayor o menor discrecionalidad.

En palabras del propio Dworkin, para quienes así piensan, “el Derecho es solo aquello que las instituciones legales (...) han decidido en el pasado y, como tal, constituye un hecho evidente, de manera que de lo que es el Derecho de ninguna forma depende lo que debería ser”;¹²⁶ es verdad que pueden presentarse dudas interpretativas acerca del significado y alcance de los enunciados lingüísticos, pero entonces, según esta teoría semántica, “al juez no le queda ninguna otra opción que ejercitar la discreción de hacer

¹²⁵ Dworkin, Ronald. **Op. Cit.** Pág. 233.

¹²⁶ Dworkin, Ronald. **El imperio de la justicia.** Pág. 19.



una nueva ley llenando los vacíos allí donde la ley permanezca en silencio y haciéndola más precisa allí donde es vaga”.¹²⁷

Cabe discutir si esta aproximación se adecua fielmente a lo que hoy es el positivismo más depurado, pero, en todo caso, ¿cuál es la alternativa de Dworkin? Presentar al derecho como un concepto interpretativo no supone propiamente formular una teoría alternativa a la *semántica*, sino situarse en un plano distinto de reflexión, que en puridad no pretende responder a la pregunta de qué ordena el derecho o de cuál es la solución que mejor se ajusta a un sistema previo de reglas, sino que más bien se endereza a la búsqueda del derecho justo, entendiendo por tal la decisión concreta más correcta desde el punto de vista de los principios que proporciona un sistema normativo indiferenciado, moral y jurídico.

La comprensión del derecho, desde este punto de vista, supone tomar conciencia de las reglas sociales -las reglas de la cortesía en el ejemplo de Dworkin- no solo existen como prácticas sociales, sino que responden a valores morales que el intérprete no puede dejar de ponderar en una dimensión interna, es decir, como lo haría un párroco y no un sociólogo; valores morales que incluso pueden modificar el sentido de las reglas, pues estas se hallan al servicio de aquéllas y no a la inversa.

¹²⁷ **Ibid.** Pág. 20.



La actitud interpretativa está para Dworkin comprometida valorativamente con las instituciones sociales de las que se ocupa y de ahí que, paradójicamente (o quizá no tanto), el respeto por el derecho no se resuelva primariamente en un respeto por la ley, sino en un acatamiento a los principios que están detrás del conjunto de instituciones.

Con razón escribe Luzzati que “la clásica oposición entre jurisprudencia declarativa y creativa aparece como falaz desde el momento en que el llamado Derecho vigente no se compone de una serie de reglas sociales, sino principalmente de determinados estándares creados y recreados por la propia teoría del Derecho a la luz de unos valores morales supuestamente coherentes”,¹²⁸ pero de unos valores morales que no son el fruto de una convención social (convencionalismo) ni de un cálculo de utilidad (pragmatismo), sino de una idea de justicia que gira en torno a la primacía de los derechos básicos.

Este es un aspecto central de la comprensión del derecho como integridad en que desemboca la teoría interpretativa: los derechos humanos, morales y jurídicos a un tiempo, encarnan el modelo de justicia que debe ser actuado por el juez en la resolución de los casos y a ese objetivo debe servir la interpretación, por encima y más allá de eventuales desmentidos normativos; y justamente por esa doble naturaleza de los derechos, “los argumentos jurídicos pueden presentarse como razonamientos morales y éstos, a su vez, como fruto de elaboraciones jurisprudenciales”.¹²⁹

¹²⁸ Luzzati, C. **Op. Cit.** Pág. 182.

¹²⁹ Dworkin, Ronald. **El imperio de la justicia. Op. Cit.** Pág. 80.



Pero, como es obvio, con ello ya no se está hablando de todo derecho, ni siquiera de la función de cualesquiera valores en el mundo jurídico, sino de un concreto modelo de convivencia como es aquel que -mejor o peor- hace del respeto por los derechos humanos su pauta esencial; es decir, se está haciendo una teoría particular del derecho, con la que Dworkin piensa que hay que comprometerse, pero no para ser moralmente justos, sino para ser jurídicamente competentes.

Este es otro aspecto esencial de la propuesta dworkiniana. Diríase que el jurista no puede comprender plenamente el derecho sin compartir en alguna medida su horizonte axiológico; diríase, por ejemplo, que para cultivar el derecho canónico es preciso ser un buen católico. Pero esto resulta ser algo más que una recomendación moral; es una necesidad que nace de la propia posición del jurista y, especialmente, del género de problemas que ha de resolver.

Porque, en efecto, para Dworkin los problemas jurídicos no son, como lo eran para la teoría analítica, problemas lingüísticos -ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones normativas, etc.-, sino problemas sustantivos que, en puridad, solo se descubren en presencia del caso concreto, es decir, por vía judicial; en síntesis, la única dificultad que contempla Dworkin aparece cuando el conjunto de reglas son incapaces de ofrecer una respuesta satisfactoria desde el punto de vista de la moralidad, y es entonces cuando entran en juego los principios y los derechos morales.



Como acertadamente observa Pintore, esta despreocupación por los problemas del lenguaje y del significado de las normas conduce a una devaluación de las propias normas; “las normas, para Dworkin, son a lo sumo meros indicios o síntomas del Derecho, de un más vasto sistema de derechos que es real, aunque no puede ser expresado de modo definitivo y completo. El significado de una singular porción de Derecho, producida mediante actos humanos, formulada o formulable, puede ser indefinidamente recreada a la luz del sistema de principios (...)”.¹³⁰

Esto explica que en el modelo de Dworkin los principios no se configuren como normas de aplicación subsidiaria, al modo de los principios generales del derecho, sino como el núcleo decisivo del derecho que permite mantener una concepción integral del mismo y dar solución adecuada a cualquier caso que presente problemas, tanto si estos obedecen a una ausencia de disposición legal, como si obedecen a que esa disposición no proporciona un resultado justo a la luz de la moralidad. Por eso, entre los distintos elementos que componen el derecho -reglas y principios- no existe una relación formal o dinámica en el sentido kelseniano, sino una relación estática o de contenidos en el sentido iusnaturalista.

No se discutirá ahora el iusnaturalismo de Dworkin, pero lo cierto es que, al igual que se veía en Esser, también aquí la solución a los problemas jurídicos quiere hacerse descansar en una teoría coherente de valores objetivos, que no se obtienen por inducción del derecho positivo, sino que el intérprete recaba directamente del

¹³⁰ Pintore, A. **Op. Cit.** Pág. 161.



entramado social. Iusnaturalista o no, a Dworkin se le podrían dirigir -y se le han dirigido- muchas de las críticas ideadas para el derecho natural.

Así pues, la censura de Dworkin a la teoría positivista del derecho descansa realmente en una concepción distinta de lo que el derecho significa; si su teoría ha de justificar y no solo descubrir el material jurídico positivo es porque supone que este no constituye más que una pequeña parte del derecho, que ha de ser coherente con otro derecho de orden superior, que no se puede captar ni mediante el análisis del lenguaje ni mediante constataciones empíricas, pero que existe objetivamente en la sociedad y en las instituciones.

Por ello, la teoría del derecho como integridad es una teoría del derecho particular, solo predicable de aquellas comunidades que compartan un determinado sistema de valores (una determinada concepción del bien al estilo comunitarista de MacIntyre); y por eso, también el jurista que postula es un jurista necesariamente comprometido con la moralidad, al parecer con una moralidad encarnada en los principios. Y, a esto, y no a ninguna diferencia *lógica*, responde la famosa distinción Dworkiniana entre normas y principios.



CAPÍTULO IV

4. La función de los principios y de las normas en el razonamiento jurídico

4.1. Distintas formas de entender la función de los principios

Tal vez la perspectiva más fecunda en el análisis de los principios sea la funcional, es decir, aquella que no hace hincapié en una supuesta estructura o morfología particular de los mismos, sino que intenta dilucidar para qué sirven en el ámbito del derecho y del razonamiento jurídico; si bien es, asimismo, muy probable que ambas cuestiones -la estructural y la funcional- se hallen más vinculadas de lo que a primera vista parece.

Con todo, cuando se habla de la función de los principios puede aludirse a cuestiones diferentes, aun cuando conectadas entre sí: en una primera acepción, más tradicional, se entiende por función el objetivo o finalidad que persigue el operador jurídico al invocar el principio; así, cuando se dice que los principios explican el sentido del ordenamiento o de algún sector normativo, o que permiten *interpretarlo o integrarlo*.

En una segunda acepción, la función de los principios puede referirse al resultado que se obtiene mediante su aplicación; por ejemplo, ampliar una disciplina normativa o, por el contrario, limitar su eficacia.



Desde un tercer punto de vista, la función se cifra en el género de razonamiento que permiten o requieren los principios, esto es, en la clase de argumentos que puede desarrollarse mediante la invocación de algún principio; tal es el caso del criterio de universalidad, de la argumentación sistemática, de la consecuencialista, etc.

Desde el primer punto de vista, una clasificación bastante obvia podría establecerse entre una función explicativa y una función normativa. En el primer sentido, los principios se configuran como una técnica descriptiva de las normas, ya sea porque en virtud de su carácter fundamental se supone que han de presidir algún sector del derecho o el conjunto del ordenamiento, ya sea porque dado su carácter general se presume que una multiplicidad de reglas particulares responde o se ajusta al principio en cuestión.

