

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Ramón Ruiz Ruiz

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén (España)
ramonrr@ujaen.es

I. Introducción.

No todas las normas que integran un determinado Ordenamiento jurídico son iguales, sino que éstas pueden ser de muy distinto tipo y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios. Así, por ejemplo, el Derecho español distingue entre Constitución, leyes y reglamentos, y dentro de estos grupos, a su vez, entre ley orgánica y ley ordinaria, decreto-ley, decreto legislativo, real decreto, orden ministerial, etc. Pero existen también criterios doctrinales de clasificación de las normas, entre los que los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart.

Así, Kelsen¹, como es sabido, distingue entre normas primarias y normas secundarias: las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción, en tanto que las primarias son las que determinan esta sanción. Ciertamente, se puede afirmar que las normas jurídicas contienen dos expresiones del “deber ser”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta debida, y otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en el caso de que la primera norma sea incumplida. Por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal español, que prescribe que “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años” estaría compuesto, en realidad, por dos normas: a) no se debe matar; y b) quien mate a otro debe ser condenado a una pena de 10 a 15 años de prisión. La primera de estas normas, que describe la conducta antijurídica, es dependiente de la norma sancionadora, que es la que le otorga la eficacia.

¹ Vid. Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983, págs. 71 y 72.

Para Hart², por su parte, el Derecho puede ser caracterizado como un conjunto de dos tipos de normas: normas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y normas secundarias, que son las que especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento (normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación).

Ahora bien, junto a estas clasificaciones de las normas, existe otra que las divide en *reglas* y *principios*. Se trata, también, de una distinción doctrinal, que no aparece reflejada ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, pero que tiene una gran importancia para la Teoría del Derecho. Conviene recalcar que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, si bien, como veremos, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación, y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Por otra parte, como señala Zagrebelsky, “por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”³; sin embargo, la Constitución también contiene reglas⁴, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella⁵.

No obstante, esta cuestión no es pacífica, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso, por ejemplo, de L. Prieto Sanchís.

Nos encontramos, así, ante uno de los temas más profusamente discutidos en la Teoría del Derecho de las dos últimas décadas. El debate se inició con un artículo de Ronald Dworkin aparecido en 1967 titulado “¿Es el Derecho un sistema de reglas?” Que posteriormente fue incluido, como segundo capítulo, en su obra *Los derechos en serio*⁶. Ahora

² Vid. Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 116 a 120.

³ Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pág. 109.

⁴ Por ejemplo, el artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

⁵ Por ejemplo, en el artículo 7.1 del Código civil: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

⁶ Vid. Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

bien, como señalan Atienza y Ruiz Manero⁷, los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de Dworkin, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta, y las de Josef Esser en Alemania en los cincuenta –quien formuló ya una distinción entre principios y reglas–, junto con las de Norberto Bobbio en Italia o las de Eduardo García de Enterría en España⁸. Sin embargo, fue Dworkin quien, con su crítica al positivismo jurídico inició verdaderamente un debate –que aún continúa– con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre Derecho y moral y en la argumentación jurídica.

2. Características de los principios jurídicos.

El concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero⁹, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de *conceptos jurídicos indeterminados*; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Ahora bien, como señalan los autores citados, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas. Un ejemplo sería el artículo 51 de la Constitución española: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁷ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n° 10, 1991, pág. 101.

⁸ Vid. Orozco Henríquez, Jesús: “Consideraciones sobre los principios y las reglas en el Derecho electoral mexicano”, en *Isonomía*, n° 18, abril de 2003, pág. 139. Por su parte, César Arjona sostiene que la tesis según la cual en el sistema jurídico existen principios, que son normas tan obligatorias jurídicamente como las reglas pero distintas a las mismas, fue ya formulada por Roscoe Pound quien, en este punto, ejerció una influencia directa sobre Dworkin (vid. Arjona, César: “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, en *Doxa*, n° 26, 2003, pág. 393).

⁹ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 103.

