



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## Principios y normas: hacia una visión principialista del Derecho

Presentado por:

***Íñigo Basterra Muzás***

Tutelado por:

***Enrique Marcano Buenaga***

*Valladolid, 29 de marzo de 2019*

## **Resumen**

En el siguiente trabajo vamos a realizar un esbozo de un sistema jurídico integrado por principios y normas. Partiendo de un breve recorrido histórico que nos permite reconocer el papel de los principios en las distintas doctrinas que integran la Teoría general del Derecho, llegaremos al siglo XX para definir las ideas que configuran esta concepción, así como su relevancia y relación con los elementos del Estado contemporáneo. Continuaremos analizando la compleja figura jurídica de los principios, sus diversos sentidos y sus características principales para concluir con la función que desempeñan en la actualidad.

**Palabras clave:** Principios jurídicos, normas, teoría del Derecho, derecho natural, Ronald Dworkin.

## **Abstract**

*In the following work we will make an outline of a legal system composed of principles and norms. Starting from a brief historical journey that allows us to recognize the role of the principles in the different doctrines that make up the general theory of Law, we will reach the 20th century to define the ideas that shape this conception, as well as its relevance and relationship with the elements of the Contemporary state. We will continue analyzing the complex juridical figure of the principles, their different senses and their main characteristics to conclude with the function they perform today.*

**Key words:** *legal principles, norms, theory of Law, natural law, Ronald Dworkin.*

## SUMARIO

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....   | 5  |
| 2. CONTEXTO: EL LUGAR DE LOS PRINCIPIOS A LO LARGO DE LA<br>TEORÍA DEL DERECHO. ....                 | 6  |
| 2.1. El iusnaturalismo.....  | 6  |
| 2.2. El iuspositivismo.....  | 8  |
| 2.3. Decadencia y crisis del positivismo. La crítica de Dworkin.....                                 | 11 |
| 3. ACERCA DE LA CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA. ....  | 14 |
| 3.1. La necesidad de superar la concepción positivista del sistema<br>jurídico. Postpositivismo..... | 14 |
| 3.2. Problemas y críticas a la concepción principialista .....                                       | 17 |
| 3.2.1. Función que desempeñan en el ordenamiento: ¿residual o<br>ubicua?.....                        | 17 |
| 3.2.2. Sobre la crítica a la concepción principialista: ¿consecuencias<br>desestabilizadoras?.....   | 21 |
| 3.2.3. Ámbito de aplicación de los principios.....   | 23 |
| 3.3. La conexión entre Derecho y Moral. ....   | 24 |
| 3.3.1. Dimensión funcional: el derecho como garantía de libertad y<br>moralidad.....                 | 26 |
| 3.3.2. Dimensión material: el necesario contenido moral del<br>Derecho.....                          | 28 |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 4.     | ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS. PRINCIPIOS Y NORMAS. ....                    | 30 |
| 4.1.   | Diversos sentidos de los principios. ....                                | 30 |
| 4.2.   | Clases de principios. ....   | 31 |
| 4.3.   | Principios y normas. ....  | 33 |
| 4.3.1. | Enfoque estructural. ....  | 34 |
| 4.3.2. | Enfoque funcional. ....  | 37 |
| 4.3.3. | Enfoque sociológico. ....  | 39 |
| 4.4.   | Dimensiones de los principios. ....                                      | 40 |
| 4.4.1. | Dimensión explicativa. ....  | 40 |
| 4.4.2. | Dimensión justificativa. ....  | 41 |
| 4.4.3. | Dimensión legitimadora. ....   | 42 |
| 5.     | CONCLUSIONES: PRESENTE Y FUTURO DE LA CONCEPCIÓN<br>PRINCIPIALISTA. .... | 43 |
| 6.     | BIBLIOGRAFÍA. ....   | 47 |

## 1. INTRODUCCIÓN

La discusión relativa a los principios jurídicos no es nueva, sino que ha sido una cuestión central del debate iusfilosófico desde los autores clásicos. Esto se debe principalmente a la relación que establecen entre Derecho y Moral, la cual es imposible de definir de forma completamente objetiva, sino que cada doctrina, cada autor, introduce sus propias ideas en una relación que cuenta con incontables de matices. Con todo, esta discusión ha conseguido trascender y se reaviva de forma especialmente importante a raíz de la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, quien critica las tesis positivistas en pro de un sistema jurídico que dé cabida no solamente a normas positivas, sino también a principios jurídicos que permitan expresar valores morales. Es precisamente el choque entre las ideas positivistas con las doctrinas iusnaturalistas el que produce la necesidad de ir más allá, de superar el positivismo imperante los últimos siglos sin retomar de forma estricta las ideas del derecho natural. Una nueva doctrina surge con la figura de los principios jurídicos en un papel protagonista, una doctrina que persigue el ambicioso objetivo de superar el eterno debate, de establecer por fin una conexión apropiada entre Derecho y Moral. Si bien es discutible que se llegue a realizar tal objetivo (si es que es posible), no podemos negar la relevancia que la tesis principialista ha desempeñado y actualmente desempeña en una gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo desarrollado, así como el valor con el que cuenta en la exploración y el descubrimiento del Derecho.

A día de hoy, en un mundo globalizado donde las relaciones jurídicas cambian constantemente, cuyas legislaciones tienden cada vez más a una legislación supranacional, parece necesario un sistema jurídico capaz de adaptarse y dar solución a los conflictos actuales. Es pronto para aventurar que esta tesis sea el camino correcto a seguir para lograr tal objetivo, sin embargo, no hay duda de que la proyección e influencia que despliega globalmente va a marcar la teoría del Derecho durante el presente siglo XXI.

## 2. CONTEXTO: EL LUGAR DE LOS PRINCIPIOS A LO LARGO DE LA TEORÍA DEL DERECHO.

Si bien la discusión sobre los principios jurídicos y su papel en los ordenamientos jurídicos actuales arranca con el polémico y famoso artículo de Ronald Dworkin publicado en *Chicago Law Review* en 1967, bajo la rúbrica *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*; no podemos ignorar el papel desempeñado por los principios en la Teoría del Derecho a lo largo de los siglos. Para entender la posición de Dworkin, así como la génesis de lo que hoy entendemos como principios, es necesario hacer un breve recorrido histórico por los senderos de las diferentes escuelas y doctrinas que integran esta disciplina.

### 2.1. EL IUSNATURALISMO

Los primeros precedentes de la idea de derecho natural se sitúan en la Grecia Clásica (ss. V y IV a.C.) y vienen de mano de Platón, quién en sus obras *La República* y *Las Leyes* comienza a distinguir entre la justicia legal o convencional y la justicia natural. Aristóteles definirá esta última en su famoso tratado *Ética a Nicómaco* como algo «que en todo lugar tiene la misma fuerza y no existe porque la gente piense esto o aquello» (V,7,1135a). Para el Estagirita, el camino para llegar a esta justicia natural es a través de la racionalidad.