En suma, “en la función explicativa, los principios aparecen como una transformación del lenguaje del legislador realizada por juristas”;¹³¹ entre ellos, por ejemplo, los que Wroblewski llama los *principios-nombre del derecho*, esto es, “los nombres que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas o la línea general de regulación del Derecho”.¹³²

¹³¹ Guastini, Riccardo. **Producción de normas por normas. Una contribución al análisis del razonamiento jurídico.** Pág. 193.

¹³² Wroblewski, Jerzy. **Op. Cit.** Pág. 155.



Naturalmente, que estos principios no se presenten propiamente como normas, sino como síntesis descriptivas del derecho, no impide que a la postre puedan desempeñar una importante función normativa.

4.2. Funciones normativas

Es corriente pensar, sobre todo después de la obra de Dworkin, que los principios solo entran en juego en los llamados casos difíciles, esto es, cuando existen dudas en la atribución de significado a una disposición normativa, siendo discutible si un caso está comprendido en su ámbito, cuando se carece de una regla adecuada para resolver el problema (laguna), cuando dos o más reglas disciplinan el mismo su puesto de forma contradictoria (antinomia), etc.

Sin embargo, tienen mucha razón Atienza y Ruiz Manero cuando dicen que esta es una visión equivocada, pues, en realidad, un caso es fácil o difícil después y no antes de haber tomado en consideración las razones suministradas por los principios, o dicho de otro modo, los principios han de tenerse siempre en cuenta en la aplicación del derecho y solo después de hacerlo podremos afirmar que un caso es fácil o difícil; “un caso es fácil, precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios, motivo por el cual, antes de decidir que una norma es concluyente para resolver un caso, siempre



es preciso deliberar a partir de las razones que nos proporcionan los principios, tanto en relación con los hechos como respecto de la norma o regla”.¹³³

Teniendo en cuenta, por consiguiente, que los principios siempre son aplicables, cabe preguntarse qué papel desempeñan en el proceso de argumentación jurídica. En este aspecto, Bobbio distingue cuatro clases de funciones: “la interpretativa, que ayuda a resolver en un sentido antes que en otro las dudas que puedan existir sobre el significado de una determinada disposición; la integrativa, que proporciona un criterio en ausencia de normas, es decir, en caso de laguna; la directiva, que orienta la actividad del legislador o de otros operadores a la hora de adoptar una decisión o de dotar de contenido a una norma; y la limitativa, que establece las fronteras competenciales de un determinado órgano o que cercena el ámbito de eficacia de una cierta regulación”.¹³⁴

En realidad, estas cuatro funciones pueden reducirse a dos: o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera, o bien representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico.

Comenzando por su función como norma secundaria o por su función informativa, los principios son criterios que ayudan al intérprete a la hora de dotar de significado a una disposición legal, es decir, a la hora de optar entre diversos significados; y, como es

¹³³ Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Op. Cit.** Pág. 155.

¹³⁴ Bobbio, Norberto. **Op. Cit.** Pág. 856.



obvio, la existencia de un principio obliga a preferir la solución que resulte más acorde con él, desechando aquella otra que se aparte o resulte menos fiel a su sentido.

Esto es algo que se quiere explicar por la superioridad jurídica, *lógica* o finalista de los principios, aspectos que con frecuencia aparecen unidos: si una norma merece ese calificativo porque es general frente a una regla particular, o si lo merece porque constituye un fin frente a una norma *instrumental*, entonces resulta muy razonable que informe, inspire o determine el significado que ha de darse a la disposición objeto de la interpretación.

Esta dimensión interpretativa aparece en el muy reiterado criterio de interpretación conforme a la Constitución o de interpretación más favorable a los principios y derechos fundamentales. Como escribe García de Enterría, “los principios constitucionales presentan, por fuerza, una enérgica pretensión de validez (...) y constituyen por ello los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la Constitución misma”.¹³⁵

Ello significa que, entre dos interpretaciones diferentes y posibles de una misma disposición debe preferirse aquella que resulte más acorde con la Constitución y, sobre todo, con los principios en ella recogidos, que por su generalidad gravitan sobre el conjunto del ordenamiento y resultan más susceptibles de proyectarse sobre cualesquiera normas; como han declarado algunos Tribunales Constitucionales en

¹³⁵ García de Enterría, E. **La constitución como norma jurídica**. En: **La constitución española de 1978. Estudio sistemático**. Pág. 139.



relación con los valores superiores, es obligatorio tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes.

Es más, este es el criterio en que se basan las llamadas sentencias interpretativas: aplicando el principio de conservación de la norma siempre que esta admita una interpretación coherente con la Constitución, el Tribunal establece cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución.

Si se apartan de la jurisprudencia constitucional, los ejemplos de uso interpretativo de los principios son numerosísimos. Así, la asistencia letrada en juicio es una conocida institución del Estado de derecho que admite distintas interpretaciones o que puede ser concebida con diferentes alcances: sin embargo, la idea del Estado social de derecho y el mandato genérico exigen una especial organización de la misma que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía.

Igualmente, el derecho a crear medios de comunicación presenta un significado amplísimo (es un *principio general del ordenamiento jurídico-político*), pero aparece limitado por el principio del pluralismo político erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de derecho.



Un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor con motivo de unas declaraciones racistas se resuelve en favor de este último, pues lo contrario sería tanto como admitir que la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona.

En realidad, los principios no solo pueden servir para resolver las dudas interpretativas que suscite una disposición, sino también para evitar las antinomias. La técnica de las sentencias interpretativas puede verse de este modo: en caso de contradicción no absoluta entre dos normas de distinto rango (ley y Constitución), debe atribuirse a la inferior el significado que resulte más acorde con la superior e incluso declarar la invalidez de aquella otra que resulte incompatible con el sentido de esta última.

Lo mismo ocurre cuando la diferencia no es de rango normativo, sino de subordinación *lógica* o teleológica; así la norma particular en relación con la general, o la instrumental en relación con la final. Tal vez esto es algo que pueda predicarse para toda contradicción de normas, pero que resulta más patente cuando entra en juego un principio, precisamente porque en el marco interpretativo suelen recibir este nombre las normas más fundamentales, más generales o aquellas que prescriben los fines del ordenamiento o de algún sector del mismo.



Aunque todos los principios en general pueden desempeñar esta función interpretativa o de prevención de antinomias, algunos se formulan expresamente como normas de segundo grado para la selección de la regla relevante al caso, es decir, como normas cuyo objeto exclusivo consiste en regular el ámbito de aplicación de las demás normas del sistema.

Este es el caso, por ejemplo, de los principios a propósito del ámbito espacial de las normas; así, el principio de territorialidad de la ley penal o el principio personal que rige la capacidad y el estado civil impiden que ante un mismo supuesto concurren dos regulaciones contradictorias, es decir, resuelven la antinomia antes de que llegue a plantearse.

En segundo lugar, junto a esta función interpretativa, los principios pueden desempeñar también una función integradora, configurándose entonces como normas primarias llamadas directamente a disciplinar un cierto supuesto de hecho, es decir, como normas que suministran a los operadores jurídicos los criterios sustantivos que deben inspirar la emisión de una norma general o particular, por ejemplo, de una ley o de una sentencia.

Precisamente, la técnica de los principios generales nace como un procedimiento de autointegración del sistema, más concretamente como el límite máximo hasta donde se suponía que podía llegar el razonamiento jurídico en presencia de una laguna, sin recurrir, claro está, ni al legislador ni al reconocimiento de un poder creador por parte



del intérprete. Este es el sentido que tiene la disposición que establece que los principios generales del derecho se aplican en defecto de ley o costumbre.

La verdad es que la función integradora de los principios presenta una cierta paradoja, pues si se ha dicho que los principios son normas válidas del sistema, no se comprende muy bien su relación con el problema de las lagunas, dado que, si un cierto supuesto no está regulado por ninguna norma (ni principio) la laguna subsistirá y escasa utilidad tendrá invocar el principio, y si, por el contrario, el principio es aplicable, entonces no existe laguna de ninguna clase.

En consecuencia, si se está en presencia de una auténtica laguna “ello debe significar que no se cuenta con ninguna norma o principio aplicable al caso, y de ahí, que la función integradora remita al capítulo de los principios implícitos, es decir, de aquellos que no constituyen el significado de ninguna disposición normativa”.¹³⁶

¿Qué sentido tiene entonces recurrir a los principios? Dicha remisión debe entenderse como una autorización dirigida al intérprete a fin de que produzca la norma, es decir, de que fabrique la premisa mayor de su razonamiento mediante lo que se ha llamado un principio implícito, obtenido inductivamente del conjunto del material normativo o deductivamente a partir de un principio expreso más general.

¹³⁶ Bobbio, Norberto. **Op. Cit.** Pág. 252.



Las reglas que presiden el primer procedimiento ya son conocidas: “ante todo, se delimitan un grupo de normas que conecten la misma con secuencia a distintos supuestos de hecho; seguidamente, se acota o define un elemento común a esos diversos supuestos; en tercer lugar, se construye el principio de modo que todo caso provisto de ese elemento común tenga la misma consecuencia; y, por último, del principio general se hace derivar la norma particular llamada a regular el caso no previsto”.¹³⁷

Como es lógico, el segundo procedimiento se reduciría a esta última fase: si se cuenta ya con un principio expreso -por ejemplo, el valor superior de la libertad o de la igualdad- se trata simplemente de derivar de ahí un mandato específico que contemple el supuesto planteado, considerando que éste incluye ese elemento clave que justifica la aplicación del principio.