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta¹⁰. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos¹¹. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma¹². Un ejemplo paradigmático de principio que reúne las características de fundamentalidad, generalidad y vaguedad es el artículo 6 de la Constitución española de 1812: “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”.

3. Principios implícitos y principios explícitos

Los principios jurídicos, por su parte, pueden clasificarse en función de distintos criterios, si bien el principal es aquél que distingue entre principios explícitos e implícitos –comúnmente conocidos como *principios generales del Derecho*–. Los primeros son aquéllos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del Ordenamiento jurídico –si bien, como veremos, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del Derecho Natural–.

Estos principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas; o, como lo ha

¹⁰ Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y, en fin, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

¹¹ Así, por ejemplo, el art. 9.3 C.E. declara que: “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; ahora bien, son numerosos los comportamientos que pueden ser tachados de arbitrarios y muchas también las formas en que éstos pueden ser interdictos.

expresado el Tribunal Constitucional Español, “los principios generales del derecho, no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores, los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias”¹³. Todo esto plantea distintos problemas desde el punto de vista de su juridicidad o de su integración en el Derecho, así, como del ámbito de discrecionalidad que permiten a los operadores jurídicos.

Problemas que se acentúan si tenemos en cuenta, como ya se ha señalado, que la doctrina tradicional defiende que tales principios han de conectarse con el Derecho natural y los sitúan, por tanto, más allá del Derecho positivo. Ciertamente, como indica Díaz Roca¹⁴, la doctrina oscila en torno a estas dos posturas básicas: la iusnaturalista, para la que equivalen pura y simplemente al Derecho natural, siendo así normas que no tienen una formulación positiva ni están sancionadas por ninguno de los poderes del Estado, pero tienen una indudable vigencia y virtualidad como expresiones de verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón; y la positivista, que sostiene que los principios implícitos sirven de fundamento a un Derecho positivo dado, pero que no tienen carácter metajurídico, sino que se obtienen mediante un proceso de abstracciones lógicas sucesivas de ese propio Derecho positivo.

Sin embargo, en nuestros días, esta discusión es más teórica que práctica, pues en la realidad, unos principios del Derecho natural no podrán ser invocados más que en la medida en que coincidan sustancialmente con los principios básicos del Ordenamiento vigente. Así, la postura que hoy parece más convincente es la defendida, por ejemplo, por Rafael de Asís, para quien “los principios implícitos son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas. Se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y (...) su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen”¹⁵. En este sentido, los principios generales del Derecho estarían relacionados bien con normas jurídicas, bien con decisiones jurisprudenciales; ésta es, además, como señala el citado autor, la visión que se identifica con la utilización que de ellos hacen los jueces y tribunales.

¹² Por ejemplo, en relación con el artículo citado arriba, no siempre es fácil juzgar si una determinada acción de un funcionario público puede ser considerada o no como arbitraria.

¹³ STC 290/2000, de 30 de noviembre (voto particular de Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Rafael de Mendizábal Allende).

¹⁴ Vid. Díaz Roca, Rafael: *Teoría General del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 229.

¹⁵ Asís Roig, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 69.

En cualquier caso –y a pesar de lo anterior– como señala Rodríguez Calero¹⁶, es importante subrayar que los órganos jurisdiccionales crean nuevas normas a través de esta racionalización de las normas jurídicas que forman parte del sistema jurídico. No se trata, por tanto, de un enunciado normativo a interpretar, sino de la creación de una nueva norma jurídica que ha de resolver un supuesto no regulado. Esto puede generar dudas respecto a la legitimidad judicial pues, tal y como advierte M. Saavedra, este proceso no puede ser ya concebido como la puesta en marcha de una investigación dirigida a obtener una respuesta del Derecho para un caso conflictivo que se supone regulado expresa e implícitamente por él. “Esto es –continúa– lo que el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen del juez: sumisión exclusiva al imperio de la ley y a unos determinados criterios metodológicos. Pero si en el proceso de obtención judicial del Derecho intervienen otros elementos, más aun, si esos elementos se incrustan en dicho proceso desde su raíz, condicionando el recurso a unos u otros métodos, orientando la búsqueda del significado de las normas y del sentido de los hechos, e incluso dirigiendo las construcciones doctrinales y dogmáticas, entonces al juez le corresponde, como artífice de la decisión, una responsabilidad que no cabe trasladar exclusivamente a la ley. Y ello ocurre aunque actúe correctamente, es decir, aunque actúe como el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen de él”¹⁷.