El **estoicismo** recogerá este planteamiento y le dará un nuevo enfoque: identifica el Derecho natural con la ley de la razón y, por tanto, concibe un Derecho natural universal, válido en cualquier momento y lugar. No obstante, la razón puede pervertirse en busca de otros intereses, por lo que los estoicos sostenían que la ley natural era la ley de la recta o sana razón. Esta concepción fue posteriormente desarrollada por el jurista y pensador romano Cicerón, quién profundizó en la idea de un derecho natural eterno e inmutable, así como en el papel fundamental de la razón para llegar a conocerlo.

Los filósofos y teólogos cristianos proseguirán con las concepciones estoicas durante la Edad Media, aunque introduciendo la ley divina por encima del mundo natural y humano. Esta etapa, conocida como **iusnaturalismo teológico**, sostiene que el derecho natural no es más que la participación de la

ley divina en una criatura racional y, por tanto, tiene su origen en Dios. Sin embargo, las distintas corrientes que se sucedieron dentro de esta amplia categoría disienten en varios aspectos. Mientras que San Agustín, fuertemente influenciado por las ideas platónicas, defiende la sumisión de la razón a la fe; para Santo Tomás, razón y fe cuentan con su propio objeto y ámbito de conocimiento diferenciados. Precisamente es Santo Tomás el primero que articula una doctrina completa acerca de la ley natural.<sup>1</sup>

Debido a la particular evolución de esta corriente de filosofía jurídica, no podemos definir una teoría unitaria de iusnaturalismo, pero sí podemos sintetizar su **tesis central** en dos ideas:

- Filosofía ética: defiende la existencia de principios morales y criterios de justicia con validez universal, ya que son cognoscibles a través de la razón humana. Sin embargo, los iusnaturalistas discrepan en cuanto al origen de estos principios que conforman el derecho natural.
- Definición del Derecho: los principios anteriores actúan como criterio de validez de las normas jurídicas. Una ley “injusta”, entendida como contraria a los valores morales comúnmente compartidos, no es ley.

Así, esta doctrina defiende la existencia de unas exigencias morales que pueden chocar con las normas jurídicas positivas. En este sentido, da un papel preponderante a los principios –conceptuados en este momento como valores morales– y sostiene que las normas positivas deben someterse al derecho natural, que les sirve como modelo y fundamento.

La transición a lo que conocemos como **iusnaturalismo moderno**, aunque fue gradual y va precedida de grandes pensadores medievales como Duns Escoto o Guillermo de Ockham, se sitúa en el S. XVII con la obra del holandés Hugo Grocio y la llegada del racionalismo. Siguiendo la tesis grociana de que el derecho natural encuentra su fundamento en la naturaleza racional del hombre, destacamos la obra de Samuel Puffendorf y de Cristian Wolf.

---

<sup>1</sup> Síntesis elaborada a partir de Antonio FERNÁNDEZ-GALIANO: *Derecho Natural* (1991, ed. Universitas, Madrid).

En los siglos XVII y XVIII Europa se transforma en un escenario convulso en el que se suceden importantes cambios tanto políticos como sociales y en los que juega un importante papel el iusnaturalismo racionalista. El empirismo inglés de Hobbes y de Locke sienta las bases del liberalismo y comienza a formarse una burguesía con conciencia de clase, la cual dará un impulso a la idea de Derecho natural que confrontará con la concepción cristiana del *Ancien Régime*.

Resumiendo la obra de Antonio Fernández-Galiano (1991, pp. 191-197), encontramos que existen tres factores principales que condicionan la formulación del iusnaturalismo moderno:

- 1) **La secularización:** del Derecho natural teológico medieval pasamos a uno profano e independiente de la religión. Los motivos para esto pasan desde la lucha de poder contra la Iglesia como brújula moral hasta la búsqueda del establecimiento de una base común para las relaciones internacionales, capaz de establecer un marco jurídico para el intercambio económico que no estuviera vinculado a la religión.
- 2) **El racionalismo:** el auge de las matemáticas y de las ciencias empíricas causa una tendencia que aplica este método de razonamiento y reflexión a todo proceso de pensamiento, incluyendo la filosofía jurídica y política.
- 3) **El individualismo:** se basa en la autonomía y la valoración del individuo frente a la colectividad. Esta corriente terminará causando la disolución de la sociedad estamental medieval y dando paso a la reestructuración de la sociedad y del Estado.

La nueva concepción del iusnaturalismo secular, racionalista e individualista germinó, y se sitúa en el origen de las teorías del contrato social. A su vez, las teorías del contrato social se sitúan en el centro del iusnaturalismo moderno.

## 2.2. EL IUSPOSITIVISMO

Durante los siglos siguientes, el iusnaturalismo continuó siendo la doctrina más influyente hasta la **irrupción del positivismo jurídico**. Si bien esta



corriente se había manifestado en diversos momentos de la historia, es en el siglo XIX cuando irrumpe de forma generalizada en el pensamiento jurídico. Precedentes como el empirismo inglés o la obra de Kant explican esta reacción contra el ámbito metafísico del Derecho.

La *Escuela de jurisprudencia analítica* fundada por Austin representa la tendencia en esta etapa a excluir del Derecho cualquier realidad que no fuera observable y analizable empíricamente. El análisis comparatista iniciado por Austin comenzó una corriente doctrinal que más tarde seguiría un grupo de pensadores alemanes e ingleses (Bachofen, Maine, Post, etc.), reunidos en la *Escuela de derecho comparado*. Estos autores persiguen estudiar comparativamente los fenómenos jurídicos que se manifiestan en los ordenamientos jurídicos más avanzados con la finalidad de ilustrar acerca de la evolución del Derecho, así como permitir una perspectiva más amplia en la tarea de obtener los conceptos jurídicos generales.

Sin embargo, si hay que destacar la obra de un autor dentro del positivismo, es necesario hacer alusión a la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen. Desarrollada durante el primer tercio del siglo XX, la principal idea que subyace en la concepción kelseniana es la autonomización del Derecho de otras ciencias como son la Moral, la Política o la Sociología. Busca la forma de otorgar a la Teoría del Derecho un carácter científico y unitario. De esta manera, en primer lugar, se opone diametralmente a las teorías iusnaturalistas, ya que existe una preponderancia absoluta del derecho positivo y, en segundo lugar, se niega cualquier dualismo entre el derecho positivo y derecho natural. Kelsen desarrolla una noción que permite aislar el Derecho de otras disciplinas tradicionalmente relacionadas, las cuales, en opinión del jurista austriaco, hay que mantener separadas para llegar al auténtico Derecho.

«Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños» (Kelsen, 1960, p.19).

Aunque Kelsen se consolidó como el principal pilar del iuspositivismo, fue precedido por escuelas positivistas que surgieron por toda Europa, relegando a un iusnaturalismo agotado y en crisis a un segundo plano. Desde principios del siglo XIX hasta los años 60 y 70 del siglo XX, las doctrinas jurídico-filosóficas más influyentes han sido positivistas.