Ezquiaga ha estudiado alguna jurisprudencia Constitucional donde “los principios desempeñan esta función integradora”.¹³⁸ Así, del principio de que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a cualquier cargo público, se deduce que también pueden dimitir libremente.

Ciertamente, las funciones normativas de los principios pueden clasificarse según distintos criterios o desde diferentes ópticas. Aquí se ha desarrollado una bastante tradicional que atiende al carácter primario o secundario que asume el principio: en la

¹³⁷ Guastini, Riccardo. **Lecciones sobre lenguaje jurídico**. Pág. 114.

¹³⁸ Esquiaga Ganuzas, F. J. **La argumentación en la justicia constitucional**. Pág. 82.



función interpretativa el principio es norma secundaria que viene a clarificar el sentido de otra norma o de un grupo de ellas; en la función integradora el principio aparece como norma primaria que regula un caso en ausencia de otra prescripción.

Algunos autores añaden una tercera función, llamada teleológica, programática o directiva, que “convierte en deseables ciertos fines u objetivos expresados por el ordenamiento jurídico o atribuidos al mismo”.¹³⁹

“Tales principios pueden concebirse bien como implícitos o aparecer plasmados en alguna disposición normativa, generalmente constitucional, dando lugar así a las llamadas normas programáticas”.¹⁴⁰ Sin embargo, la función directiva puede reconducirse a alguna de las dos anteriores, pues los principios programáticos pueden servir tanto para dotar de significado a una regla de sentido dudoso como para guiar a los operadores jurídicos (el legislador o el juez) en la producción de una nueva norma.

Desde una perspectiva distinta, si se atiende no al problema que el operador jurídico pretende resolver, sino al resultado que se deriva de la aplicación de los principios, “su función puede aparecer bien como extensiva o ampliadora del sentido de alguna norma, bien como limitadora o restrictiva del mismo”.¹⁴¹

¹³⁹ Bartole, S. **Op. Cit.** Pág. 514.

¹⁴⁰ Pizzorusso, A. **Lecciones de derecho constitucional. Volumen II.** Pág. 215.

¹⁴¹ Luzzati, C. **Op. Cit.** Pág. 267.



En el primer caso, los principios adoptan un significado expansivo o generalizante, así, claramente, en la función integrativa mediante principios implícitos se trata de llevar una regulación jurídica a un supuesto de hecho que carece de ella, extendiendo el principio inferido de un conjunto de normas a casos inicialmente no previstos; en la función directiva se crea una norma en vista de un objetivo que se juzga valioso y querido por el ordenamiento, o se completa el significado de una norma dando cuenta de las finalidades a las que supuestamente sirve, etc.

Por el contrario, en otros casos los principios dan lugar a disociaciones, distinciones o contraposiciones conceptuales; así, cuando adoptan una función limitadora frente a una norma considerada excepcional que no admite una aplicación analógica; o cuando modifican o derogan parte del sistema jurídico, por ejemplo, con motivo de un cambio constitucional.

4.3. La función de los principios en el razonamiento jurídico

Se ha visto que los principios una vez formulados, ya sea expresamente por el legislador o implícitamente a partir de alguna disposición normativa, desempeñan distintas funciones en el proceso de creación y aplicación del derecho, contribuyendo a dotar de sentido a otras normas, integrando las lagunas del sistema, etc.



Sin embargo, junto a esa función de los principios formulados, cabe hablar de la *función de las argumentaciones de principio*, entendiendo por tal la incidencia que puede tener el recurso al modelo de los principios en el marco del razonamiento jurídico. Ciertamente, un examen detallado de este aspecto exigiría repasar cada uno de los llamados métodos de interpretación a fin de comprobar qué papel juegan los principios en cada uno de ellos.

En este sentido, Neil MacCormick sostiene que “en los casos difíciles donde la justificación deductiva se muestra insatisfactoria, el intérprete dispone de otros métodos o técnicas para justificar su decisión; concretamente, se trata del requisito de la universalización, de la exigencia de coherencia con el sistema jurídico en su conjunto y de las consideraciones consecuencialistas”.¹⁴² Pues bien, ¿en qué medida los principios o una argumentación con arreglo a principios pueden contribuir al desarrollo de tales razonamientos?

4.3.1. Los principios y el criterio de universalización

Como es sabido, la regla de la universalidad constituye una de las exigencias esenciales de racionalidad de la argumentación moral y jurídica, y es hoy una de las piezas clave de cualquier teoría del razonamiento práctico medianamente evolucionada. Dicha regla es formulada por Alexy en los siguientes términos: “todo

¹⁴² MacCormick, Neil. **Op. Cit.** Pág. 73.



hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones relevantes”.¹⁴³

Consecuentemente, si se sostiene que el sujeto “A” merece cierto trato jurídico porque reúne determinada propiedad o se halla en determinada situación, se debe aceptar que cualquier otro sujeto reciba idéntico trato si se da la misma propiedad o situación; mejor que, el sujeto “A” solo debe quedar sometido a la solución normativa “N” si está dispuesto a aplicar la misma regla a quien se encuentre en el mismo caso.

El atractivo de la regla tal vez resida en su propia insuficiencia, y es que el argumento de la universalidad no dice cuándo una norma es justa o correcta, ni si una norma es mejor que otra, es decir, no permite conocer el contenido de la prescripción ni exige pronunciarse sobre el mismo; lo cual, es atractivo para el trabajo jurídico ya que elimina (o posterga) las discusiones de tipo valorativo y reduce la cuestión a un problema formal: una decisión solo está justificada cuando puede adoptarse en cualquier otro supuesto de hecho igual, y la actuación del operador jurídico solo resulta legítima (racional) cuando efectivamente se comporta así.

Por ello, cabe decir que la regla de universalización se presenta como un aval o garantía del conjunto de la argumentación jurídica. No es propiamente un procedimiento de justificación interna o externa en el sentido que propone Wroblewsky,¹⁴⁴ dado que en puridad no dice si la decisión ha sido apropiadamente

¹⁴³ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Pág. 187.

¹⁴⁴ Wroblewsky, J. **Op. Cit.** Pág. 35.



inferida de sus premisas y tampoco si esas premisas han sido aceptadas correctamente.

La universalización supone que cualquiera que sean las razones o motivos de una decisión esta se considera lo suficientemente buena como para aceptar su generalización; y supone asimismo que toda persona situada en el lugar del intérprete que cuente con la misma preparación, competencia e información, adoptaría la misma conclusión.

Una consecuencia importante de la regla de universalización es la exigencia de respeto al precedente, que Perelman formulara como *principio de inercia*: “la solución que se adopte en un supuesto debe mantenerse para todos los sucesivos y el apartamiento de la misma requiere una justificación particular”.¹⁴⁵

Por ello, dice Alexy, el respeto al precedente es una cuestión de principio y su abandono endosa la carga de la argumentación a quien quiera apartarse; es más, ese respeto puede constituir en ocasiones el último recurso o la última garantía de racionalidad cuando se han agotado otros argumentos, pues, del mismo modo que no es posible alcanzar siempre un consenso sobre las cuestiones prácticas, también en el proceso de discusión jurídica “con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e

¹⁴⁵ Perelman, Ch.; Olbrechts-Tyteca, L. **Tratado de argumentación. La nueva retórica.** Pág. 142.



incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad”.¹⁴⁶

Por otra parte, el precedente al igual que la universalización se proyecta tanto hacia el pasado como, sobre todo, hacia el futuro: “la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón-no la única para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, es decir, interrogándose si la misma puede valer como criterio general”.¹⁴⁷

La argumentación de los operadores jurídicos, al menos la que se propugna en línea de principio, se adecua bastante bien a este modo de pensar. Enfocando el problema desde el punto de vista de la universalización, se puede decir que *el principio de igualdad en la aplicación de la ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas*, de manera que es imprescindible que el cambio de criterio aparezca suficientemente motivado, lo que ha de hacerse con carácter general mediante una expresa referencia al criterio anterior y las aportaciones de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica. Más concretamente, exige que *el cambio de criterio pueda reconocerse como solución genérica conscientemente diferenciada y no como respuesta individualizada*.

¹⁴⁶ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 263.

¹⁴⁷ MacCormick, Neil. **Op. Cit.** Pág. 76.



La argumentación anterior está justificada, pues aporta una precisión de suma importancia, y es que la separación del precedente no solo ha de estar razonado de modo expreso, es decir, no debe aparecer encubierta o subrepticamente, sino que además el nuevo criterio ha de presentarse a su vez como una solución genérica y no como un fallo *ad hoc*. Con lo cual resulta que la quiebra de la regla de universalidad ha de hacerse precisamente respetando dicha regla, pues no otra cosa significa exigir que la decisión adoptada pueda presentarse como una solución genérica.