En respuesta a esta objeción, se suele aducir que si bien los principios implícitos son contruidos por el intérprete, lo cierto es que éste no goza de libertad absoluta en su elaboración, pues ha de tener en cuenta el conjunto de normas que forman parte del sistema jurídico y si se produce un cambio normativo en la regulación de una determinada materia, el intérprete se ve compelido a establecer una racionalización de esa nueva legislación fijando un principio jurídico que haga coherente ese conjunto de reglas entre sí y con respecto al resto del Ordenamiento. Además, como hemos visto, la creación de estos principios jurídicos como normas del Derecho está generalmente vinculada a la aparición de una laguna jurídica, por lo que sólo son aplicables en caso de inexistencia de una norma concreta que regule el supuesto planteado.

¹⁶ Vid Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 112.

¹⁷ Saavedra, Modesto: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994, pág. 85.

No obstante, a juicio del ya citado Rodríguez Calero¹⁸, los principios generales del Derecho dejan espacio a la discrecionalidad del operador jurídico. En primer lugar, porque la determinación de que un supuesto no encuentra una respuesta en las normas concretas del Ordenamiento, reglas o principios explícitos, entraña una valoración en cierta medida discrecional, pues el operador podría optar por utilizar mecanismos interpretativos que implicaran la búsqueda de respuestas en los propios enunciados del mismo. En segundo lugar, porque una vez que considera que existe una laguna jurídica y que no hay una norma que provea una respuesta, puede optar por utilizar alguno de los otros métodos de integración jurídica, y a la hora de justificar por qué se usa este método y se desecha otros cabe también cierta discrecionalidad. A continuación se ha de llevar a cabo la racionalización de las normas jurídicas de parte del Ordenamiento o de todo él, lo cual implica asimismo una actividad subjetiva. Por último, también puede ocurrir que dos o más racionalizaciones de las normas jurídicas sean igualmente plausibles pero ofrezcan soluciones distintas; en estos casos el juez ha de evaluar las circunstancias del caso y, fundamentalmente, las consecuencias que se desprenden de la adopción de cada principio jurídico, lo cual implica también una amplia discrecionalidad. En definitiva, en todos estos momentos existen espacios de libertad en los que el operador puede elegir entre una u otra posibilidad, si bien es cierto que tendrá que justificar cada una de sus decisiones.

Precisamente por esto –advierte Javier Ansuátegui–, porque a la hora de tomar una decisión fundamentada en los principios explícitos “el juez va a utilizar elementos diferentes a los que el legislador ha puesto de manera explícita en sus manos, es preciso redoblar los controles de su actividad (...) desde el momento en que la referencia al aséptico silogismo es insuficiente, hay que ir más allá. Hay que someter al juez a exigencias de legitimación que afectan directamente no sólo al sentido de su decisión, sino al desarrollo del proceso a través del cual ha tomado esa decisión, ha ejercido en definitiva su función. Por eso las exigencias argumentativas que se imponen al juez son especialmente graves”¹⁹.

4. La distinción entre reglas y principios: el enfoque estructural y el enfoque funcional.

¹⁸ Vid. Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, cit., págs. 118 y 119.

¹⁹ Ansuátegui, Javier: “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma”, en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 554.

La cuestión de la distinción entre reglas y principios puede ser abordada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional. Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero²⁰ se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

Así, si consideramos a las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquéllos.

En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. “Razones perentorias” quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias

Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones 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. Los principios implícitos, por su parte, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del contenido; no son

²⁰ Vid. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 11 a 15

perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido.