A pesar de que existen importantes diferencias entre las diferentes corrientes positivistas, podemos extraer **dos tesis** que cumplen todas ellas:

- 1) Radical separación entre Derecho y Moral. Es necesario distinguir lo que es el Derecho y lo que debe ser. Una norma jurídica no puede tener condicionada su existencia a su moralidad, aunque pueda ver afectada su legitimidad. El Derecho puede ser justo e injusto, y aunque es deseable por todos un sistema jurídico justo, uno injusto sigue siendo Derecho.
- 2) Un sistema jurídico está integrado por normas creadas a través de acciones humanas (acciones del legislador). De la misma manera, la pertenencia al sistema se determina comprobando si se cumplen o no una serie de requisitos convencionales. Esto es, concibe el Derecho como un producto de la autoridad del Estado.

El positivismo estuvo acompañado por el importante **movimiento codificador** que se vivió en Europa durante el siglo XIX. La pretensión del movimiento era establecer una regulación de las relaciones sociales de forma sistemática y que el papel arbitrario de los intérpretes de la ley quedara reducido al mínimo. Esta idea estaba vinculada a varios de los pilares que sostienen hoy el Estado contemporáneo, como es la división de poderes, la apreciación de la ley como expresión de la soberanía popular y la no intromisión del poder judicial en el poder legislativo. Esta última concepción era radical, en el sentido de que cualquier interpretación de la ley que no fuera estrictamente literal se consideraba una injerencia del poder judicial en el poder legislativo. En palabras de Prieto Sanchís (2005):

«En realidad, este principio —en sus orígenes— suponía postular una interpretación declarativa frente a cualquier tentación de corrección extensiva o restrictiva. En el fondo, seguía latiendo la idea ilustrada de que la mejor ley es la que no precisa interpretación, o de que la interpretación equivale a corrupción de la ley» (p.315).

De todo lo anterior, queda claro que en esta época existía una preeminencia de la norma jurídica frente al derecho natural, lo cual es indicativo del cambio social que se estaba produciendo. Hay que recordar que el positivismo jurídico fue un vehículo para los intereses de los burgueses, una herramienta perfecta para la legitimación y legalización de los nuevos Estados que se estaban cincelandos. Era una perspectiva de ver el Derecho más accesible a todos porque no traspasaba el aspecto formal de las normas.

Ahora bien, ¿existe alguna corriente del iuspositivismo que tuviera en cuenta los valores morales? ¿Es posible un sistema jurídico completamente aislado de las demás disciplinas sociales? Según dice Ángel Yagües (1993):

«El positivista puede sustentar personalmente criterios de justicia previos a la ley humana y puede, desde luego, desear que tales criterios sean reconocidos y consagrados de hecho por aquella ley; pero dichas convicciones solo son de verdad Derecho cuando el reconocimiento legal se produce. No en otro caso» (p.106).

Vemos que el positivismo no rechaza la existencia de principios —entendidos como criterios de justicia previos a la ley—, pero si tales principios no son plasmados formalmente en el ordenamiento, no son Derecho. Asumir una posición positivista implica subordinarnos exclusivamente a la ley, entendida como un cuerpo jurídico independiente de principios y valores y, por consiguiente, ajeno a la moral de la sociedad.

### **2.3. DECADENCIA Y CRISIS DEL POSITIVISMO. LA CRÍTICA DE DWORKIN.**

El iuspositivismo se mantuvo como la doctrina más influyente hasta la segunda mitad del siglo XX. Algunos investigadores atribuyen el origen de la

crisis del positivismo jurídico al artículo de Dworkin antes mencionado<sup>2</sup>. Sin embargo, ni el artículo ni la obra entera de Dworkin por sí misma provocó la crisis, sino que encarnó un sentimiento que comenzó a gestarse tras la Segunda Guerra Mundial. Las doctrinas iuspositivistas habían dejado claro que una norma era válida (por tanto, Derecho) si cumplía todos los requisitos y exigencias convencionales establecidos por el sistema. Es comprensible el rechazo que supone esta idea tras conocer los actos terribles que se cometieron durante el conflicto y que estaban amparados por leyes que cumplían todos los requisitos iuspositivistas. Es en este caldo de cultivo en el que Dworkin publica su artículo, que más tarde incorporará en su primera obra de 1978. La pretensión del jurista norteamericano era impugnar y traer a colación lo que él mismo consideraba «la versión más poderosa del positivismo jurídico», es decir, la teoría defendida por Herbert L. A. Hart (1980), precedida de autores decimonónicos como John Austin y Jeremy Bentham. La crítica se dirige a que el modelo positivista únicamente tiene en cuenta las normas jurídicas y es incapaz de dar cuenta de la presencia en el Derecho de otros componentes de gran importancia —los principios—. Alega que la concepción positivista de Hart no tiene posibilidad de comprender aspectos esenciales del razonamiento judicial en los llamados *casos difíciles* sin la intervención de los principios. Asimismo, Dworkin rechaza la tesis positivista de separación entre Derecho y Moral.

Como nos relata el profesor Rodilla (2013, pp.399 ss), aunque Dworkin no es propiamente iusnaturalista, su crítica supone un ataque frontal al positivismo. A este ataque responde Hart, admitiendo que los principios de un orden jurídico son moralmente valiosos, pero rechaza la conexión necesaria que mantienen con la moral. Para respaldar su teoría, plantea en su hipótesis un ordenamiento inicuo, de manera que si lo que analizamos es un derecho injusto o inmoral, los principios en que se inspire participarán de esa misma inmoralidad. Para ello, utiliza como ejemplo el Derecho sudafricano en la época del *Apartheid*, el cual implantó un sistema de discriminación racial. Según Hart, el principio subyacente en este Derecho sería el que las personas de raza negra son menos dignas que las de raza blanca, lo que es a todas luces un principio inmoral. De aquí Hart

---

<sup>2</sup> Ronald DWORKIN: *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, (1967).

deduce que esta conexión entre Derecho y Moral no siempre se produce, no es necesaria, sino contingente. De la misma manera se refiere a los principios explicitados en las constituciones modernas de la mayoría de los países, ya que podemos imaginar constituciones que plasmen valores inmorales. Sin embargo, esta contingencia no implica que los principios no cuenten con un gran valor explicativo del Derecho.

En cualquier caso, la tesis de Dworkin sobre los principios y normas ha reanimado la discusión en la teoría y filosofía del Derecho las últimas décadas, tratando aspectos tan tópicos históricamente como la relación entre el Derecho y la Moral, el carácter y la metodología del razonamiento jurídico justificativo, los tipos de disposiciones jurídicas, etc. Todo ello ha producido una erosión de la concepción positivista y ha conducido a una nueva posición teórica, una que trata de superar las discrepancias entre las tesis iusnaturalista y iuspositivista. El hecho de afirmar que la Política, la Moral y el Derecho se encuentran relacionados de ninguna manera implica que el Derecho pierda su autonomía o su seriedad científica. De la misma manera, después de largos siglos de debate jurídico, es complicado afirmar que es posible resolver asuntos jurídicos que quedan fuera de la exactitud legislativa sin acudir al campo de la moral o la política. Podemos ver algunos ejemplos de lo anterior en una gran cantidad de casos recientes, como son las técnicas de ingeniería genética, las técnicas de reproducción humana asistida o los asuntos relacionados con la identidad sexual.