Puede parecer paradójico, pero en estas condiciones cabe decir que “la universalización entendida como una exigencia de la argumentación racional nunca se puede abandonar; lo que se abandona o cambia -por los motivos que sean- es la norma aplicable, pero no el requerimiento formal de la universalización”.¹⁴⁸

Pues bien, los principios pueden desempeñar una función muy relevante en esta clase de argumentación, hasta el punto de que, al menos en parte, el razonamiento universalizador tiende a identificarse con el razonamiento con arreglo a principios. De entrada, la acuñación de principios por parte de la Constitución o de la ley puede entenderse como una forma de universalización en sede legislativa, ya que con ellos se intenta suministrar unas pautas generales aplicables por hipótesis a todos o a un amplio número de casos.

¹⁴⁸ Wroblewski, J. **Op. Cit.** Pág. 224.



“Muchos principios, en efecto, no mencionan las condiciones de su aplicación, esto es, no contemplan ningún supuesto de hecho (el valor de la libertad, el principio de igualdad) o, cuando lo hacen, éste se configura en términos universales: toda compraventa, cualquier acusado, etc. representando así un contrapunto universalizador frente a las regulaciones particulares”.¹⁴⁹

En segundo lugar, la técnica de los principios implícitos constituye también un ejemplo bastante claro de argumento universalizador. Así, obtener un principio mediante la generalización a partir de un conjunto de normas que contemplan supuestos de hecho análogos significa delimitar -con mayor o menor fortuna- un rasgo común a todos esos supuestos y estar dispuesto a tratar del mismo modo cualesquiera otros casos que presenten ese rasgo.

En otras palabras, el principio se construye identificando un elemento compartido entre distintas especies de hecho a las que se anuda una misma consecuencia normativa, un mismo criterio de tratamiento jurídico, pero a condición de que siempre que aparezca ese elemento debe producirse dicha consecuencia.

Por ejemplo, el intérprete constata que en los casos contemplados en “A”, “B” y “C” se da la circunstancia “N” y reciben el tratamiento “X”: el tratamiento “X” no constituye un principio normativo (acaso solo descriptivo), salvo que se afirme que siempre que

¹⁴⁹ Laporta, F. **El principio de igualdad: introducción a su análisis. Op. Cit.** Pág. 7.



concurra la circunstancia “N” -y dejando al margen otras consideraciones procede aplicar ese tratamiento.

Es decir, la universalización parece configurarse como un requisito necesario para que el argumento generalizante desemboque en un principio; de hecho, resultaría sorprendente que un operador, tras constatar una laguna y dar vida a un principio, concluyese afirmando que ese principio carece de valor para el futuro y que representa una decisión *ad hoc*.

De ahí que la técnica del precedente responda a un esquema principialista. Decir que “un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares, parece que equivale a decir que un juez debe adoptar aquella decisión que se inspire en un juicio de valor que estaría dispuesto a observar en otros casos semejantes”;¹⁵⁰ pero ese *estar dispuesto* supone hacer del juicio de valor un principio normativo, una regla universalizable con vocación de aplicación futura.

Sin duda, esa universalización en que reposa el principio implícito y el precedente así entendido, constituye una exigencia válida para la argumentación de cualquier decisión, pero adquiere un relieve especial en los casos difíciles, es decir, cuando no existe una disposición normativa concreta o cuando su significado es tan dudoso que no se puede saber con precisión qué norma ha de aplicarse, o sea, cómo se debe formar la premisa

¹⁵⁰ Aarnio, A. **Lo racional como razonable. Op. Cit.** Pág. 256.



mayor del razonamiento; pues, en esas condiciones, el argumento de la justicia formal representa la última trinchera de justificación: ante la duda de cuál es el criterio aplicable, agotados los métodos argumentativos para hallar la *mejor* respuesta al caso planteado, el intérprete no puede ofrecer más garantía que comprometerse a universalizar su propia respuesta, si se quiere, comprometerse a construir un principio.

Por eso, cabe sostener que si no hay cambios en el marco normativo aplicable la separación del precedente requiere necesariamente una argumentación de principios o, lo que es igual, el abandono de un principio solo puede producirse en nombre de otro principio, de otro criterio normativo con esa vocación expansiva o generalizante hacia el futuro que caracteriza a los principios desde esta perspectiva funcional.

La conclusión parece importante, pues supone que la argumentación de principios no solo debe inspirar la adopción del precedente, sino también su abandono; en consecuencia -se insiste en que haciendo abstracción ahora de otras consideraciones, como puede ser la promulgación de una nueva ley- cuando la argumentación jurídica se plantea el *test* del precedente se convierte en una argumentación de principios: si se respeta el criterio de una resolución anterior, porque con ello se está reconociendo la fuerza expansiva de ese criterio, es decir, su naturaleza de principio válido para regular los supuestos que reúnan cierta propiedad o condición; y si no se respeta, porque el intérprete se verá obligado a dar vida a un nuevo criterio capaz de generalización, adoptando así la forma de principio.



Este es el sentido de la teoría de los principios neutrales formulada por Wechsler y que tanta resonancia tuvo en el constitucionalismo norteamericano. La idea es sencilla, pero ambiciosa: “las decisiones judiciales, en particular las que aplican la Constitución, deben aparecer explicadas o motivadas en todos sus extremos y ello ha de hacerse mediante razones neutrales, esto es, razones que el juez estaría dispuesto a respetar en otros supuestos a los que fuera aplicable”.¹⁵¹

A tal fin, el intérprete debe ser capaz de transformar su decisión concreta en un principio susceptible de aplicación a otras situaciones previsibles que puedan incluirse en la lógica del principio. La neutralidad viene dada entonces, no por el contenido del principio, sino por las condiciones de su aplicación, pues el procedimiento en cuestión no condiciona la elección del criterio normativo, sino que tan solo dice que, para elegirlo, es necesario plantearse las posibilidades de ser observado en casos futuros.

Por ello, esta idea de los principios no conduce a una especie de santificación del precedente, sino que es más bien un *test* o una garantía suplementaria de la corrección del razonamiento y de la decisión. Como es lógico, tanto mejor si la solución que se adopta resulta coherente con la tradición jurídica y en particular con sus precedentes, “pero lo que exigen los principios neutrales no es que el intérprete, mirando hacia el pasado, siga la doctrina sentada por sus colegas o por él mismo, sino que, mirando hacia el futuro, se comporte como si estuviese sentando un precedente”.¹⁵²

¹⁵¹ Wechsler, H. **Las cortes y la constitución**. Pág. 1010.

¹⁵² Greenwalt, K. **La significación permanente de los principios neutros**. Pág. 994.



De este modo, la argumentación de principios comporta una doble exigencia de corrección: primero, y como ocurre con cualquier norma, ha de acreditarse que el principio es aplicable al supuesto examinado y, segundo, que constituye también la mejor solución para cualquier otro previsible; si no se da esta última condición, o bien es que los supuestos imaginados no son asimilables y deben dissociarse, o bien el principio debe ser abandonado en favor de otro que satisfaga la exigencia. Con lo que el recurso a los principios implica una argumentación prospectiva, en cierto modo semejante a la que hace el legislador cuando promulga una norma.

4.3.2. Los principios y el argumento consecuencialista

Un segundo argumento donde la idea de principios puede desempeñar un papel importante, es en el que genéricamente se puede llamar consecuencialista. MacCormick ha insistido en el peso que suelen tener estas razones en la decisión de los casos difíciles, si bien, como ha estudiado Atienza, su consecuencialismo no equivale sin más a utilitarismo, sino que podría ser conceptuado como un utilitarismo de la regla e ideal.

De la regla, “porque las consecuencias que han de tomarse en consideración no son las que se derivan para las partes en una ocasión particular, sino las que se desprenden de la norma en que se basa la decisión. Ideal, porque la finalidad



perseguida no se reduce al principio de utilidad, sino que comprende otros valores, como el bien común, la justicia, etc.”.¹⁵³

No cabe duda que, así enfocado, el consecuencialismo representa una de las principales orientaciones de la actividad interpretativa, asemejándose al llamado argumento teleológico o del legislador provisto de fines, pues tener en cuenta las consecuencias de un fallo equivale a decir que el ordenamiento propone ciertos valores u objetivos políticos y morales que deben ser perseguidos por todos los operadores jurídicos. “La llamada jurisprudencia política como teoría de la interpretación constitucional representa una plasmación particular del consecuencialismo”.¹⁵⁴

Aparentemente, argumentación consecuencialista y argumentación de principios se muestran contradictorias, aunque solo sea porque atender a las consecuencias parece exigir una *mirada hacia adelante*, hacia fines políticos e intereses sociales, mientras que satisfacer los principios parece también requerir una mirada hacia atrás, hacia derechos previos y reglas de justicia.

Evaluar una decisión a la luz de sus consecuencias supone efectuar en cierto modo un juicio prospectivo, y evaluar esa misma decisión desde la óptica de los principios se traduce, en cambio, en un juicio del pasado o de ajuste con un criterio normativo previamente dado.

¹⁵³ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho** Pág. 149.

¹⁵⁴ Alonso García, E. **La interpretación de la constitución**. Pág. 517.



Seguramente por ello el argumento consecuencialista resulta muy poco atractivo desde una teoría de la interpretación como la de Dworkin, donde el ideal -que él considera alcanzable- consiste en adoptar la mejor decisión según criterios preexistentes, con independencia de sus resultados; quien se acerca a un tribunal pretende la satisfacción de derechos, no simplemente de intereses o de objetivos de bienestar, y de ahí, la distinción que hace Dworkin entre los principios de justicia en sentido estricto y las directrices o principios políticos de carácter utilitario.