El enfoque estructural, por su parte, puede plantearse de la siguiente manera: “aceptado que las reglas pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución (...) ¿puede decirse lo mismo de los principios?; esto es, se trata de ver si los principios tiene la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios”²¹.

Respecto a esta cuestión, Aarnio²² sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios, pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La “tesis fuerte de la separación”, según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos. Conforme a la “tesis débil de la separación”, en cambio, reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia y existe entre ellas una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, si no tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.

5. La tesis de Ronald Dworkin

Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte de la separación y, como hemos visto, el principal promotor del debate respecto a la distinción entre reglas y principios. Éste construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de H.L.A. Hart, a quien acusa de concebir el Derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su *pedigree*). Sin embargo, según aquél, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece

²¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, n° 10, 1991, pág. 107.

²² Vid. Aarnio, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 4, 2000, pág. 539.

haber olvidado. La crítica de Dworkin es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de la discreción judicial.

Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral –ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica–, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que Hart denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para Dworkin esta tesis no se sostiene, puesto que el Ordenamiento jurídico esta integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Ciertamente, para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre Derecho y moral–.

No obstante, esta crítica al positivismo jurídico ha sido contestada ampliamente por distintos juristas. Así, como escribe Gregorio Peces-Barba, los valores, los principios y los derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el Derecho: el Derecho legal y el Derecho judicial. Por tanto, “no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y yo la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad (...). Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorporan al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista”²³.

²³ Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Prólogo” a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, pág. 13.

Por su parte, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada a juicio de Dworkin por dos razones. Primero, porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así, el principio *nullum crimen sine lege praevia*). Ambos problemas pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del Ordenamiento jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta.

Dos son, por otro lado, los criterios de distinción entre reglas y principios que propone Dworkin²⁴. Para dar cuenta del primero, recurre al ejemplo de una sentencia dictada en 1889, cuando un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el caso *Riggs v. Palmer*, si una persona que había asesinado a su abuelo debía tener derecho a recibir la herencia de éste al haber sido designado heredero en su testamento. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que “es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el tribunal continuaba señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del Derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. Como consecuencia de este razonamiento el tribunal falló que el asesino no recibiera la herencia.

Para Dworkin, la segunda norma que aparece en este ejemplo no es del tipo que consideramos como reglas jurídicas, pues es muy diferente de proposiciones como “la

²⁴ Vid. Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, cit., págs. 75 a 78.

velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora” o “un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos”. Así, si bien concede que ambos tipos de normas –las reglas y los principios– apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, no obstante difieren en el carácter de la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas: si los hechos que estipula una norma de este tipo están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso, la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión²⁵.

Sin embargo, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro Derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permita que un hombre se beneficie de las injusticias que comete; de hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio, a juicio de Dworkin, es el de la usucapión: si penetro reiteradamente en una finca ajena, algún día tendré el derecho de atravesarla siempre que quiera. Sin embargo, no consideramos que estos ejemplos demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico ni que sea incompleto.

Ciertamente, un principio como el arriba formulado no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación; más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de una acción ilegal que cometió para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Pero puede haber otros principios que apunten en dirección contraria y, en tal caso, es posible que aquel principio no prevalezca; pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en otros supuestos, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. En definitiva, cuando decimos que un

²⁵ Este rasgo de las reglas se puede advertir con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan éstas, no sólo en el Derecho, sino también en cualquier otra actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. Así, por ejemplo –continúan el razonamiento de Dworkin– en el béisbol, una regla establece que si el bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego; pues bien, no sería coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir, al mismo tiempo, que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de Derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecuan bien al modelo: si la exigencia de los tres testigos es una regla jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La regla puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla sin enumerarlas.

determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que eso quiere decir es que las personas facultadas para su aplicación deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La segunda diferencia que Dworkin establece entre las reglas y los principios tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los segundos pero de la que carecen las primeras: la dimensión de peso o importancia. Así, cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión, esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, otras reglas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior o algo similar.