Es necesario, pues, avanzar y desarrollar una nueva concepción del Derecho que, por un lado, diferencie Derecho y Moral, pero no de forma radical, sino como dos elementos igualmente importantes que se acoplan y cooperan, y, por otro lado, concebir el sistema jurídico como una realidad integrada no sólo por normas positivas, sino también por principios de origen no convencional que expresen ideas de rectitud moral y criterios de justicia.

### 3. ACERCA DE LA CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA.

De la crítica de Dworkin podemos extraer algunas nociones básicas que luego desarrollará en sus obras posteriores y que nos sirven como punto de partida:

1. El positivismo yerra al no aceptar la existencia de un derecho superior, por encima del positivo, y también al no admitir que la concordancia con los principios de justicia sea parte de las condiciones de validez de las normas jurídicas.
2. La práctica jurídica —especialmente la jurisprudencial— se alza sobre pretensiones de racionalidad en las que sólo puede hacerse justicia a través de una concepción que dé entrada a principios de moralidad.

Estos principios ni son convencionales ni son creados deliberadamente, pero juegan un papel decisivo a la hora de interpretar las normas y de determinar lo que en cada caso establece el derecho vigente.

Cuando estamos ante un *caso difícil*, se hace necesario recurrir a criterios que no son reglas, sino principios que funcionan de una forma diferente y no pueden explicarse desde la órbita del positivismo jurídico, ya que éste es un modelo sólo de reglas. Estos criterios que no son reglas deben ser observados, ya que constituyen un criterio de equidad, de justicia o de cualquier otra dimensión moral.

#### 3.1. LA NECESIDAD DE SUPERAR LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL SISTEMA JURÍDICO. POSTPOSITIVISMO.

El profesor Rodilla llega a esta conclusión en el último capítulo de su obra *Teoría del Derecho* partiendo de una descripción del sistema normativo que llamamos Derecho como un sistema dinámico e institucionalizado, frente a otros sistemas normativos como la moral o las normas de etiqueta.

- Es un sistema **dinámico** porque es producido por actos de voluntad, y no es su contenido lo que determina la pertenencia al sistema, sino el haber sido creadas por el órgano competente.

- Es un sistema **institucionalizado** porque los procesos tanto de creación como de aplicación de normas están organizados y regulados institucionalmente.

Estas dos características permiten diferenciar claramente el Derecho frente a otros sistemas normativos. De un lado, tanto las normas morales como los usos sociales integran un sistema *estático*, ya que, si bien las normas que los integran pueden modificarse con el tiempo, son inmunes al cambio deliberado. De otro lado, ni la creación ni la aplicación de normas morales o usos sociales está encomendada a órganos especializados, ni existe autoridad alguna que permita resolver conflictos en este ámbito.

De acuerdo con la argumentación anterior del jurista español, los tribunales son órganos especializados que producen normas particulares — sentencias—. El problema, según dice Gény (2000) está en que la creación de un sistema jurídico absolutamente completo y coherente, esto es, un sistema cuyas normas jurídicas conduzcan inequívocamente a una única solución, está más allá de los legisladores humanos (pp.82 ss.).

Esta imposibilidad nos conduce a la **tesis de Hart de la discrecionalidad judicial**<sup>3</sup>, la cual formula en los siguientes términos:

«En todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente (...) El juez debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso en lugar de aplicar meramente el derecho ya existente. En tales casos, el juez crea nuevo derecho y aplica al mismo tiempo el derecho establecido que, al tiempo, confiere y limita su poder para crear derecho» (1980, p.3).

Los órganos jurisdiccionales tienen impuesta la obligación no únicamente de dar respuesta a los asuntos que ante ellos se presentan, sino también de fundamentar sus decisiones en el derecho vigente. Dice Rodilla que esta obligación de fallar todos los casos, incluso en aquellos en los que no exista

---

<sup>3</sup> HART, H. L. (1980). *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/161279675/El-Nuevo-Desafio-del-Positivismo-Juridico-H-L-A-Hart>

norma positiva directamente aplicable o existan normas contradictorias, nos obliga a suponer que, aparte de las normas jurídicas positivas, creadas mediante actos específicos y reguladas legalmente por el poder político, existe un conjunto de principios que subyace a éstas y que no son normas creadas, sino «encontradas» en el propio proceso de aplicación del Derecho —esto es, en la fase judicial—.

Así, un **primer concepto** que podemos dar de los principios es que son normas muy abstractas y generales, que subyacen a las normas positivas y que expresan una idea de rectitud moral y política. También podemos extraer algunas características que nos permiten diferenciar los principios de las normas:

- No pueden catalogarse como normas positivas, ya que:
  - (a) No son creados explícitamente.
  - (b) No siempre es posible identificarlos.
- No son exógenos al sistema, sino que guardan una relación justificativa con el material jurídico existente.
- Su presencia en el sistema jurídico queda patente en el momento de la interpretación y aplicación, posibilitando responder a un asunto en términos del Derecho vigente.
- Tienen una relación interna con las normas positivas, tal como menciona expresamente el Código Civil español, porque:
  - (a) Las informan (art. 1.4. CC).
  - (b) Las fundamentan (disposición transitoria número 13 CC).

Mención aparte merecen los principios que se encuentran recogidos en el orden constitucional. Cuentan con una importancia destacada, ya que están explicitados en la norma suprema del ordenamiento jurídico, vinculando a todos los jueces y tribunales, quienes «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el



Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», tal como establece la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5.1.

Estas características nos inducen a concebir un sistema jurídico complejo, que quede fuera de las viejas etiquetas de iusnaturalismo y positivismo. Un sistema que esté formado por normas positivas creadas deliberadamente, pero también por principios no convencionales que expresan una cierta idea de justicia. Y así, a través de la ponderación de ambos tipos de normas —bajo las exigencias de racionalidad propias de la función jurisdiccional— se dota al ordenamiento jurídico de la coherencia y la plenitud que le son exigibles.

### **3.2. PROBLEMAS Y CRÍTICAS A LA CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA**

En este apartado vamos a seguir el esquema planteado por Rodilla (2013, pp.413-425) con la finalidad de perfilar mejor el sistema jurídico que estamos esbozando. El profesor de la escuela de Salamanca distingue tres problemas:

1. Función que desempeñan en el ordenamiento: ¿residual o ubicua?
2. Planteamiento más satisfactorio de la relación Derecho-Moral.
3. Concepción del Derecho como un sistema jurídico complejo integrado por normas más principios.