Añádase que, también en apariencia, el consecuencialismo solo hace acto de presencia cuando se han agotado otros recursos del razonamiento jurídico -lo que Dworkin no acepta- y el intérprete se ve llamado a comportarse como si fuera un legislador, adoptando la mejor solución para el caso planteado, es decir, aquella solución que considera que satisface en mayor medida los fines del orden jurídico, del modelo de convivencia, etc.

Sin embargo, ninguna de estas dos apariencias encuentra confirmación tras un examen más detenido de la realidad, es decir, que ni los principios resultan ajenos y menos aún incompatibles con una argumentación consecuencialista, ni esta constituye necesariamente un último recurso.

Comenzando por el primer aspecto, quizás no esté muy fundada la idea según la cual los principios desembocan siempre en un razonamiento basado en el valor supremo de la justicia y de los derechos, mientras que el consecuencialismo remite a



consideraciones utilitarias en favor de la mayoría, aun a costa de sacrificar los derechos de las minorías.

Sin embargo, en cualquier caso, aquí no existe ese riesgo, porque cuando se habla de argumentación consecuencialista no se quiere aludir solo al objeto de la utilidad, sino a cualesquiera otros fines o valores propuestos por el ordenamiento; tener en cuenta las consecuencias de una decisión es también, por ejemplo, preguntarse por sus resultados desde el punto de vista de la libertad de las personas, del carácter democrático del Estado, etc., de manera que a la hora de elegir entre diversas interpretaciones se prefiera aquella que reporte mayores beneficios para la satisfacción de un cierto fin.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, esto es, que el consecuencialismo solo tendría cabida una vez agotados todas las argumentaciones o razonamientos, tampoco parece una tesis muy acertada. Para detectar la presencia de ideas consecuencialistas, no es preciso probar que algunos casos difíciles no encuentran solución mediante algún método hercúleo de interpretación al estilo dworkiano, sino que, sin llegar tan lejos, cabe pensar (e incluso recomendar) que la toma en consideración de los resultados puede hallarse presente en cualquier razonamiento jurídico, conjugándose con otros argumentos o métodos de interpretación.



En efecto, evaluar las consecuencias de la decisión es algo que puede entenderse de diferentes modos, y solo en alguno de los significados cabría afirmar que decidir en vistas de las consecuencias constituye un último recurso solo viable cuando no es posible alcanzar una solución concluyente mediante otros argumentos.

Así ocurre si se concibe el juicio consecuencialista al modo del utilitarismo del acto, es decir, si se pregunta exclusivamente por las consecuencias que tiene la decisión en un caso particular y se valora dicha consecuencia desde la óptica subjetiva del intérprete acerca de cuál es el mejor resultado, sencillamente porque -en hipótesis- el orden jurídico no proporciona una regla de preferencia entre los distintos resultados que pueden obtenerse con la decisión.

El supuesto parece más hipotético que real, sobre todo en un sistema jurídico que abunda en valores y principios, pero si realmente los demás argumentos no ofrecen una respuesta segura y si no existe un orden de preferencia entre las posibles consecuencias del fallo, entonces puede ocurrir que el intérprete adopte al final la decisión que, a su juicio, reporte mayores beneficios o menores perjuicios, con el único correctivo de que pueda generalizarse para cualquier otra ocasión semejante.

Sin embargo, el argumento consecuencialista no debe ser entendido así, al menos por regla general, pues, “si bien se ha rechazado la idea de la única respuesta correcta, esto tampoco equivale a la ausencia absoluta de respuesta, de manera que un



Derecho evolucionado como el nuestro contiene siempre guías o criterios que permiten articular alguna respuesta, aun cuando resulte dudosa”.¹⁵⁵

En este sentido, y una vez que se ha transformado el utilitarismo del acto en el utilitarismo de la regla, el problema consiste en valorar las consecuencias de la decisión particular desde una perspectiva general, es decir, preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento de la decisión se convierte en una norma general del ordenamiento y, lógicamente, si esa norma tiene o no cabida dentro del mismo.

Así entendido, el consecuencialismo no solo es aceptable, sino también recomendable, pues viene a resolverse en un control de consistencia; control que, a su vez, puede conducir a alguno de estos resultados: primero, la norma que proporciona el criterio del fallo se muestra incompatible con alguna disposición del sistema, en cuyo caso la decisión no es viable; segundo, la norma constituye la *única* interpretación de alguna disposición válida, en cuyo caso la decisión es también la única posible; tercero, la norma constituye una de las posibles interpretaciones de alguna disposición.

Ciertamente, si la norma constituye la *única* interpretación de alguna disposición resulta dudoso que convenga hablar de consecuencialismo, pues decir que se adopta el criterio particular que, universalizado, coincide con alguna norma válida del sistema es lo mismo que afirmar que se decidió con arreglo a la norma más adecuada al caso.

¹⁵⁵ Bartole, S. **Op. Cit.** Pág. 523.



Es en la tercera hipótesis donde el argumento consecuencialista adquiere especial relieve, pues si una disposición admite distintas interpretaciones o, mejor, distintos grados de cumplimiento, parece plausible proponer que se acoja aquella decisión que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, lo que implica un cálculo sobre las consecuencias.

Pudiera pensarse que se ha vuelto al comienzo, pues al fin y al cabo es el intérprete quien elige qué consecuencias son mejores. La diferencia reside en que en el primer supuesto se parte de la hipótesis de que el sistema no permitía establecer una preferencia entre distintos resultados, mientras que ahora el argumento consecuencialista es, por así decirlo, intrasistemático, o sea, se parte de la base de que es el propio ordenamiento quien señala fines valiosos y quien -mejor o peor- permite discernir que un cierto resultado es más plausible que otro.

Como se ha indicado, esta viene a ser la posición de MacCormick cuando sostiene que “las consecuencias jurídicas de una decisión han de ponderarse en relación con una serie de fines u objetivos valiosos propios del ordenamiento en su conjunto o de algún sector del mismo”.¹⁵⁶

Pero si el supuesto que ahora se comenta no debe confundirse con la primera hipótesis, también conviene distinguirlo de la segunda, es decir, de aquel caso en que el criterio que guía el juicio consecuencialista resulta ser la *única* interpretación de una

¹⁵⁶ MacCormick, Neil. **Op. Cit.** Pág. 98.



disposición del sistema. La diferencia estriba en lo que se pudiera llamar *el margen de discrecionalidad del intérprete* y, a su vez, se conecta a una peculiar funcionalidad que se atribuye a los principios frente a las normas.

Porque, en efecto, si se está ante la *única* interpretación, no cabe hablar propiamente de un resultado mejor que otro, sino que el fin establecido en la norma se cumple o no se cumple; desde luego, el razonamiento puede enfocarse como un juicio consecuencialista, pero teniendo en cuenta que solo hay una alternativa: o el criterio que fundamenta la decisión es una norma del sistema, o no lo es.

Mientras que en el supuesto propuesto por MacCormick, aun cuando el sistema proporciona también un criterio para evaluar las consecuencias, es posible imaginar una graduación en la satisfacción del fin (de ahí el mayor margen de discrecionalidad), porque éste se formula como un objeto que puede ser realizado o lesionado en distinta medida. Justamente, esta es la dimensión de los principios desarrollado por Alexy cuando dice que “éstos se resuelven en un mandato de optimización, lo que impone que su interpretación admite o da lugar a distintas decisiones, unas mejores que otras según cuál sea el grado en que optimicen el fin propuesto”.¹⁵⁷

Por ello, en el marco institucional de la argumentación jurídica, el consecuencialismo es un tipo de razonamiento esencialmente principialista. En el primer modelo, o sea, cuando el criterio para determinar qué resultados son mejores viene acuñado por el

¹⁵⁷ Alexy, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Op. Cit.** Pág. 150.



propio intérprete, existe, sí, un juicio sobre las consecuencias, pero un juicio no guiado por el derecho y que, por tanto, solo admite el control de universalidad.

En el segundo modelo, si una norma del sistema determina la decisión, entonces no cabe hablar de mejores o peores resultados. Solo en el último modelo merece hablarse de una argumentación jurídica y consecuencialista a un tiempo, pues el derecho proporciona el criterio de evaluación pero, al mismo tiempo, deja un margen de discrecionalidad u optimización, es decir, un margen donde cabe discutir sobre cuál concreta decisión ofrece mejores resultados.

Ahora bien, una cosa es que en la aplicación de las normas se tengan en cuenta las consecuencias que se derivan para la satisfacción de ciertos valores o fines establecidos en el ordenamiento y otra algo diferente que sea el propio ordenamiento, especialmente la Constitución, quien fije determinados objetivos políticos y sociales como horizonte hacia el que deba caminar el sistema en su conjunto, de manera que las decisiones concretas hayan de ser evaluadas -entre otros- desde el punto de vista de los resultados que reporten para alcanzar dichos objetivos.

Es cierto, como observa Atienza, que “el consecuencialismo de MacCormick se resuelve al final en una búsqueda de coherencia con el propio sistema y que la apertura de la argumentación jurídica hacia el mundo social y hacia las ciencias sociales es más aparente que real”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho**. Op. Cit. Pág. 171.



Sin embargo, cuando es la propia Constitución la que establece unos objetivos transformadores de la realidad, entonces tener en cuenta los resultados de la decisión sí parece conducir a una jurisprudencia sociológica y empírica, es decir, a una jurisprudencia abierta a los hechos y al conocimiento que de ellos proporciona las ciencias sociales; aunque, eso sí, guiada en último término por los fines señalados en el sistema.

