

Diez argumentos a propósito de los principios

LUIS PRIETO SANCHÍS

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

PRELIMINAR. Tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismos para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermeneúticas. Y quizá por ello los principios no gozan de la misma fama u opinión en todos los círculos jurídicos: la actual filosofía del Derecho creo que mayoritariamente saluda con satisfacción esta rehabilitación principialista, acaso porque encuentra en ella una cierta reacción antipositivista; aunque, por las mismas razones, otros ven en los principios una novedad peligrosa, cuando no una forma de contrabando ideológico¹. Asimismo, en el mundo forense y de la dogmática jurídica las opiniones tampoco parecen unánimes: si algunos temen que los principios se conviertan en una fuente inagotable de activismo judicial, otros elogian sus virtualidades como instrumentos de control sustancial frente a un Gobierno o Parlamento eventualmente desbocados².

Seguidamente, trataré de mostrar diez argumentos a propósito de los principios. He escogido esta fórmula expositiva porque creo que los principios no constituyen una doctrina coherente y más o menos unitaria, susceptible de aceptación o rechazo global, sino un nuevo tópico bajo el que se desarrollan ideas o argumentos de muy diverso género; algo así como un nombre que designa cosas muy diferentes. Concretamente y dispuestos a resumirlo en pocas palabras, bajo la invocación principialista parece posible adivinar lemas tan diferentes como los siguientes: más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más Derecho que ley, más moralidad que Derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que jacobinismo político; en fin, me parece también que algo menos de relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al Derecho; para decirlo en palabras de Zagrebelsky, un Derecho dúctil en lugar de un Derecho a secas³.

¹ Sin duda, el gran adalid de los principios es R. Dworkin, quien los enarbola como bandera de una nueva concepción del Derecho superadora tanto del positivismo jurídico como del utilitarismo moral, que él concibe como dos caras de una misma moneda. Vid. singularmente *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. En una línea semejante, si bien a mi juicio con planteamientos más meditados, vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón, C.E.C., Madrid, 1993; y también *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994. Una posición mucho más escéptica a propósito de los principios puede encontrarse en la tradición positivista; por ejemplo, en H. Hart, «El nuevo desafío al positivismo jurídico» (1980), *Sistema*, nº36; y en G. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, A. Perrot, Buenos Aires, 1966. De todo ello me he ocupado con más detenimiento en *Sobre principios y normas*, C.E.G., Madrid, 1992, y en *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México (en prensa).

² Aunque cada día está menos justificado distinguir entre teóricos y dogmáticos del Derecho, la división que comentamos en la nota precedente encuentra su reflejo en los juristas más centrados en el estudio del Derecho positivo. Así, un firme defensor de los principios es E. García de Enterría; vid., por ejemplo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984. En cambio, uno de los primeros en advertir sobre los riesgos del principialismo constitucional fue L. Díez-Picazo, «Constitución, ley, juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº15, 1985.

³ Vid. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

1. Ni en el lenguaje del legislador, ni en el de los jueces, ni en el de la teoría del Derecho existe un empleo mínimamente uniforme de la expresión «principios», hasta el punto de que, recordando la terminología de Hart, cabe decir que aquí la «zona de penumbra» resulta más amplia que el «núcleo de certeza». Por ejemplo, reciben el nombre de principios las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales (la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad o el principio de culpabilidad), las que indican los fines de la acción estatal (el bienestar o el pleno empleo), las más vagas o que presentan indeterminado el supuesto de hecho de su aplicación (la igualdad), las que recogen algunos tópicos interpretativos (lo accesorio sigue a lo principal, argumento a fortiori), etc.

Ante una gama tan amplia de significados y sirviendo a tan diversos objetivos, creo que lo más salu-

dable es prescindir del nombre y atender a las cosas que en cada caso pretenden designarse, es decir, atender a los significados que realmente resultan relevantes y que, incluso a veces, pueden no aparecer bajo la denominación de principios. Por eso, las frecuentes polémicas acerca de los principios suelen ser engañosas, ya que en realidad se discute sobre cosas distintas.

Aquí nos proponemos ofrecer sucinta noticia acerca de cuatro grandes problemas conectados al vocablo principios, a saber: si existe un Derecho implícito, si existen diferencias morfológicas dentro del universo de las normas, si algunas técnicas interpretativas justifican que ciertas normas se denominen principios y, si la

moralidad está unida al Derecho a través de alguna clase de normas.