#### **3.2.1. Función que desempeñan en el ordenamiento: ¿residual o ubicua?**

Partimos del concepto de Dworkin sobre la interpretación. El jurista estadounidense contempla la interpretación del Derecho exclusivamente desde la perspectiva del caso concreto y trata de esclarecer las cuestiones que han de afrontar los órganos jurisdiccionales en la tarea de la aplicación del Derecho, así como de qué manera y en qué medida esta labor aplicativa involucra las nociones de moralidad y justicia. Se centra particularmente en el diseño de las normas y la función de interpretación, y cómo ambos aspectos conducen a un sistema jurídico integrado.

El concepto de interpretación jurídica es amplio y ha sido definido en varios sentidos diferentes. En opinión de Lacruz Berdejo (1988, p.268) «la ley no es como las fórmulas matemáticas o físicas que son inequívocas y dan cuenta inmediatamente de toda su posible virtualidad», poniendo de manifiesto los problemas derivados de interpretaciones divergentes. Para el civilista Castán Tobeñas (1988, p.544), «la interpretación de las normas es la indagación del verdadero sentido y por ende del contenido y alcance de las normas jurídicas». Para hacer frente a estas dificultades, Dworkin defiende una «interpretación constructiva». Ello implica que, dentro de un margen de interpretación amplio, se ha de realizar un profundo ejercicio de desarrollo coherente con el derecho existente de manera que se participe de manera apropiada en los valores que subyacen a la legislación de una sociedad justa. Debe buscarse el sentido verdadero de las normas a través de su propia evolución y de la integración de éstas junto con las prácticas sociales.

De esta forma llegamos al concepto de *caso difícil* que deja el jurista plasmado en su obra *Los derechos en serio* (1978). Dworkin entiende que tenemos delante un *caso difícil* cuando no es posible subsumir claramente un litigio en una determinada norma jurídica. Es decir, se produce en los casos de laguna axiológica: cuando no falta norma aplicable, pero ésta produce un resultado insatisfactorio; también en casos contradictorios o de lagunas normativas. Es esta la categoría de asuntos cuyo tratamiento por el positivismo jurídico denuncia, ya que una aplicación mecánica y estrictamente basada en las normas jurídicas vigentes no nos conduce a una solución única, inequívoca y justa.

Por el contrario, definirá los *casos fáciles* como aquellos en los que existe una regla inequívocamente aplicable y, por consiguiente, no tiene cabida la entrada de principios, sino que son inoperantes. Los juristas Atienza y Ruiz Manero (2004) lo enfocan desde una perspectiva casi coincidente: «un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo del que se trate» (pp.22 ss.).

De esta manera, para distinguir entre casos fáciles y difíciles es necesario tomar referencias a los principios y ello tiene lugar en la fase misma de aplicación del Derecho. Así, la consideración de un caso como difícil deriva en particular de la colisión de la norma con los principios que subyacen a la misma. Esto es, la colisión de un derecho individual independiente y anterior con la norma que tiene como finalidad proteger ese mismo derecho. En estos casos, parece apropiado sostener que la norma no debe ser aplicable al caso, y como ejemplo práctico de ello tenemos el célebre caso de RIGGS VS. PALMER<sup>4</sup> de 1889.

En este caso histórico de jurisprudencia americana, Elmer E. Palmer, un hombre declarado heredero por su abuelo, envenena a éste precisamente para conseguir la herencia. El tribunal debía tomar la decisión de si el nieto conservaba su carácter de heredero – tal respuesta jurídica era fruto de aplicar el derecho de sucesiones de la época –, o bien se le negaba ese derecho en base a principios de justicia que permitieran la entrega de la herencia a otros familiares. Este asunto causó gran trascendencia mediática y polémica, tanto en el orden penal como el civil, y representa muy bien el conflicto iusfilosófico entre iusnaturalismo y positivismo. La opinión mayoritaria sostiene que para resolver el caso debe realizarse una interpretación «equitativa», en el sentido de tratar de imaginar de forma razonable si el legislador trató intencionadamente de incluir el caso en cuestión. El jurista británico Sir William Blackstone, que ejerció una presencia significativa en el desarrollo de la Constitución de los Estados Unidos de América, se refiere a la interpretación equitativa de las normas en la introducción de los Commentaries<sup>5</sup> de la siguiente manera:

«Si surgen problemas con algunas consecuencias absurdas manifiestamente contradictorias a la razón común, ellas son, con respecto a

---

<sup>4</sup>Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, 2007/2008, pp. 363-374. Tribunal de apelaciones de Nueva York – 115 NY 506 –. Sentencia traducida al español por Roberto M. Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid, España), Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buevas (Universidad de Cartagena, Colombia).

<sup>5</sup> Se refiere a la obra de Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769). Traducción obtenida de Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, 2007/2008, p.366.

estas consecuencias, nulas. Cuando algunas cuestiones colaterales surgen de las palabras generales y devienen en irrazonables, entonces los jueces deben tener la decencia de concluir que la consecuencia no fue prevista por el Parlamento, y, por tanto, ellos están en libertad de exponer la ley por equidad y solamente no tenerlo en cuenta quo ad hoc» (p.91).

Unos años antes, en 1886, tuvo lugar el caso *New York Mutual Life Insurance Company c. Armstrong* (117 U.S. 591)<sup>6</sup>. Dicho caso presentaba un parecido significativo con el asunto anterior, ya que presentaba una situación en la cual una persona contrataba una póliza de seguro de vida sobre otra, a la que asesinaba con la finalidad de hacer efectiva la póliza. La resolución del tribunal rechazaba el cobro del seguro al entender que el denunciado renunció a tal derecho cuando, para hacer efectivo el pago, asesinó al asegurado. El juez Field se pronunció en este sentido y redactó su voto en estos términos: «Sería un oprobio contra la ciencia jurídica del país si alguien pudiera cobrar el dinero del seguro pagadero a la muerte de una parte cuya vida él ha tomado delictivamente. De esta forma también podría cobrar el dinero del seguro sobre un inmueble que intencionalmente haya incendiado».

El tribunal del caso *Palmer* sostiene que existen máximas que se dan al margen de leyes que les otorgan vigencia o efectividad. De la misma manera que un testamento u otro negocio jurídico que se obtiene mediante fraude es declarado nulo, la aplicación racional del Derecho no puede consentir que un acto delictivo redunde en una recompensa. Esta opinión es compartida por la mayoría de la jurisprudencia, aunque no sin excepciones. El juez Grey presenta en la sentencia un voto discrepante en el cual alega que, una vez que un testamento ha cumplido con todos los requisitos prescritos por el legislador, «no queda espacio para el ejercicio de los tribunales de una jurisdicción equitativa sobre tales cuestiones».

Pese al anterior voto particular, un sector amplio tanto de la doctrina como de la jurisprudencia estadounidense coinciden en denegar la transmisión de la herencia, rechazando la aplicación estricta de la norma de sucesiones. Esta opinión se fundamenta en la máxima del *common law*: *nemini dolus sus prodesse*

---

<sup>6</sup> Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/117/591/>

*debet*, el cual podríamos enunciar como «A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen».