Por cierto, esta necesidad de evaluar las consecuencias y de atender a las ciencias sociales no solo aparece en el ámbito de la acción pública relacionada con el Estado social; por ejemplo, si se toma en serio que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, determinar si se producen o pueden producir esas consecuencias requiere un juicio empírico que ha de fundarse en algo más que en un mero conocimiento jurídico.

De aquí nace la más genuina argumentación jurídica consecuencialista, pues la evaluación de los resultados no se agota en un juicio de adecuación de la decisión al principio, tratando de optimizar su cumplimiento, sino que se fundamenta en un mandato específico que efectúa la propia Constitución para que las decisiones se evalúen desde el punto de vista de sus consecuencias sociales o políticas, siendo así que esas consecuencias se instalan en el ámbito de la realidad extranormativa y requieren un conocimiento de la misma; de manera que se combinan dos factores: primero, un argumento consecuencialista que el intérprete realiza, no ya solo para ajustar su decisión al sistema, sino para alcanzar algún objetivo social que se propone



como resultado a cuya consecución debe orientarse la decisión; y, segundo, la existencia de algún fin u objetivo social cuyo valor no viene dado por la pura subjetividad del intérprete, sino por alguna norma o principio del ordenamiento.

En esta línea se inscribe la posición de Pérez Luño cuando, tras afirmar que el uso alternativo del derecho posee el mérito de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, añade que “en el Estado de Derecho sea perfectamente legítimo un uso alternativo del derecho como compromiso para extraer la máxima virtualidad democrática y emancipatoria de las cláusulas constitucionales”.¹⁵⁹

La Constitución no solo recoge principios y derechos en el sentido de Dworkin, sino también conceptos que requieren un conocimiento empírico, programas de transformación de la realidad, de promoción de la igualdad y del bienestar, cuya consecución exige argumentar de modo consecuencialista, pues el fin de la norma consiste precisamente en eso, en alcanzar ciertas consecuencias sociales; y, por tanto, la solución interpretativa será tanto mejor cuanto más se acerque a esa meta.

También aquí parece que una argumentación de principios desempeña una función importante. De un lado, porque, como ya sabemos, el criterio que sirve para medir la bondad de los resultados se presenta como un principio del sistema que admite distintos grados de cumplimiento de acuerdo con un juicio de optimización.

¹⁵⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Pág. 268.



Pero de otro, también, porque los datos que proporciona la realidad cuando se intenta conocer el impacto fáctico o extranormativo de la decisión han de ser, a su vez, evaluados a la luz de algún principio; es decir, no basta saber que el objetivo final consiste en remover los obstáculos que dificultan la igualdad real, sino que además hay que justificar porqué a una determinada consecuencia social se la considera mejor que a otra para alcanzar el fin propuesto, y esa justificación debe basarse en otros valores del ordenamiento o, en último término, ha de poder someterse a una regla de universalización, es decir, ha de racionalizarse con arreglo a principios.

Aunque tiende a pensarse que el consecuencialismo aparece en la argumentación judicial de forma implícita o encubierta y no suficientemente articulada, tal vez porque la preocupación por los resultados se considera un monopolio del legislador, lo cierto es que, ciñéndose a la jurisprudencia constitucional, es fácil encontrar razonamientos de este tipo.

En realidad, cabe decir que los juicios sobre la igualdad son en gran parte juicios consecuencialistas, pues la regla que establece el Tribunal para determinar si una diferenciación normativa está justificada o, por el contrario, resulta discriminatoria consiste en atender a *la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.*



Algunos otros ejemplos de argumentación consecuencialista: la exclusión legal de la objeción de conciencia sobrevenida se considera razonable porque, de lo contrario, se lesionaría la organización interna del servicio militar y su dimensión colectiva, las medidas de jubilación forzosa se justifican porque contribuyen a solucionar la crisis de empleo que plantea la actual situación económica; resulta legítimo imponer una contratación forzosa cuando tiene por objeto precisamente defender a los pequeños empresarios privados, como empresarios libres, y dar transparencia al mercado, existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, si bien ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos.

Así pues, desde esta perspectiva, el consecuencialismo no solo no es incompatible con los principios, sino que resulta difícil imaginar una argumentación de ese género que no se fundamente o desemboque en la afirmación de algún principio. Es más, se ha podido decir que “los principios tienen una función eminentemente programática, determinando las líneas de tendencia de un sistema jurídico”,¹⁶⁰ e incluso la caracterización que propone Alexy parece sugerir que solo se está en presencia de un principio cuando pueden *medirse* los resultados de una interpretación en términos de optimización; esto es, que cuando resulta viable una argumentación consecuencialista del género “es preferible la decisión A porque logra combinar la mayor satisfacción del

¹⁶⁰ Bartole, S. **Op. Cit.** Pág. 531.



fin X con la menor lesión del valor Y es porque estamos justamente en presencia de principios”.¹⁶¹

Desde una perspectiva distinta, concretamente desde la perspectiva del argumento teleológico, el propio Alexy ha subrayado la importancia de los principios en todo razonamiento sobre fines medios. Los fines de que se trata en la interpretación teleológica son fines normativos, por lo que pueden caracterizarse como un estado de cosas prescrito, cuya consecución justifica una cierta interpretación. Ahora bien, “por regla general, para la descripción de un tal estado de cosas son necesarias normas de tipo general o principios. Z es entonces el estado de cosas en que rigen los principios P', P, (...), P”. La argumentación teleológica se vuelve con ello en argumentación a partir de principios”.¹⁶²

En este sentido, los principios y, especialmente, los principios constitucionales desempeñan una función esencial en la determinación de los fines que han de considerarse como consecuencias valiosas a la hora de evaluar los resultados de una decisión y, de hecho, la jurisprudencia constitucional responde, casi sin excepción, a la exigencia de algún principio: la igualdad, el Estado social, la libertad de mercado, el fin social de la propiedad, etc.

¹⁶¹ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Pág. 234.

¹⁶² **Ibid.** Pág. 236.



Pero no se trata solo de los principios explícitos, que obviamente indican objetivos que han de considerarse valiosos, sino que, en realidad, parece que toda argumentación consecuencialista culmina en la construcción de un principio, por cuanto la realización de aquellos estados de cosas que se proponen como objetivo de la mejor decisión deben cumplir también la exigencia de universalización, es decir, han de formularse como finalidad correcta o adecuada, no de la decisión particular, sino del sistema jurídico en su conjunto o de algún sector del mismo. Por ello, acertadamente se ha dicho a propósito de la jurisprudencia política que “todo criterio de oportunidad que refleja concepciones de política de Estado, inevitablemente se convierte en un principio jurídico”.¹⁶³

Ahora bien, pese a la indudable importancia que tiene la argumentación consecuencialista en el razonamiento jurídico, lo dicho a propósito del papel de los principios pone de relieve su escasa autonomía o, si se prefiere, su dependencia de otras formas o modelos de argumentación. Porque, efectivamente, el *cálculo de utilidades* o el juicio sobre los resultados de una decisión parece que se efectúa siempre a la luz de un principio: la decisión es buena porque sus consecuencias maximizan la satisfacción de un principio o porque reducen al mínimo su sacrificio; es decir, siempre parece existir un valor u objetivo general del ordenamiento o de alguna de sus parcelas que sirve para enjuiciar el resultado.

¹⁶³ Alonso García, E. **Op. Cit.** Pág. 538.



A su vez, cuando el intérprete ha de evaluar la bondad de un resultado social para la consecución de aquel fin, necesita recurrir de nuevo a algún principio o valor del ordenamiento o, en último término, someter su decisión a un *test* de universalidad. Con lo cual, en definitiva, la toma en consideración de los resultados se resume en un argumento sistemático o de coherencia con el conjunto del ordenamiento, completado en ocasiones con un argumento universalizador.

4.3.3. Los principios y la interpretación sistemática

El último argumento o método de interpretación tal vez sea el que incorpore de manera más nítida un componente principialista, lo que no deja de ser importante si se comparte el juicio de Bobbio en el sentido de que “la interpretación sistemática es, entre los modos de argumentación jurídica, aquella a la que se atribuye mayor fuerza probatoria”.¹⁶⁴

Ciertamente, la interpretación sistemática puede entenderse de dos formas distintas: una primera, que algunos llaman estricta, otros requisitos de consistencia y otros, en fin, juicio de coherencia, y que consiste en comprobar la adecuación lógica de una norma respecto de las demás normas del sistema.

¹⁶⁴ Bobbio, Norberto. **Sobre el razonamiento de los juristas**. En: **Comanducci, P.; Guastini, R. Análisis del razonamiento jurídico**. Pág. 174.



Por ello, esta interpretación se conecta al problema de las contradicciones normativas o antinomias, esto es, su objeto es comprobar si en el ordenamiento existen normas incompatibles; interpretar sistemáticamente implica entonces excluir cualquier solución interpretativa que resulte lógicamente contradictoria con alguna norma del sistema.