2. Si entendemos literalmente que las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, entonces con toda probabilidad los llamados principios generales aluden a una entidad fantástica. En efecto, si bien es frecuente expresarse en estos términos, cuando se dice encontrar un «principio general» en la Constitución⁴, en la ley o en la jurisprudencia es que justamente ya no estamos en presencia de una norma «principal», sino constitucional, legal o jurisprudencial. Por tanto, necesariamente un «principio general» ha de ser algo distinto; pero ¿cabe algo distinto?.

“Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones”

Desde una concepción positivista del Derecho, la respuesta ha de ser negativa; salvo que creamos en realidades metafísicas y, con ello, abracemos algún género de iusnaturalismo, el Derecho como fenómeno

empírico no puede expresarse más que a través de la ley (en sentido amplio) o de la costumbre (incluida la judicial). Aceptar que existen normas que todavía no son ley (enunciados lingüísticos) ni costumbre (prácticas sociales), equivaldría a reconocer que existe un Derecho carente de una voluntad normativa que lo respalde.

En realidad, bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas⁵. Naturalmente, ello sólo puede mantenerse al precio de reconocer que el razonamiento jurídico no sólo

⁴ Por ejemplo, la temprana STC de 2 de febrero de 1981 habla expresamente de «los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución».

⁵ Vid. R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianfomaggio y E. Lecalcano (eds.), *Etica e diritto. La via della giustificazione razionale*, Bari, p. 173 y s.

sirve para describir el Derecho, sino también para crearlo; reconocimiento que no sólo es problemático para quienes mantengan una separación rigurosa entre voluntad y razón⁶, sino que además colisiona frontalmente con la idea tradicional de que el jurista «encuentra» la norma en alguna de las fuentes del Derecho, sin poner nada de su parte. Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, una caso de creación de Derecho en sede interpretativa.

3. Pero, con independencia de la terminología que se utilice, es evidente que cuando se alude a los principios no siempre se piensa en los principios generales del Derecho tal y como han sido descritos; mejor dicho, casi nunca se piensa en ellos, sino más bien en ciertas normas constitucionales, legales o jurisprudenciales que, no se sabe muy bien por qué, reciben el nombre de principios. Justamente, a propósito de los principios constitucionales se desarrolló en otra época una acalorada polémica acerca de su valor o fuerza jurídica⁷, que hoy puede considerarse por completo superada: los principios recogidos en enunciados normativos tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen, ni más ni menos.

Con ello nos sale al paso un problema ulterior, que es el que ocupa los actuales esfuerzos de la teoría del Derecho: si los principios son normas, ¿merece la pena acuñar una categoría independiente?, la reiterada y casi machacona invocación a los principios que hoy se observa, ¿debe cargarse al capítulo no pequeño de la vacía retórica jurídica o, por el contrario, existe dentro del universo de las normas una tipología específica, la de los principios, diferente del resto de las normas, que llamaríamos entonces reglas?. De entrada, convie-

ne subrayar que aquí ya no cabe la respuesta tradicional de que los principios son las normas más fundamentales, más generales o más vagas, pues tales características son graduales, no permiten trazar una distinción rigurosa y además no tienen por qué concurrir conjuntamente en un mismo enunciado⁸. De ser esta la diferencia, carecería de relevancia alguna.

Quienes sostienen que, dentro del Derecho, existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios (al menos, que la usamos en cierto sentido) y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas. Si, por el contrario se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir Alexy, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho⁹, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.

4. En una aproximación muy elemental cabe decir que la norma jurídica se compone de tres elementos: el llamado supuesto de hecho o determinación fáctica (el que matare, el que comprare), el nexos deóntico o cópula de deber ser (será castigado, deberá pagar) y la determinación o consecuencia jurídica (X años de cárcel, el precio). Pues bien, a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es

⁶ Como advierte Kelsen, «una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez comocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la razón práctica», «Justicia y Derecho natural», en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica del Derecho natural*, trad. de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966.

⁷ De ello da noticia el ya citado libro de G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, p. 111 y s.

⁸ He tratado más ampliamente esta cuestión en *Sobre principios y normas*, citado, p. 56 y s.

⁹ Vid. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, citado, p. 173.

decir aquellas normas que, incluso eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no podemos saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas.

Si no me equivoco, esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que las reglas son cerradas y los principios son abiertos. Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones: «el que matare... salvo que sea menor de edad, actuase en legítima defensa», etc. En cambio, una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede o queda excluida su aplicación¹⁰; por ejemplo, a la luz del art. 14 C.E., es imposible saber cuándo viene exigido un tratamiento igual ni cuándo se autoriza un tratamiento desigual.