Analizada esta sentencia, podemos ver claramente por qué Dworkin la esgrime como ejemplo de la aplicación práctica de los principios y cómo éstos no pueden ser ignorados en favor del modelo de reglas atribuido al positivismo de Hart. Los principios no cuentan con una función residual en el sistema jurídico –esto es, operan en el momento en que la aplicación de las reglas no conduce a una solución inequívoca–, sino que cuentan con un papel ubicuo porque son necesarios en todo proceso de interpretación del Derecho y regulan todos los casos de aplicación de las normas, incluso los *casos fáciles*, si bien no siempre se recurre a ellos de manera explícita.

### **3.2.2. Sobre la crítica a la concepción principialista: ¿consecuencias desestabilizadoras?**

Una parte de la doctrina se pregunta si es peligrosa o desestabilizadora una concepción del Derecho con principios ubicuos, ya que puede atribuirse a los jueces un papel desmedido en cuanto a la determinación del Derecho en cada caso. La concepción principialista podría poner en peligro la seguridad jurídica al colocar la actividad jurisdiccional bajo el dominio de principios morales, que, por definición, cuentan con un amplio grado de subjetividad.

Responde a lo anterior el profesor Rodilla dos cosas: la primera, que el modelo principialista debería juzgarse en primera instancia por su capacidad explicativa y no por sus supuestas consecuencias perjudiciales; y la segunda, que se ha producido una malinterpretación de la labor judicial a la hora de aplicar principios.

En primer lugar, Rodilla entiende la concepción principialista como un modelo más completo que el perfilado por los positivistas. Ofrece una capacidad explicativa mayor, ya que «un modelo de sistema jurídico que junto a las reglas de cabida a los principios no convencionales ofrece una práctica judicial más

satisfactoria que la concepción corriente del derecho como un sistema puramente dinámico de normas convencionales» (p.418).

En segundo lugar, aclara que la introducción de los principios en el modelo de ninguna manera implica que los jueces puedan ignorar reglas positivas cuando no les parezca que conducen a una solución satisfactoria. Para entender el sentido de la malinterpretación haremos dos consideraciones:

- (a) No considera la variedad que existe bajo la clase genérica de principios. Los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de sus funciones, no deben observar sólo principios morales sustantivos, sino otros de tipo formal –a modo de ejemplo mencionamos los principios de irretroactividad o de ley escrita en materia penal– u organizativos y procedimentales –principios de jerarquía y competencia–.
- (b) Vincular a los jueces a los principios y hacer que puedan justificar sus decisiones basándose en ellos no significa que tengan libertad para escoger esos principios. Los que son susceptibles de invocarse son aquellos explícitamente reconocidos por el legislador –como los principios de orden constitucional–, o aquellos implícitos en el conjunto del ordenamiento jurídico, porque informan y fundamentan las normas del sistema.

Rodilla describe esta vinculación de los jueces a los principios como mucho más fuerte que la existente en el modelo de reglas, ya que, en este último, cuando las normas no nos conducen a una única solución, el juez queda libre para buscar fuera del sistema la solución que considere más apropiada. Sin embargo, en el modelo principialista, aunque el juez no encuentre una norma inequívocamente aplicable, sigue estando obligado a resolver conforme al derecho vigente, ya que es un derecho integrado no sólo por normas. De manera que su tarea será realizar un proceso de abstracción para extraer aquellos principios subyacentes del sistema que le sirvan para fundamentar una solución que sea coherente con éste.

Desde este punto de vista, lejos de ser un modelo que hace peligrar la seguridad jurídica, más bien la refuerza. No sólo vincula al juez en todo caso al

derecho vigente, sino que le posibilita resolver contradicciones, lagunas e imprecisiones a través de operaciones de autointegración y autocorrección. No obstante, de ninguna manera el resultado de estas operaciones es incuestionable, sino que sus resultados están abiertos a controversia.

### **3.2.3.    Ámbito de aplicación de los principios.**

A lo largo del siglo XX, ha quedado claro que los textos constitucionales de la mayoría de los países occidentales se caracterizan no sólo por la presencia de una constitución rígida, sino que además es una constitución material, es decir, de principios. Formula una serie de valores que informan de la actuación de los poderes públicos. Son principios que no son meras proclamaciones, sino que pueden invocarse frente a terceros y frente al propio Estado. No sólo guían la interpretación de las leyes, sino que son condición de su validez y de su pertenencia al sistema hasta el punto de la instauración de procedimientos e instituciones dedicados a realizar un control de constitucionalidad de las leyes.

Llegados a este punto, es innegable la conexión existente entre la concepción principialista con la estructura y fundamentos del Estado constitucional contemporáneo. Y además es posible que dicha conexión tenga una proyección temporal mucho mayor.

Para abordar la cuestión vamos a plantear un sistema jurídico en el sentido positivista, es decir, integrado sólo por normas, sin que los principios jueguen ningún papel. Un sistema así requiere unas presunciones muy fuertes de coherencia y plenitud que difícilmente son predicables de cualquier sistema jurídico, por muy exhaustivo que sea. Sin embargo, podemos distinguir este modelo de solo reglas en la aplicación del Derecho durante la época en la que aún existía la posibilidad de negarse a dar respuesta a cuestiones controvertidas por no encontrar una solución satisfactoria o por no existir una norma directamente aplicable, es decir, el *non liquet*. La obligación impuesta a los jueces de fallar todos los asuntos, así como la proscripción del *non liquet*, es relativamente tardía, introducida por el Código Napoleónico (o Código Civil francés de 1804). Antes de este cuerpo legislativo, ante una laguna normativa el

juez se remitía al legislador y no estaba permitido acudir a los principios para dar una respuesta basada en Derecho.

Sin embargo, Rodilla entiende esta conclusión como errónea, ya que incluso para determinar un caso como *non liquet* es necesario acudir a los principios que subyacen al propio sistema. Que un juez considere una cuestión como irresoluble a través de las normas y la consiguiente remisión al legislador está justificado en último término por principios.

Actualmente, esta duda queda resuelta en el artículo 1.7 de nuestro propio Código Civil, al establecer la obligación de los jueces de fallar todos los asuntos, pero remitiéndose al sistema de fuentes establecido en el número uno del mismo artículo, en el que se reconocen, además de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

«Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

De esta manera, podemos concluir que la presencia de los principios en la fase jurisdiccional de aplicación del derecho no es exclusiva del Estado constitucional, si bien sí que es característico que se acuda a ellos de forma tan explícita como se hace en los textos constitucionales modernos. También destaca la intención de establecer una cierta ordenación para lograr dotar al sistema jurídico de la sistematización que, aun refiriéndonos a los principios, le es exigible.

### **3.3. LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.**

Hemos mencionado que la concepción principialista niega la tesis positivista de radical separación entre Derecho y Moral. En un modelo de reglas más principios es necesario dar cabida a ambas disciplinas, por lo que se presupone una conexión entre ellas. Esta conexión se hace evidente en el proceso de aplicación del derecho.