6. Robert Alexy: los principios como “mandatos de optimización”

Alexy²⁶, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Establece dos criterios de diferenciación que se asemejan, hasta cierto punto, a los propuestos por Dworkin. No obstante, Alexy duda de la solidez del primero de los criterios de éste (recordemos, que las reglas, a diferencia de los principios, son aplicables en la forma “todo-o-nada”), puesto que opina que es posible que, con ocasión de la decisión en un caso concreto, se introduzca en una regla una nueva excepción hasta entonces desconocida; sí considera aceptable, en cambio, el segundo de sus criterios.

Para Alexy, en primer lugar, un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades

²⁶ Vid. Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, págs. 81 a 98.

reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Todo esto demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, si se aplican independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto.

Para analizar este segundo criterio de distinción, Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán. La primera se refiere a un conflicto entre una norma jurídica del Estado Federal y una norma de un *land* (BverfGE, I, 283 (292)). La segunda prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El Tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto “el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del *land*” (Art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn), declarando, así, nula la norma jurídica del *land*. Éste es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Este conflicto sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Otro ejemplo de conflicto de reglas que puede ser solventado a través de la introducción de una cláusula de excepción es aquél que se da entre la prohibición de abandonar una sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendios. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da la alarma, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. El conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio. Ahora bien, si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del Ordenamiento jurídico.

De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán con ocasión de una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque al corazón (BverfGE, 51, 324). Las normas en colisión son, por un lado el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho

fundamental a la vida y a la integridad física y, por otro, el principio del Estado de Derecho que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces habría de prohibirse la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado; en cambio, si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral como obligatorio o, cuando menos, permitido. Por otro lado, si el Tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del Ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. Sin embargo, el Tribunal, no se refiere en este caso a una contradicción entre ambas normas, sino a una *tensión* y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida.

En efecto, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. En definitiva, “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios validos– tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso”.

7. La tesis débil de la separación.

No obstante, como señala el propio Alexy²⁷, el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma de un grado relativamente alto de generalidad es la

²⁷ Vid. Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pág. 140.

que reconoce a todos los ciudadanos libertad de creencias; en cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Ésta sería, como ya se ha señalado, la “tesis débil de la separación”, que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica.

Entre los partidarios de esta tesis, destaca Prieto Sanchís²⁸, quien escribe que “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 y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”.

Prieto Sanchís rechaza la tesis de que la distinción entre reglas y principios sea evidente cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto y para ello recurre al siguiente razonamiento. Imaginemos una 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 (como, por ejemplo, en el delito de desacato). Pues bien, si aceptamos un criterio de precedencia que siempre otorgue prioridad a N1 o a 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 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 conclusión de que 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 una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio.

Desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente se consideran principios pueden funcionar como reglas y viceversa. Así, 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; a su vez un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez, lo que ocurriría, por ejemplo, si

²⁸ Vid. Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47 a 63.

en el Ordenamiento se quisiera dar entrada al principio de discriminación racial, manteniendo la vigencia del actual artículo 14 CE²⁹. 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”; evidentemente, nos encontramos con un problema de vaguedad del lenguaje que obliga a ponderar qué es la libertad ideológica y qué es el orden público; pero, una vez decidido qué una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho.

En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– “la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”.

Más lejos, si bien en este mismo sentido, van las críticas de aquéllos que, sencillamente, niegan la distinción entre reglas y principios. Así, Alexy³⁰, señala que, por ejemplo, Klaus Günther sostiene que los principios no existen en absoluto; más bien, sólo existen normas, si bien normas que son usadas de distinta forma. Así, tratamos una norma como una regla si la usamos sin tener en cuenta las diversas características y circunstancias de la situación y la tratamos como principio si tenemos en cuenta todos los hechos (tanto fácticos como legales). Alexy concede que Günther tiene razón cuando afirma que hay casos en los que no es fácil decidir si una norma debería ser tratada como una regla o como un principio. Ésta es una cuestión de interpretación en la que no hay criterios que proporcionen respuestas simples y claras en todos los casos. No obstante, esto no impide considerar a los principios como normas con una estructura diferenciada, es más, la misma cuestión de si una norma es una regla o un principio presupone la existencia misma de éstos. Además, el cumplimiento gradual no es la única razón que justifica la distinción estructural entre normas o principios, pues sólo su existencia puede explicar por qué una norma desechada en una decisión de ponderación no se considera ni violada ni invalidada.