En efecto, la igualdad constituye un ejemplo paradigmático de norma abierta, o sea, de uno de los sentidos en que se usa la expresión principio. Los españoles son iguales ante la ley, pero determinar qué elementos o rasgos de hecho obligan a un tratamiento igualitario a ciertos efectos es algo que no nos suministra la norma, sino que requiere un juicio de razonabilidad: «toda igualdad es siempre, por eso relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada», y la fijación de ese *tertium* «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga»¹¹. El principio de igualdad se traduce con ello en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación fáctica a una cierta consecuencia jurídica; las igualdades y

desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir por vía interpretativa igualdades y desigualdades normativas, pues el enunciado literal de la igualdad (art.14) tan sólo nos proporciona una orientación que *siempre* ha de ser completada por el razonamiento jurídico.

Es más, incluso los «criterios prohibidos» (la raza, el sexo o la religión) son también relativos. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta»¹². Se torna más rigurosa, pero en modo alguno deviene superflua: cuando concurre uno de esos criterios no reaparece la subsunción, sino que aún puede justificarse el tratamiento desigual mediante un especial esfuerzo argumentativo; luego tampoco podemos decir con absoluta certeza que los «criterios prohibidos» excluirán siempre una diferenciación normativa¹³.

Ahora bien, esta caracterización, ¿justifica la acunación de una entidad normativa sustancial o cualitativamente distinta?. Algunos lo han negado con distintos argumentos¹⁴; tal vez el más atractivo es que, desde el punto de vista de la interpretación, el esfuerzo argumentativo y el género de valoraciones que son necesarias para eliminar la vaguedad de una regla cerrada no difiere en lo fundamental del que se requiere para «cerrar» un principio abierto¹⁵; determinar que en el caso concreto concurrió legítima defensa porque

¹⁰ En palabras de M. Atienza y J. Ruiz Manero, «en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, (mientras que) en los principios no puede formularse una lista cerrada de los mismos», «Sobre principios y reglas», *Doxa*, nº10, 1991, p. 108.

¹¹ F. Rubio Llorente, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991, p. 12 y s.

¹² STC 81/1982

¹³ He tratado este problema en «Igualdad y minorías», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* [en prensa]

¹⁴ De nuevo me remito al libro *Sobre principios y normas*, p. 33 y s.; también al capítulo XIII de las *lecciones de Teoría del Derecho*, con J. Betegón, M. Gascón y J.R. de Páramo, Librería Popular, Albacete, 2ª ed., 1995.

¹⁵ Vid. J.C. Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991, p. 360.

los medios usado para repeler la agresión fueron adecuados y proporcionados y, por tanto, que queda desplazada la regla que castiga el homicidio, supone también una ponderación no muy distinta de la que se requiere para determinar, también en el caso concreto, que una diferencia normativa resulta adecuada y proporcional a la diferencia de hecho que la pretende justificar.

Pero veámoslo con un ejemplo relativo a la propia igualdad. Que los españoles son iguales ante la ley es un principio abierto, pero que los trabajadores no deben ser discriminados por motivos religiosos parece más bien una regla cerrada (art. 4.2 c. del Estatuto de los Trabajadores), dado que aquí sabemos con certeza el supuesto de hecho (existencia de una relación laboral y pluralidad de credos religiosos) y la consecuencia jurídica

(igualdad de trato). Ahora bien, en la hipótesis de una relación laboral dudosa (por ejemplo, un «mensajero»), la es-

trategia interpretativa puede ser doble: cabe plantear, en primer término, si el sujeto en cuestión es un trabajador o si analógicamente merece ser tratado como tal, en cuyo caso la consecuencia de la regla es clara; pero, aun rechazando la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, todavía cabe plantear si el principio de igualdad es relevante en la relación jurídica del caso, que ya no sería un contrato de trabajo, sino uno civil de arrendamiento de servicios. En otras palabras, eliminar la vaguedad del concepto de trabajador en orden a la prohibición de una discriminación por motivos religiosos me parece del todo equivalente a cerrar la apertura del principio de igualdad a fin de incluir en el mis-

mo a quienes prestan sus servicios en virtud de un contrato de arrendamiento.

5. Un uso por completo diferente aparece en los llamados principios programáticos o directrices políticas, pues aquí la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Un caso ejemplar nos lo ofrece el artículo 49 C.E.: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos...». Es posible conocer perfectamente en qué situaciones es relevante el precepto, los casos de minusvalías¹⁶, pero, en cambio, permanece en la nebulosa qué clase de concreta obligación corresponde a los poderes públicos; éstos han de realizar «una política de previsión...», pero ¿a partir de qué nivel o grado de «empeño político»

cabe decir que el precepto ha sido cumplido?.