Sin embargo, aunque esta sea su acepción estricta, por interpretación sistemática suele entenderse, no la corrección lógica, sino la adecuación teleológica; su objeto es determinar si una disposición normativa o alguno de sus significados se ajusta materialmente al conjunto del ordenamiento, de manera que pueda “subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores (...)”.¹⁶⁵

El método reposa, por tanto, en la idea de que el derecho es un sistema que responde a un proyecto racional del legislador, donde las normas y decisiones están dotadas de congruencia y unidas entre sí por unos valores o fines comunes. Como observa Pérez Luño a propósito de la actividad judicial, esta supone un “ejercicio de racionalidad práctica orientado y controlado: 1) por el *ethos* social institucionalizado en los valores que expresan las convicciones morales de la sociedad (...); 2) por el sistema jurídico que contextualiza la decisión judicial en el seno del conjunto de fuentes normativas”.¹⁶⁶

Ahora bien, nótese que el argumento sistemático así entendido viene a confundirse con el examinado en el epígrafe anterior, pues sostener que debe adoptarse la decisión que resulte más congruente con el conjunto de un sistema jurídico al que se entiende

¹⁶⁵ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho**. Op. Cit. Pág. 145.

¹⁶⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica**. Pág. 104.



provisto de fines, es lo mismo que decir que la mejor interpretación es aquella que, concebida como un medio, produce mejores resultados para la satisfacción de esos fines.

No debe sorprender, por ello, que Alexy circunscriba el argumento sistemático al examen de las relaciones lógicas (acepción estricta), pues “cuando entran en juego relaciones teleológicas estamos ante un argumento sistemático-teleológico que se entiende mejor en el contexto de la argumentación teleológica”.¹⁶⁷ De hecho, preguntarse por las consecuencias de una decisión exige delimitar previamente un objetivo valioso o un estado de cosas donde puedan satisfacerse esos objetivos y de ahí que, como vimos, la interpretación teleológica o la toma en consideración de los resultados se resolvía en un argumento sistemático o de consistencia.

Sin embargo, esa interpretación teleológica, que ahora se agrega a la sistemática, culmina en un razonamiento a partir de principios; en unos casos, porque el fin aparecerá bien delimitado en alguna disposición de principio o que adopta la forma de principio en relación con la decisión particular; y, en otros casos, porque ese fin habrá de concretarse en un estado de cosas donde puedan regir conjuntamente y de forma más óptima el mayor número de principios, lo que a su vez -como dice Alexy- “requiere una comprobación sistemática que muestre cuál es el enunciado normativo que mejor

¹⁶⁷ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 231.



pueda justificarse en relación con otros enunciados a fundamentar con ayuda de todos los enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas”.¹⁶⁸

En otras palabras, los fines que propone la interpretación teleológica pueden hallarse expresamente recogidos en alguna disposición normativa, que adopta entonces funcionalmente la forma de principio-fin que permite evaluar la corrección de la decisión medio; pero, con frecuencia esos fines se obtienen a partir de un grupo de normas y entonces su determinación requiere una argumentación sistemática, dado que el fin o estado de cosas más valioso será aquel donde mejor se justifiquen, conjuntamente, (sistemáticamente) una serie de enunciados normativos que han de armonizarse y que, por tanto, se presentan también funcionalmente como principios.

Por ello, es comprensible que en el esquema de MacCormick el argumento principialista (y el analógico) se inscriban dentro de la idea de coherencia normativa. Que una decisión o una norma puedan subsumirse bajo un principio constituye un *test* de justificación, precisamente porque el principio expresa un fin u objetivo que el sistema considera deseable con carácter general, es decir, comprensible o capaz de explicar un buen número de casos y reglas singulares.

Los principios son, así, *razones de corrección* que permiten evaluar o graduar las *razones de objetivo* o finalidad de una acción; tales finalidades particulares “han de sujetarse a una disciplina de niveles más altos de racionalidad, es decir, a la tarea de

¹⁶⁸ **Ibid.** Pág. 252.



ordenarlas por medio de principios de preferencia de un orden más alto consistentemente obtenidos (...), y de ahí que generalizar a partir de objetivos específicos lo que puede ser legítimamente perseguido dentro de un sistema de razón práctica es construir valores permanentes”.¹⁶⁹

Así, pues, cabe decir que los principios desempeñan una función esencial en la construcción del sistema o, quizás mejor, que las claves valorativas y axiológicas que definen y dotan de carácter propio al sistema son justamente los principios. En palabras de Larenz, los principios “constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema interno de Derecho, sistema que pretende hacer visible una jurisprudencia que, a la vez que se orienta a valores, procede sistemáticamente”.¹⁷⁰

En cierto modo, pues, cabe decir que si el derecho es un sistema o si puede presentarse bajo esa imagen no es porque tenga normas, sino porque tiene principios, o sea, porque algunas de sus normas, lógicamente las más generales, cumplen una función unificadora o de consistencia, orientando hacia objetivos y valores comunes al conjunto de las demás normas, nacidas muchas veces en respuesta a necesidades, intereses e ideologías distintas cuando no abiertamente contradictorias.

¹⁶⁹ Maccormick, Neil. **Los límites a la racionalidad en el razonamiento jurídico**. En: **Derecho y moral. Ensayos analíticos**. Pág. 15.

¹⁷⁰ Larenz, K. **Metodología de la ciencia del derecho. Op. Cit.** Pág. 473.



Ciertamente, “el vocablo *sistema* aplicado al Derecho no es unívoco o presenta distintas acepciones, pero, en cualquier caso, no parece que las normas de un ordenamiento positivo, que solo ficticiamente se atribuyen a un legislador racional, constituyan un verdadero sistema”.¹⁷¹ Pero esto no supone que la idea de sistema carezca de importancia, pues, aunque no exista tal sistema, opera como una idea regulativa que orienta la labor del intérprete y propicia por esta vía la reconstrucción de una racionalidad jurídica, supliendo, por así decirlo, la insatisfactoria racionalidad del legislador histórico.

En otras palabras, “el legislador racional puede ser una quimera, pero *suponer* su existencia cumple un valioso servicio, y es que obliga a interpretar y aplicar el Derecho con arreglo a esa exigencia de racionalidad que implica que entre todos los ingredientes que forman el ordenamiento existe una unidad sistemática: no es el Derecho en sí quien aparece como sistema, sino el Derecho en cuanto que examinado como conjunto de normas unidas y entrelazadas”,¹⁷² lo cual, desde otro punto de vista, representa una importante contribución al valor de la seguridad jurídica, pues significa que la multiplicidad de normas forma un conjunto dotado de sentido y gobernado por principios.

¹⁷¹ Tarello, G. **La noción del derecho. Una aproximación prudente.** En: **La teoría general del derecho.** Pág. 357.

¹⁷² **Ibid.** Pág. 359.



Esto supone que la idea de sistema y, desde luego, la interpretación sistemática es más un asunto de lógica de los juristas que de lógica de las normas y que, por tanto, el papel que, hemos visto, desempeñan los principios en la formación del sistema es un papel que se concreta especialmente en sede interpretativa.

En este sentido, si la idea de sistema se pone al servicio de una argumentación deductiva dirigida a obtener o explicar pautas o reglas particulares a partir de otras más generales, no cabe duda que los principios explícitos y en particular los constitucionales desempeñan una función esencial, pues ellos son las normas más fundamentales y generales del ordenamiento, desde donde comenzar un proceso deductivo más completo y comprensivo del conjunto del material jurídico.

Kelsen insistió en la naturaleza dinámica y no estática del orden jurídico, es decir, en que “el carácter de una norma jurídica no venía dado contenido pudiera deducirse de otra superior, sino porque su modo de producción venía establecido en esa norma superior”,¹⁷³ pero esa insistencia, acaso motivada por el deseo de diferenciar el derecho de la moral, puede también deformar el sentido de un sistema jurídico en el que la Constitución no representa una simple norma de atribución de competencias y de ordenación de procedimiento, sino que incorpora un cierto contenido material, una filosofía política si se quiere, que se expresa ante todo en el nutrido catálogo de valores y principios; valores y principios que, por cerrar el sistema, sirven a una interpretación

¹⁷³ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Op. Cit. Pág. 203.



sistemático-deductiva que intente obtener o justificar otras reglas o principios más particulares.

Pero, las normas de un orden jurídico positivo no forman un sistema perfecto, de modo que no siempre será posible encontrar esa coherencia sustantiva de un bloque normativo que permite deducir reglas particulares a partir de otras más generales y, en último término, a partir de algún principio explícito de la Constitución.

Con todo, la coherencia y la idea del legislador racional siguen presentándose como una idea regulativa que ha de observar la argumentación jurídica si quiere compensar con su racionalidad el déficit de racionalidad de un derecho heterogéneo y creado a lo largo de mucho tiempo por legisladores inspirados en valores distintos.

Es aquí donde la técnica de los principios implícitos juega un importante papel, pues estos principios expresan siempre un esfuerzo para ajustar la decisión particular a las prescripciones generales del ordenamiento o de algún sector del mismo, es decir, por hacerlo coherente en su contenido con el sistema en su conjunto.

Quiere ello decir que, cuando el intérprete construye un principio *está haciendo* sistema, está realizando una tarea racionalizadora para que el criterio normativo que inspira su decisión pueda reconocerse como propio del sistema y ello, como es obvio, en virtud de su contenido, no del modo de producirse.



CONCLUSIÓN

Una teoría postpositivista del derecho se caracteriza por varios atributos, quizá los más importantes puedan resumirse en tres: a) la afirmación como juicio verdadero, de la conexión conceptual, necesaria o lógica, entre derecho y moral; b) la interpretación por principios; y c) la ponderación de los principios.