8. El papel de los principios en el razonamiento jurídico

²⁹ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³⁰ Vid. Alexy, Robert: “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, vol. 13, n° 3, septiembre de 2000, pág. 299.

Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios –y no sólo de los implícitos, de los que ya se ha dicho algo, sino también de los explícitos– y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad³¹. No obstante, como señala Prieto Sanchís³², por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas.

Ciertamente, no cabe duda –sostiene el citado profesor³³– de que, a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más libre que cuando aplica 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, pues 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.

En esta línea, advierte Guastini³⁴ que la identificación de un principio en cuanto tal – siempre que se trate de disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa–, comporta discrecionalidad, pues a menudo, si bien no siempre, una misma disposición normativa puede ser interpretada como una regla o como un principio.

Esta afirmación es ilustrada con el ejemplo del artículo 3 de la Constitución italiana que prescribe que “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”. Pues bien, esta disposición puede ser interpretada de dos formas distintas, ambas empleadas por el Tribunal Constitucional italiano. Conforme a la primera interpretación, expresa una regla específica: “si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etc.

³¹ Decisión que tiene una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, “en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro” (Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, n° 34, 1999, pág. 44).

³² Vid. Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000, pág. 173.

³³ Vid. Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, cit. págs. 61 a 63.

(supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica)”. Por un lado, una regla semejante no admite excepciones, pues está excluido que una ley, que discrimine según el sexo, la raza, etc., pueda ser conforme a la Constitución; por otra parte, una regla semejante tiene un supuesto de hecho cerrado, pues está excluido que (a los efectos de esta norma) una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima cuando discrimine por razones distintas del sexo, la raza, etc. De acuerdo con la segunda interpretación, en cambio, la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad, que quizás pudiera formularse así: “los casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos distintos deben ser tratados de un modo distinto”. Por un lado, este principio admite excepciones: no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque discrimine entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (el legislador debe tratar de modo distinto situaciones objetivamente distintas); por otro, este principio tiene un supuesto de hecho abierto: no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimine según criterios distintos del sexo, la raza, etc. (el legislador deber tratar de un modo igual situaciones objetivamente iguales). Ahora bien, no sólo es discrecional la opción entre la primera y la segunda interpretación, sino que, además, la elección de la segunda tiene el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación, en este caso el juez constitucional.

No obstante, son muchos quienes opinan que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. Así, Alexy disiente de la tesis de Dworkin, según la cual los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan. A su juicio, esto sólo sería factible si fuese posible un “orden fuerte de principios”, esto es, si se pudiera crear una lista completa de los principios de un sistema jurídico y, además, pudieran establecerse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose así unívocamente la decisión en cada uno de los casos; “si fuera posible una teoría tal de los principios, sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta”³⁵.

Pero este orden fuerte solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica calculable; no obstante, el problema de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado. Así lo afirma

³⁴ Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, cit., pág. 40.

³⁵ Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pág. 139.

también Rafael de Asís³⁶, para quien, refiriéndose a los derechos fundamentales, sostiene que no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto. De modo que, por ejemplo, no es posible argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por ejemplo, la libertad³⁷. También Zagreblesky³⁸ sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva.

Ahora bien –volviendo a Alexy³⁹–, la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que la ponderación no sea un procedimiento racional, el cual puede, además, ser optimizado por medio de un orden débil de principios que comprenda tres elementos: un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie*.