Por ello, en esta acepción, los principios son calificados como «mandatos de optimización, que están

caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas»¹⁷. Las posibilidades jurídicas vienen dadas por el hecho de que en el caso concurra o no otra norma de sentido contrario, y de ello nos ocuparemos luego. La indeterminación de lo que Alexy llama «posibilidades fácticas» expresa la peculiaridad de las directrices, a saber: que estas normas no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines cuya plena satisfacción tampoco se exige¹⁸.

Por cierto que también otras normas que no son

“Una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede o queda excluida su aplicación”

¹⁶ Sin duda, también el concepto de minusválido es impreciso y discutible, pero se diferencia del mandato de igualdad en que, eliminada la vaguedad, el precepto constitucional se aplica a un universo finito de personas o situaciones.

¹⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 86.

¹⁸ Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, «sobre principios y reglas», citado, p. 110.

directrices sugieren una posibilidad de graduación; así las que exigen una determinada diligencia o las que sancionan la negligencia es evidente que admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo, la diferencia estribaría en que estas últimas normas requieren siempre para cada caso un exacto nivel de cumplimiento, con independencia de que resulte difícil fijarlo: o se actuó con la diligencia debida o no se actuó diligentemente. Las directrices, en cambio, no requieren un grado preciso de cumplimiento¹⁹.

6. En líneas generales, cabe decir que los principios entendidos como normas abiertas expresan derechos, son justiciables o propios de la jurisdicción, mientras que los principios como mandatos de optimización expresan intereses y son propios de la política o legislación. Los primeros despejan el interrogante de «qué debemos hacer» aunque resulte indeterminado cuándo debemos hacerlo, mientras que los segundos ni siquiera informan de la concreta acción debida y, por tanto, no imponen una genuina obligación. Pretender la aplicación de un principio abierto es invocar un derecho y la tarea de «cerrarlo» es una tarea típicamente judicial ya que viene a concretar el supuesto de hecho al que es aplicable una norma ya existente. Pretender la aplicación de una directriz es defender un interés o programa político, pues supone que se dicte una norma que establezca los medios para alcanzar un fin valioso.

Desde luego, esto no significa que las directrices no puedan ser tomadas en cuenta por la jurisdicción; el propio artículo 49 lo es en la sentencia re-

lativa a la despenalización del aborto²⁰; el principio «promocional» del artículo 9.2 aparece invocado como fundamento de la asistencia gratuita de letrado²¹; el principio de «protección frente a la necesidad» sirve nada menos que para considerar caduco un modelo de Seguridad Social basado en criterios contributivos²², etc. Sin embargo, de aquí no cabe derivar un reconocimiento genuino de pretensiones subjetivas a partir únicamente de las directrices constitucionales²³, pues, entre otras cosas, ello representaría una intromisión exorbitante de la Justicia en el ámbito de discrecionalidad legislativa²⁴. El Tribunal Constitucional así lo ha manifestado con insistencia: «es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional (la protección de la familia), sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado²⁵; los poderes públicos han de mantener un régimen de Seguridad Social (art.41), pero «disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema»²⁶.

Por ello, y aun cuando serían precisas mayores matizaciones, cabe decir que las directrices o mandatos de optimización sirven más para justificar y «defender» ciertas normas ya existentes que para exigir que se dicten otras nuevas; ofrecen cobertura a la política del legislador o del gobierno, pero no imponen ninguna política concreta. Sin duda, en ello influye la incapacidad del Tribunal Constitucional (a veces desmentida) para operar como un legislador positivo²⁷, pero creo que tam-

¹⁹ Por eso, cabe decir que las directrices no son «conceptos jurídicos indeterminados», al menos tal y como estos aparecen perfilados por la doctrina. Vid., por ejemplo, E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Civitas, Madrid, 1974, p. 35 y s.; F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

²⁰ STC 53/1985

²¹ STC 42/1982

²² STC 103/1983

²³ Y esto es lo que, a mi juicio, quiere decir el art. 53, 3º C.E. cuando, con una redacción no muy afortunada, afirma que los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III, Título I C.E.) «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

²⁴ Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.410 y s.

²⁵ STC 222/1992

²⁶ STC 37/1994

²⁷ Vid. M. Gascón, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994.

bién la indeterminación de la consecuencia u obligación jurídica que caracteriza a estos preceptos: que el «pleno empleo» sea un objetivo constitucional proporciona cobertura a ciertas políticas que acaso puedan lesionar otros derechos o intereses, y que resultarían intromisiones injustificadas de no existir ese principio-directriz, pero en puridad no obliga a desarrollar ninguna concreta política.

7. Según una cierta opinión, no incompatible con las anteriores, la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en 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 preferencia a uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas «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»²⁸. Hasta tal punto esta idea se considera fundamental que algunos piensan que, si en una colisión entre principios, uno de ellos no es siquiera tomado en consideración, tampoco cabe decir que es aplicado el otro principio: «en realidad viene aplicada una regla»²⁹.