En dicho proceso, los órganos jurisdiccionales no cuentan con la libertad de elegir los principios aplicables, sino aquellos internos al sistema al que pertenecen. Esta relación de pertenencia puede ser de dos tipos:

- Principios que, pese a no haber sido creados por el legislador, son explícitamente reconocidos por él.
- Principios que, a través de un proceso de abstracción, deducimos que se encuentran dentro del sistema porque fundamentan o informan un conjunto relevante de normas y decisiones jurídicas.

Sin embargo, estos principios, aunque no cuentan con un origen convencional, no cumplen las características iusnaturalistas de la moral en el sentido de que no podemos predicar unos principios morales incuestionables y universales. En cambio, estos principios establecen una conexión entre el Derecho y una “cierta moral”, es decir, una moral particular predicable de un sistema jurídico concreto.

Para describir de forma apropiada la conexión entre Derecho y Moral se hace necesaria una diferenciación entre ambas. Un problema que existía en esta misma materia con la escuela iusnaturalista era la identificación efectuada entre Derecho y justicia. Decir que la justicia es una característica definitoria e intrínseca al auténtico Derecho produce una serie de problemas conceptuales. No nos permite definir un derecho injusto, ya que no sería Derecho, mientras que un Derecho justo sería redundante.

Así, acudimos de nuevo a la idea de integridad desarrollada por Dworkin. Para el americano, esta integridad debía alcanzar no sólo a la totalidad del sistema jurídico, sino a los órganos públicos. Su idea de integridad implica que dichos órganos públicos deben actuar de forma coherente con unos principios de moralidad política, aunque no dice que estos principios sean inmutables. En este sentido, para lograr la integridad, los órganos públicos deben disciplinar sus propias concepciones morales en el ejercicio de sus funciones públicas. Estos órganos –entre los que destacan, por supuesto, los jurisdiccionales–, deben adaptar sus decisiones al esquema de principios que, a su juicio, concuerden mejor con el sistema jurídico en el que se encuentran. Estos principios invocados

no pueden ser de ninguna manera principios particulares de los jueces, sino que han de ser aquellos que realmente subyacen al sistema, estableciendo un derecho capaz de reclamar obediencia por razones morales porque el propio sistema jurídico se encuentra construido sobre razones morales.

### **3.3.1. Dimensión funcional: el derecho como garantía de libertad y moralidad.**

Abordamos ahora la poco explorada perspectiva funcional de la relación Derecho-moral, es decir, el papel que juega dicha relación en la vida social. Como veíamos antes, autores positivistas moderados, entre los que destaca Hart, admiten la existencia de los principios, pero afirman que la relación entre ambos es sólo posible y contingente. Siguiendo la tesis que desarrolla José A. Ramos Pascua (2007) a lo largo del primer capítulo de su obra *La ética interna del Derecho*, vamos a demostrar que la afirmación anterior es falsa. El profesor salmantino sostiene que la conexión entre Derecho y Moral es verdaderamente necesaria porque dependen el uno del otro. Si somos capaces de confirmar esta relación, podremos reconocer a los principios de justicia –entendida en el sentido de conformidad con la moral pública– como principios jurídicos válidos.

Immanuel Kant, cuyo planteamiento acerca de la ética ha supuesto un referente para la filosofía moderna, ya observó en el siglo XVIII que sin el derecho no sería posible la moralidad. Esto se debe a que el Derecho crea las condiciones que hacen posible desarrollar la moral. Estas condiciones son básicas hoy en día, como el orden y la paz social, pero por encima de ellas destaca la libertad. Esto es así porque quien no dispone de libertad de hacer, de libre albedrío, difícilmente podrá obrar bien o mal desde el punto de vista moral. No se puede catalogar algo como bueno o malo si detrás no tiene una libertad de acción y, por tanto, una decisión de obrar en un sentido u otro. Kant llegará a afirmar en su obra *La crítica de la razón práctica*: «la libertad es la razón de ser de la ley moral».

Esta conclusión tiene un sólido razonamiento detrás, partiendo de la base de la vida social. Se es libre viviendo en sociedad porque el Derecho impone de forma estable un sistema de derechos y libertades para todos –aunque también

de obligaciones—. Así, el Derecho garantiza a cada persona una esfera de libertad personal dentro de la convivencia social. El Derecho se convierte para Kant en el conjunto de condiciones que hacen compatible la libertad de cada uno con la de los demás.

Como contraparte, la moral respalda e impulsa al Derecho motivando a su obediencia como un deber moral, como fundamento del deber jurídico. Podemos plantearnos si es cierto que existe un deber moral de obedecer el Derecho, o se limita a un deber jurídico carente de contenido moral.

Pues bien, si observamos las convicciones ético-políticas socialmente dominantes, se puede concluir que existe cierto contenido moral que actúa como fundamento de los deberes jurídicos. Podemos formular dos argumentos a favor de ello:

- (a) La idea de *fair play* o juego limpio. Todos los individuos que vivimos en sociedad nos beneficiamos de las ventajas proporcionadas por el Derecho: aspectos como la paz, la seguridad, la coordinación social, entre otros. No obstante, estas ventajas implican las restricciones de libertad que todo derecho conlleva. Si nos beneficiamos del sacrificio colectivo realizado por los demás, ello deriva en un deber moral de asumir el mismo sacrificio, ya que si no lo hacemos nos estaremos aprovechando del esfuerzo de los demás.
- (b) Todos tenemos el deber moral de ser justos y de respaldar instituciones justas. Por tanto, si las normas e instituciones que crea nuestro Derecho son justas, tendremos un deber moral de obedecerlas. Este argumento conlleva un gran riesgo, sin embargo, ya que supedita la obediencia a las instituciones a la condición de que sean justas, es decir, acorde con los principios morales.

Hay que recordar que la obediencia al Derecho no se basa exclusivamente en razones morales. Para algunos positivistas radicales, la obediencia a las normas jurídicas es fruto de la presión coactiva del Estado y de la sanción prevista. Sin embargo, otros más moderados defienden que los motivos para obedecer son más variados. Habrá quien cumpla las normas por

respeto a la tradición, otros por miedo a las sanciones y otros por inercia, pero ello no implica que no exista un fundamento moral para obedecer una norma jurídica. Es más, sólo una razón moral puede justificar en último término una vinculación normativa. Podemos concebir un sistema jurídico que no cuente con el respaldo de los principios morales imperantes en la sociedad, sin embargo, más complicado es concebir un sistema cuyas obligaciones jurídicas se encuentren solamente respaldadas por el miedo a la sanción o el respeto a la tradición y que dicho sistema sea estable en el tiempo. Si un sistema jurídico se reconoce como vinculante es porque se acepta su legitimidad o autoridad moral por la mayoría social. Esta aceptación no podría producirse con un Derecho que no tuviera al menos la intencionalidad de ser justo –por supuesto, existen muchos ejemplos de normas concretas aceptadas por una mayoría social que difícilmente podrían calificarse como aceptables moralmente, pero nos referimos aquí al sistema jurídico en su conjunto–.