El principal vehículo para la viabilización de los postulados de una teoría postpositivista del derecho es la existencia de los *principios* y su utilización en el razonamiento jurídico; y es aquí donde las denominadas teorías postpositivistas (neoconstitucionalistas) del derecho, ingresan en un terreno escabroso o, en palabras de Pozzolo, caminan sobre hielo delgado.

Ello es así, porque es abundante la literatura impresa respecto del papel de los principios en el razonamiento jurídico y sobre todo, muy controvertida. Quizás en el transcurrir de los años venideros esta literatura tienda a unificarse de alguna manera. Por ahora se pueden amalgamar las muchas y diversas teorías en dos grandes grupos:

- a) La tesis de la distinción fuerte entre normas y principios.
- b) La tesis de la distinción débil entre normas y principios; y dentro de estas dos tesis, se pueden señalar, nutridas y variadas teorías.



No obstante, se pueden amalgamar los siguientes patrones obtenidos de las opiniones diversas de los autores contemporáneos utilizados para la distinción entre reglas y principios, mismo que determinan a la vez, la función de cada cual en el razonamiento jurídico:

- a) El principio sería una norma con un grado elevado de generalidad, mientras que la regla presentaría un grado de generalidad bajo.
- b) El principio no determinaría la solución de los casos mientras que la regla sí.
- c) El principio tendría un carácter valorativo explícito, la regla no.
- d) El principio podría no tener una fuente precisa ligada a los criterios de identificación del ordenamiento jurídico, mientras que la regla presentaría un recorrido en su creación conforme a determinados procedimientos.
- e) Las llamadas al propio carácter fundamental podrían aparecer en los principios, pero raramente en las reglas.
- f) Los principios serían siempre importantes, las reglas no necesariamente.
- g) Los principios actuarían como fundamento para otras normas, y no solo como reglas en sí mismas.



h) Los principios podrían emerger no solo como normas de comportamiento, sino también como normas de argumentación.





BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.**

Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 5.** 1988.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica.** Lima, Perú: Palestra Editores, 2006.

ALONSO GARCÍA, E. **La interpretación de la Constitución.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Para una teoría postpositivista del derecho.** Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2009.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 10.** 1991.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho.** Lima, Perú: Palestra Editores, 2017.

ATRIA, Fernando. **La ironía del positivismo jurídico.** En: **Congreso sobre el Futuro del Positivismo Jurídico.** Alicante, España: 2004.

BARTOLE, S. **Principios generales del derecho.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. **La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.



- BAYÓN, Juan Carlos. **Derecho, convencionalismo y controversia**. En: NAVARRO Pablo E.; REDONDO, Cristina (compiladores). **La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2002.
- BETTI, E. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. México: Editorial Fontamara, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Sobre el razonamiento de los juristas**. En: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. **Análisis del razonamiento jurídico**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Madrid, España: Editorial Debate, 1990.
- BULYGIN, E. **Sentencia judicial y creación del derecho**. En: ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E. **Análisis lógico y derecho**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BULYGIN, Eugenio. **Creación y aplicación del derecho**. En: **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Chile: 2001.
- CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. En: **notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires, Argentina: tercera edición, Editorial Abeledo-Perrot, 1986.
- DE ASÍS RONG, R. **Algunos aspectos del derecho natural de los civilistas españoles**. En: **Anuario de Derechos Humanos**. España: 1988-1989.



DE CASTRO, F. **Derecho civil de España**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1994.

DEL VECCHIO, G. **Los principios generales del derecho**. Chile: Ediciones Olejnik, 2017.

DELGADO PINTO, J. **Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Número 7. 1990.

DÍAZ, Elías. **Introducción a la sociología del derecho natural**. En: KELSEN, Hans; BOBBIO, Norberto; OTROS. **Crítica del derecho natural**. Madrid, España: Editorial Taurus, 1996.

DORKIN, Ronald. **El imperio de la justicia**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 2012.

ESQUIAGA GANUZAS, F. J. **La argumentación en la justicia constitucional**. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

ESSER, J. **Pre-comprensión y elección del método en el proceso de identificación del derecho**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ESSER, J. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **La semántica de la teoría del derecho**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Positivism jurídico y obediencia al derecho**. En: **ensayos de filosofía jurídica**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2003.



GARCÍA DE ENTERRIA, E. **La Constitución como norma jurídica.** En: **La Constitución española de 1978. Estudio sistemático.** Madrid, España:

Editorial Civitas, 1980.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana, 2000.

GIANFORMAGGIO, L. **La interpretación de la Constitución entre la aplicación de reglas y la argumentación basada en principios.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. **Estudios de filosofía del derecho.** España: Universidad de La Laguna, 1979.

GREENWALT, K. **La significación permanente de los principios neutros.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

GUASTINI, Riccardo. **Introducción al análisis del lenguaje normativo.** En: CASTIGNONE, S; GUASTINI, R.; TARELLO, G. (editores). **Introducción teórica al estudio del derecho.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GUASTINI, Riccardo. **Lecciones sobre lenguaje jurídico.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

GUASTINI, Riccardo. **Producción de normas por normas. Una contribución al análisis del razonamiento jurídico.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.



HART, H. L. A. **El nuevo desafío del positivismo jurídico.** En: **Sistema, Revista de Ciencias Sociales. No. 36.** España: 1980.

HART, H. L. A. **El concepto del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2011.

HIERRO, Libro. **El imperio de la ley y la crisis de la ley.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 29.** 2002.

JORI, M.; PINTORE, A. **Manual de teoría general del derecho.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

KANTOROWICZ, G. **La lucha por la ciencia del derecho.** En: SAVIGNY, F.; OTROS. **La ciencia del derecho.** Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoría general de las normas.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

LAPORTA, F. **El principio de igualdad: introducción a su análisis.** En: **Revista Sistema. Número 67.** 1985.

LARENZ, K. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.** Madrid, España: Editorial Civitas, 1995.

LARENZ, K. **Metodología de la ciencia del derecho.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 1990.

LUZZATI, C. **La vaguedad de las normas. Un análisis del lenguaje jurídico.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.



- MACCORMICK, Neil. **Los límites a la racionalidad en el razonamiento jurídico.** En: **derecho y moral. Ensayos analíticos.** Editorial Ariel. España. 1990.
- MACCORMICK, Neil. **Razonamiento jurídico y teoría del derecho.** Lima, Perú: Palestra Editores, 2018.
- MANS PUIGARNAU, J. M. **Los principios generales del derecho.** Editorial Bosch. Barcelona. 1979.
- MORESO, José Juan. **Positivism jurídico y adjudicación jurídica.** En: **Congreso sobre El Futuro del Positivism Jurídico.** Alicante, España: 2004.
- NINO, Carlos S. **La validez del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1985.
- OLLERO, A. **La constitución: entre el normativismo y la axiología.** En: **Anuario de Filosofía del Derecho IV.** España: 1987.
- PECES-BARBA, G. **Los valores superiores.** En: **Anuario de Filosofía del Derecho IV.** España: 1987.
- PECZENIK, A. **Dimensiones morales del derecho.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 8.** 1990.
- PERELMAN, Ch.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentación. La nueva retórica.** Madrid, España: Editorial Gredos, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La seguridad jurídica.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 1991.



PINTORE, A. **La teoría analítica de los conceptos jurídicos**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

PIZZORUSSO, A. **Lecciones de derecho constitucional. Volumen II**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid, España: Editorial Debate. 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ideología e interpretación jurídica**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Notas sobre la interpretación constitucional**. En: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Número 9**. España: 1991.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin**. En: **Revista Española de Derecho Constitucional. Número 14**. España: 1985.

PUIG PEÑA, F. **Tratado de derecho civil español**. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1997.

PUIGPELAT, F. **Principios y normas**. En: **Anuario de Derechos Humanos. Número 6**. Chile: 1990.

RAZ, Joseph. **La autonomía del razonamiento jurídico**. En: **La ética en el ámbito público**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2001.

RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROBLES MORCHÓN, G. **Los derechos fundamentales en la comunidad europea**. Madrid, España: Editorial Ceura, 1988.



RÓDENAS, Ángeles. **¿Qué queda del positivismo jurídico?** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 26.** 2003.

RODILLA, Miguel Ángel. **Entrevista a José Delgado Pinto.** En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 25.** 2002.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M. **Ley y derecho. Interpretación de la ley.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1976.

SALVADOR CODERCH, P. **La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes.** Barcelona, España: Editorial Bosch, 1995.

SIMÓN, D. **La independencia del juez.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 1985.

TARELLO, G. **La noción del derecho. Una aproximación prudente.** En: **La teoría general del derecho.** España: Universidad de La Laguna, 1991.

VIEHWEG, T. **Tópica y jurisprudencia.** Madrid, España: Editorial Taurus, 1994.

VON WRIGHT, G. H. **Norma y acción (1970).** Madrid, España: traducción de García Ferrero, P., Editorial Tecnos, 1979.

WECHSLER, H. **Las cortes y la Constitución.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

WROBLEWSKI, Jerzy. **“Sentido” y “hecho” en el derecho.** Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018.

ZACCARIA, G. **Hermenéutica y jurisprudencia. Ensayo sobre la metodología de Josef Esser.** Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.