Este argumento ha sido particularmente desarrollado por Alexy. El autor alemán insiste en que un conflicto de reglas sólo admite una de estas dos soluciones: o bien se declara inválida una de las reglas, o bien se introduce una cláusula de excepción que elimine el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra; en cambio, una colisión entre principios no

se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general. Ciertamente, esto no significa que se apliquen simultáneamente ambos principios, sino sólo que «bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de otra manera»³⁰. Pero, ¿cómo decidir en cada caso?. La respuesta encierra el núcleo de la distinción entre reglas y principios: el conflicto se resuelve mediante la «ley de colisión», que es la ponderación, es decir, «teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una «relación de preferencia condicionada»³¹; pues si se estableciese una relación de precedencia absoluta o incondicionada estaríamos en realidad formulando una excepción a una de las normas, que sería, por tanto, una regla.

Veámoslo con más calma. Imaginemos la norma (N1) que reconoce la libertad de expresión y la norma (N2) que obliga a todos a guardar el debido respeto a las autoridades. Es obvio que tales normas pueden entrar en colisión (así, en el delito de desacato). Pues bien, si aceptamos un criterio de precedencia que *siempre* otorgue prioridad a N1 o N2 nos hallaremos ante un conflicto de reglas y dicho criterio equivaldrá, en realidad, a una excepción: rige N1, salvo que se dé N2; o rige N2, salvo que se dé N1. En cambio, si aceptamos que en ciertos casos prevalece N1 y que en otros lo hace N2, entonces nos encontramos ante una colisión de principios, que debe solucionarse mediante la ponderación a la vista de las condiciones concretas. Lo que nos lleva a la siguiente conclusión: lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos: si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante

²⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, p.78.

²⁹ L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, p.117.

³⁰ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.89.

³¹ *Ibidem*, p.92.

una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio. Y conviene advertir que en el ejemplo propuesto hay *además* problemas de vaguedad que no deben confundirse; cabe discutir si el hecho en cuestión ofende al debido respeto, pero la cuestión de los principios aparece luego: dando como «probado» que el hecho en cuestión constituye ejercicio de la libre expresión y que simultáneamente ofende el debido respeto a la autoridad, las normas respectivas serán reglas si una se impone como excepción a la otra; y serán principios si depende de una ponderación de las circunstancias del caso.

Vistas así las cosas, el argumento comentado resulta inatacable, pero quizás un tanto estipulativo. Es inatacable porque el criterio de preferencia sólo puede funcionar de alguna de las dos maneras enunciadas; no cabe una tercera posibilidad: o entendemos que N2 fun-

ciona *siempre* como excepción a N1, o entendemos que en algunos casos puede prevalecer N1. Pero parece también estipulativo porque, desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente llamamos principios pueden funcionar como reglas; y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios. Un derecho fundamental puede operar como regla en tanto no entra en colisión con otro derecho fundamental, en cuyo caso se transforman ambos en principios, como luego ilustraremos recordando la jurisprudencia a propósito del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. A su vez, un principio se transforma

en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez y, como reconoce Alexy, esto es lo que ocurriría si en el ordenamiento alemán (o español) se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial³². Asimismo, paradójicamente, un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto. Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto su orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo, «se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público». Desde luego, aquí hay un problema de vaguedad del lenguaje gracias al cual se puede «ponderar», y mucho, qué es la libertad ideológica y qué es orden público; pero, decidido que una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho³³.

“Un derecho fundamental puede operar como regla en tanto no entra en colisión con otro derecho fundamental, en cuyo caso se transforman ambos en principios”

8. Que entre reglas y principios exista una diferencia fuerte y cualitativa o, por el contrario, débil y

cuantitativa acaso resulte el objeto de un debate meramente académico, si bien creo que la opción se conecta con el transcendental problema de las relaciones entre Derecho y moral, como veremos en el punto 10. De momento, conviene recordar que, cualquiera que sea la fuerza de la distinción, ésta puede presentarse en términos estructurales o interpretativos.

Desde la primera perspectiva, la categoría de los principios sólo tiene interés para referirse a las normas fragmentarias o incompletas, bien en el supuesto de hecho (principios como normas abiertas), bien en la consecuencia jurídica (princi-

³² Ibidem, p. 105. Vid. también F. Puigpelat, «Principios y normas», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, p. 241.