Así, por ejemplo, la sentencia antes citada por el propio Alexy muestra cómo surge un sistema de condiciones de precedencia. En éste, recordemos se producía una colisión entre el deber del Estado de garantizar el funcionamiento eficaz de la aplicación del Derecho penal y el derecho del acusado a la vida y la integridad física que solucionaba el Tribunal estableciendo la que en el caso de la realización de la audiencia oral suponga un riesgo probable y grave para la

³⁶ Vid. Asís Roig, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, n° 3, 1994, pág. 123).

³⁷ No obstante, hay casos en los que un determinado derecho sí suele gozar de preferencia con carácter general. Así, la jurisprudencia constitucional española suele conceder una mayor fuerza a la libertad de información, pues estima que contribuye a la formación de la opinión pública, que es uno de los pilares de la sociedad libre y de la democracia al poseer un carácter irradiante sobre las otras libertades (vid. *ibídem*).

³⁸ Vid. Zagreblesky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.

³⁹ Vid. Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., págs. 144 a 148.

salud del imputado, habrá de prevalecer el derecho de éste sobre el del Estado; Esto significa que, bajo estas condiciones, vale la consecuencia jurídica del principio prevalente, es decir, se prohíbe la realización de la audiencia oral. Pues bien, esta conclusión, puede generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos.

Sin embargo, como pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por ello, deberán ser evaluadas, por lo que no es posible construir ningún orden que establezca en cada caso justamente una única decisión correcta.

Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios: la ley de la ponderación. Como hemos visto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. El primero de ellos exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada; el principio de necesidad, por su parte, exige que para que tal medida sea aceptada no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga, al menos, la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto

Y el tercer elemento de una teoría débil de los principios lo constituyen las prioridades *prima facie*. Por ejemplo, en una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad.

Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos en de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios, si bien no contienen una determinación definitiva, por lo que el orden depende de nuevo de la argumentación.

En definitiva, aunque no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui⁴⁰, no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación. Es por ello por lo que, a juicio de Alexy, estos déficit de racionalidad de la ley de la ponderación requieren el complemento de una teoría de la argumentación jurídica racional de mayor alcance.

También Prieto Sanchís⁴¹ sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”.

En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión puede formularse así: “la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre

⁴⁰ Vid. Cabra Apalategui, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, pág. 170.

⁴¹ Vid. Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 181.

una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁴².

Es por esto por lo que podemos concluir, con Javier Ansuátegui⁴³, que la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades. Asimismo, la razonabilidad, entendida como elemento básico del test de aceptabilidad al que debe ser sometida la decisión judicial es, en este sentido, una de las manifestaciones que presenta la seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo.

Bibliografía:

- Aarnio, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000
- Alexy, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988
- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997
- Alexy, Robert: *El concepto y validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997
- Alexy, Robert: “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 3, septiembre de 2000
- Ansuátegui, Javier: “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma” en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006
- Arjona, César: “Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias”, en *Doxa*, nº 26, 2003
- Asís Roig, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, nº 3, 1994
- Asís Roig, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996
- Betegón, Jerónimo y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997

⁴² Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 173.

⁴³ Vid. Ansuátegui, Javier: *Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma*

- Cabra Apalategui, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000
- Díaz Roca, Rafael: *Teoría General del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995
- Garzón Valdés, E. y Laporta, Francisco J. (eds.): *El Derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996
- Guastini, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, nº 34, 1999
- Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990
- Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983
- Orozco Henríquez, Jesús: “Consideraciones sobre los principios y las reglas en el Derecho electoral mexicano”, en *Isonomía*, nº 18, abril de 2003
- Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Prólogo” a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*
- Prieto Sanchís, Luis: “La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas”, en Betegón, Jerónimo y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*
- Prieto Sanchís, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998
- Prieto Sanchís, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000
- Rodríguez Calero, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004,
- Ruiz Manero, Juan: “Principios jurídicos”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, Francisco J. (eds.): *El Derecho y la justicia*
- Saavedra, Modesto: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994
- Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997
- Zagrebesky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995