³³ En la práctica no sucede así y los límites expresos a los derechos fundamentales no suelen ser tratados como cláusulas de excepción, sino más bien como colisiones que exigen ponderación en cada caso. Me remito a mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, p. 146 y s.

pios como mandatos de optimización). Como ya se ha dicho, me parece muy discutible que convenga trazar una frontera nítida entre la «apertura» de los principios y la «zona de penumbra» de las reglas, pues en ambos supuestos se requiere un esfuerzo interpretativo semejante para determinar si el caso que tenemos ante nosotros forma parte o no del campo de aplicación de la norma. Sea como fuere, de admitirse la diferencia, los principios en este sentido vendrían a ser las normas situadas en el extremo de la penumbra, es decir, aquellas cuya concreción exige un mayor protagonismo por parte del intérprete. En suma, la «apertura» de los principios representaría una suerte de delegación consuetudinaria o legal a fin de que sea el juez quien fabrique la premisa mayor de su razonamiento; representaría, por tanto, un fortalecimiento de la posición del intérprete.

La diferencia estructural o morfológica se hace más patente en la segunda acepción, es decir, en las directrices o mandatos de optimización, cuya fragmentariedad afecta a la consecuencia jurídica: unas normas, las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual. Sin embargo, esta forma de entender los principios resulta algo sorprendente y paradójica frente a la anterior, pues supone que, a la postre, los principios volverían a ser, como antaño, las normas «menos» obligatorias, dado que toleran una diversidad de conductas, y también las más inaccesibles para el juez. Dicho trivialmente, los principios marcarían las fronteras (o una de las fronteras) de la inmunidad de la política frente al Derecho, lo cual es casi contraituitivo en una cultura jurídica que tiende a ver en los principios las mejores defensas y argumentos en favor de los derechos frente al poder.

Finalmente, en términos interpretativos la dife-

rencia es también clara: el conflicto entre reglas se resuelve de modo distinto a como se resuelve el conflicto entre principios. Pero nótese que aquí se viene a defender la existencia de una separación al precio de reconocer que no existe diferencia alguna *antes* del proceso interpretativo, más en concreto, antes del conflicto entre normas. Pues, en efecto, recuérdese que un enunciado normativo puede operar bien como regla, bien como principio; con lo cual la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación. Esta acepción no deja de ser también sorprendente desde el punto de vista del lenguaje de los juristas, pues lo que se viene a decir es, no que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios.

9. La diferencia entre reglas y principios cobra toda su transcendencia en la que venimos llamando sede interpretativa, pues aquí se sugiere una forma de razonamiento abiertamente superadora de la subsunción que, además, en determinadas circunstancias resulta aplicable a toda norma; en concreto, cualquier norma puede operar como principio cuando su colisión con otra norma se resuelve de determinada manera. En el fondo, esto es aceptado por los más ardientes defensores de la teoría de los principios³⁴, pero quizás nadie lo ha expresado con la contundencia de Gianformaggio: «la diferencia entre regla y principio surge *exclusivamente* en el momento de la interpretación-aplicación»³⁵.

No es ocasión de examinar con detenimiento los problemas de la ponderación, pero creo que se puede afirmar que su importancia en el Derecho actual se explica por el especial carácter del

³⁴ Así R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, p. 79; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 103; de este último también «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, nº 5, 1988, p. 143.

³⁵ L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, citado, p. 98.

constitucionalismo de postguerra, que ha dado entrada a un amplísimo contenido material o sustantivo de principios y derechos fundamentales tendencialmente contradictorios, donde el modelo tradicional de resolver las colisiones entre reglas resulta inservible. La conservación *íntegra* de la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogeneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución. Zagrebelsky lo explica muy bien: «las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios»³⁶ y precisamente por ello las Constituciones de nuestros días no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios, sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios; «el único valor *simple* es el de la atemperación necesaria... el de la necesaria coexistencia de los contenidos»³⁷, y no otra cosa viene a garantizar la ponderación en el plano aplicativo.

Pero la técnica de la ponderación presenta una consecuencia sobresaliente, y es que fortalece la posición del juez, de todo juez y no sólo del juez constitucional: allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, *sólo* en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad. El conflicto entre derechos fundamentales constituye un caso paradigmático del conflicto entre principios; así, por ejemplo, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y la

libertad de expresión no existe una frontera nítida, de manera que una cierta conducta haya de quedar incluida necesariamente en el ámbito de la libertad o en el del tipo penal protector del honor ajeno; al contrario, la conducta puede ser simultáneamente ambas cosas, ejercicio de un derecho y acción delictiva, sin que entre ambas normas exista una relación de preferencia con carácter general, de modo que una vez entrado en juego el tipo penal quede siempre desplazada la protección constitucional de la libertad. Por ello, dice el Tribunal Constitucional, «se impone una necesaria y casuística ponderación» que en el caso concreto otorgará preferencia a una u otra norma con el único límite de que la decisión final «hubiese sido claramente irrazonada»³⁸.

Aquí reside, si no me equivoco, el temor que muchos albergan a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, ponderación no equivale a ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más «libre» que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto. Permítaseme un ejemplo sugerido por la lectura de una reciente sentencia del Tribunal Supremo³⁹.

Espero que nadie ponga en duda que el artículo 582 del Código civil es una regla⁴⁰, aunque una regla que en algunos casos puede tener unos efectos desproporcionados, ya que obliga al cierre de

³⁶ G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, citado, p. 109 y s.

³⁷ *Ibidem*, p. 17.

³⁸ STC 104/1986

³⁹ Lectura que debo agradecer, así como sus atinadísimos comentarios, al profesor Angel Carrasco. Se trata de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1995.

⁴⁰ «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ni otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad».

todas las ventanas de un edificio o simplemente a su demolición. Por ello, la jurisprudencia tradicional elaboró la doctrina de la accesión invertida que, con el requisito de la buena fe, venía a tolerar la infracción del precepto sobre la base de una presunta laguna legal. Dicha laguna desde luego no existía, pero resultaba indispensable construirla como paso previo para resolver el caso de modo equitativo, acordando una indemnización en compensación por la invasión de la propiedad, que quedaba así consolidada. Pues bien, la sentencia de referencia, «por más que resulten dolorosas las consecuencias», se decide por la aplicación estricta del art. 582, ordenando el cierre de todas las ventanas. ¿Cabía una argumentación distinta? Me parece claro que sí: bastaba con plantear el pleito como un caso de colisión entre dos principios, el derecho de propiedad y el derecho a una vivienda

digna. Pensemos en el adquirente de buena fe de uno de los pisos del edificio, ¿acaso no puede enarbolar su derecho a la

vivienda frente al derecho de propiedad del titular del edificio vecino?. Es fácil imaginar que un juez ligeramente más activista que el Tribunal Supremo (al menos, en esta sentencia) hubiera atendido ese planteamiento para seguir luego el camino de la ponderación y desembocar finalmente en cualquier solución.

Pero me temo que esto puede ocurrir en cualquier conflicto. Detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios; detrás de cada precepto del Código civil (o casi) encontramos bien el principio de autonomía de la voluntad, bien el derecho de propiedad, pero frente a ellos un sistema principialista como el nuestro proporciona el derecho al trabajo, a la sa-

lud, a la vivienda, al medio ambiente, la «función social» de la propiedad, etc. En suma, la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte. Por ello, no sé si será exagerado decir que los principios convierten a los jueces en los señores del Derecho, aunque tampoco parece casual, y es sólo un ejemplo, que el Hércules de Dworkin sea un juez y no un legislador.

Este abandono, que parece irreversible, de los planteamientos simplistas mantenidos por un cierto positivismo teórico, explica la necesidad y la urgencia de afinar los instrumentos de justificación de las decisiones. La afirmación de que «la

doctrina de la interpretación es el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional»⁴¹, creo que podría hacerse extensible al conjunto del orde-

namiento: en la medida en que ideas hoy tan presentes en nuestra jurisprudencia como razonabilidad, ponderación, prohibición de exceso, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad desplazan al modelo de la subsunción, el centro de gravedad del Derecho se desplaza también de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez.

La justificación racional representa una condición de validez, pero, sobre todo, de legitimidad de las decisiones. Es una condición de validez por cuanto la motivación es hoy una exigencia constitucional, acentuada en algunos casos especiales, como en el del abandono del propio precedente⁴²; pero

“Detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios”

⁴¹ F. Rubio Llorente, «Problemas de la interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3-4, p. 40.

⁴² Vid. M. Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

es todavía una condición tímida o débil ya que, salvo en casos extremos de falta de racionalidad, una decisión judicial mal fundamentada sigue siendo una decisión judicial; en palabras de Alexy, una buena justificación califica pero no define a la función judicial⁴³. No la define, pero resulta imprescindible para hacerla socialmente aceptable. En la aplicación de principios, o sea, en la aplicación de cualquier norma bajo la técnica de los principios el juez asume un papel mucho más protagonista o creativo que en la aplicación de reglas, según presentaba esta última la doctrina tradicional; y de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder, como dice Taruffo, «sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional» de las opciones adoptadas⁴⁴.

En suma, el control social sobre la actividad de interpretación y aplicación del Derecho se manifiesta sólo en aquella sociedad en que existe una distinción de funciones entre quien formula la norma y quien la aplica; la distinción no es absoluta, pero se expresa en que, así como al legislador se le exige principalmente autoridad, el juez debe responder ante todo de la forma en que ejerce su actividad⁴⁵. El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el intérprete se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le debe poder controlar a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica resulte viable es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables. La idea de que *auctoritas, non veritas facit legem* vale sólo (y últimamente tampoco del todo en el Estado constitucional) para el legislador. La verdad, transfor-

mada hoy en una más modesta racionalidad argumentativa, representa el fundamento de las decisiones judiciales.

10. Que no existe una relación necesaria o conceptual entre Derecho y moral, que el Derecho puede y debe ser tratado como un fenómeno social específico caracterizado por el uso de la fuerza, que resulta viable y fructífera una aproximación neutral, externa o no comprometida al conocimiento jurídico y, en suma, que la obligación moral de obediencia no representa un elemento definicional del peculiar orden normativo que llamamos Derecho, constituyen arraigadas tesis positivistas⁴⁶ que hoy parecen hallarse en franco retroceso en amplios sectores tanto de la dogmática jurídica como de la teoría del Derecho⁴⁷. Los argumentos son variados, pero uno de los más divulgados tiene mucho que ver con los principios; y es que éstos serían el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia.

Sin embargo, el papel que aquí pueden jugar los principios es presentado de distintos modos. La versión más extrema encuentra su origen reciente en Dworkin o, al menos, en una cierta interpretación que admite el autor norteamericano. Diría así: en el Derecho existen principios que «no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo»⁴⁸, sino que se integran en el sistema jurídico en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado. La doctrina del Derecho natural se muestra así con sus más claros perfiles: parece haber una moralidad objetiva, universal y cognoscible que

⁴³ R. Alexy, «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», trad. de P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 55.

⁴⁴ M. Taruffo, «La giustificazione delle decisioni fondate su standards», en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

⁴⁵ Vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 67 y s.

⁴⁶ Vid., por ejemplo, N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, p. 9 y s.

⁴⁷ He tratado la cuestión en *Constitucionalismo y positivismo*, citado.

⁴⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, p. 94.

tiene en sí misma relevancia jurídica; por tanto, los principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho⁴⁹.

Pero parece evidente que este enfoque se hace acreedor a cuantas críticas se hayan podido formular a la doctrina del Derecho natural. Una versión algo más moderada podría presentarse así: bajo la apelación a los principios se recogen siempre normas o criterios de moralidad, ya aparezcan expresamente reconocidas en la Constitución o en las leyes, ya se obtengan por inducción de algún sector normativo (los ya comentados principios generales del Derecho), ya encarnen alguna filosofía moral o política que se supone subyace al conjunto del sistema. Esta tesis es, sin duda, cierta, pero también perfectamente inútil, ya que esa moralidad expresada a través de los principios puede ser cualquier moralidad social, incluso una abiertamente inicua; la igualdad es un principio, pero también puede serlo el apartheid; es un principio la libertad de conciencia, pero también lo ha sido la unidad religiosa de la patria.

Alexy es consciente de estas dificultades y por ello formula una tercera versión del papel moral de los principios: éstos no garantizarían la presencia en el Derecho de una moral correcta, dado que pueden resultar claramente inmorales, pero sí el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica⁵⁰. Esta idea, dice Alexy, no es vacía, pero la verdad es que se

aproxima bastante a la vacuidad, pues si bien parece siempre preferible el desarrollo de una argumentación compleja como la que propician los principios antes que una decisión carente de cualquier esfuerzo fundamentador, la argumentación en sí misma no puede garantizar un resultado moralmente plausible si toma como premisas principios que no lo sean. A lo sumo, tan sólo cabría decir que el género de razonamiento que parece exigir la aplicación de principios resulta mejor o más depurado que el método de la subsunción característico de la aplicación de reglas, pero en modo alguno que la existencia de principios suponga una conexión necesaria o fuerte entre el Derecho y la moral; salvo, claro está, que se reduzca el Derecho a puro procedimiento aplicativo.

En suma, pese a las apariencias, la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad. Los principios, si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o el demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se deduzca del juicio crítico o racional sobre el contenido de los mismos. Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico. D&S

⁴⁹ Con todo, me parece que no es ésta la más correcta interpretación de Dworkin, quien últimamente parece haber renunciado a una teoría general del Derecho, como lo fue el iusnaturalismo, para ensayar una especie de dogmática constitucional norteamericana «exportable» a otros sistemas jurídicos análogos considerados globalmente justos o legítimos. He tratado este punto en «cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales de Valparaíso*, n.º 38, 1993, p. 70 y s.

⁵⁰ R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, citado, p. 84.