Podemos concluir así que existe una relación de apoyo mutuo entre el orden jurídico y el orden moral. El primero posibilita el desarrollo de la vida moral en sociedad y el segundo legitima o justifica al sistema jurídico y lo dota de estabilidad.

### **3.3.2. Dimensión material: el necesario contenido moral del Derecho.**

En este punto nos vamos a referir a la conexión entre Derecho y moral en su aspecto material con el fin de justificar la relevancia jurídica que tienen los principios. Por un lado, la moral respalda al Derecho fundamentando el deber de obedecerlo, así como el Derecho respalda las exigencias de la moralidad incorporándolas a las normas jurídicas. Desde esta perspectiva de la relación entre ambos, podemos deducir que la moral influye e incluso condiciona el contenido del Derecho.

Echando un vistazo superficial a la legislación, podemos comprobar que existen evidencias y remisiones, tanto implícitas como explícitas, de las normas jurídicas a la moral. En nuestro Código Civil, sin ir más lejos, existen multitud de estas referencias. A modo de ejemplo:

- Artículo 1.3 CC: ya en su primer artículo, el texto legal condiciona la aplicación de la costumbre a la no existencia de ley aplicable y «siempre que no sea contraria a la moral o al orden público».
- Artículo 1255: «Siempre que no sean contrarios a las leyes la moral o el orden público». Esto implica supeditar la validez de dos importantes fuentes del derecho como son la costumbre y los negocios jurídicos, a su moralidad.
- Otras remisiones a lo largo de todo el texto legal del tipo buena fe, buenas costumbres o similares.

La relación derecho y moral se puede observar también en el orden penal, donde se produce una intensa interrelación. Podemos apreciar que la mayor parte de las conductas antijurídicas son también inmorales o condenables desde el punto de vista moral. Tiene mucho sentido que así sea, porque Derecho y Moral no son más que dos subsistemas del gran sistema social, y ambos comparten el mismo objetivo: posibilitar e impulsar la vida en sociedad.

## **4. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS. PRINCIPIOS Y NORMAS.**

Hasta ahora hemos planteado el modelo principialista como un sistema jurídico integrado por reglas más principios y en el que Derecho y Moral forman dos cuerpos separados, pero en constante interrelación. Es hora de ahondar en el complejo concepto jurídico que se encuentra bajo la clase genérica de los principios. Hablaremos de sus particularidades, de su tipología y, sobre todo, de las diferencias entre principios y normas.

### **4.1. DIVERSOS SENTIDOS DE LOS PRINCIPIOS.**

Muchos son los autores que han reflexionado sobre el sentido de los principios jurídicos y muchos son los sentidos que se han otorgado a dicho término. Encontramos diferencias tanto en su grado de generalidad, en su estructura, en su grado de abstracción, en la normatividad o eficacia jurídica. Ello da lugar a distinguir otras categorías distintas del concepto general de principios que, como habíamos adelantado, es tremendamente genérico. Para comenzar la exposición, partiremos de las distintas nociones que establecen Atienza y Ruiz Manero (2004, pp.4-5).

#### **A) Principio en el sentido de norma general.**

Son aquellos que regulan un caso desde un punto de vista muy general. Esta generalidad hay que entenderla en el sentido, no de llegar un mayor o menor número de destinatarios, sino de las propiedades relevantes del caso que regula. No aparecen específicamente vinculados con normas jurídicas concretas, ni son formalmente incorporados al derecho.

Por ejemplo: el principio *pacta sunt servanda*.

#### **B) Principio en el sentido de norma redactada en términos vagos.**

Son normas que por sus características aparecen incorporadas al ordenamiento, pero en unos términos que requieren una posterior labor de concreción. Se componen frecuentemente de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, que sólo puede reconocerse de una forma genérica o abstracta.

Por ejemplo: cuando el precepto se refiere a la diligencia debida o a la moral.

### **C) Principio en el sentido de directriz, o regla programática.**

Son normas formalmente válidas y reconocidas en el ordenamiento – especialmente en la Constitución– que reconocen un objetivo deseable para la sociedad e impone a los poderes públicos la obligación de perseguirlo.

Por ejemplo: el artículo 9.2 de la Constitución Española impone a los poderes del Estado promover las condiciones para la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra.

### **D) Principio en el sentido de norma que expresa los valores supremos del ordenamiento jurídico.**

También puede expresar valores de un determinado sector del ordenamiento, o bien de una institución.

Por ejemplo: el artículo 14 CE, que recoge el principio de igualdad y no discriminación; o el artículo 16 CE, que recoge el principio de libertad religiosa.

### **E) Principio en el sentido de *regula iuris*.**

Consiste en un enunciado o máxima de la ciencia jurídica. Tiene como características un considerable grado de generalidad y permite la sistematización del ordenamiento jurídico. Algunos están recogidos expresamente en el derecho positivo, mientras que otros subyacen a este.

Por ejemplo: el artículo 9.3 CE recoge de forma expresa el principio de jerarquía normativa para el conjunto del ordenamiento.

## **4.2. CLASES DE PRINCIPIOS.**

En el punto anterior podemos atisbar la dificultad que hay para establecer un concepto inequívoco de principio o para categorizar sus diversos sentidos, ya que hay varios de los arriba mencionados que se diferencian en ciertas cosas, pero se solapan en otras. Para evitar confusiones y hablar de los principios en términos imprecisos, realizaremos una tipología de las cuatro clasificaciones

más importantes establecida por Atienza y Ruiz Manero (2004, pp.5-6) que, si bien no es exhaustiva, nos ayudara a sistematizarlos.

### **1) Principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas.**

Aunque ya habíamos adelantado esta distinción, aquí hablamos de ella como una dualidad excluyente. Si bien un principio en sentido estricto puede usarse en algunos de los sentidos propios de una directriz, o es una o es la otra. La diferencia entre ambos consiste en el grado de concreción. Las directrices son más abstractas que los principios en el sentido de que definen metas políticas, refiriéndose a valores sociales a los que quiere afectar de manera positiva o negativa, pero necesitan actos de concreción material para desarrollarse.

### **2) Principios en el contexto de sistema primario y principios en el contexto del sistema secundario.**

En esta categoría no hacemos distinción alguna entre principios estrictos o directrices. Cuando decimos principios en el contexto del sistema primario o secundario nos referimos a quién va dirigido el principio en cuestión. Es decir, tenemos los principios primarios, dirigidos a guiar la conducta de los ciudadanos; y los secundarios, dirigidos a guiar el ejercicio de los poderes públicos. La peculiaridad aquí es que, mientras que los ciudadanos no son destinatarios de los principios en el contexto del sistema secundario, los poderes públicos son destinatarios de un modo indirecto de los principios en el contexto del sistema primario. En la fase de aplicación del Derecho, los órganos jurisdiccionales deben observar estos últimos, aunque sea como criterios de valoración de una conducta.

### **3) Principios implícitos y explícitos.**

Es, quizá, la distinción más evidente. Explícitos son aquellos que se formulan de manera expresa en el ordenamiento jurídico, como es el caso de los principios constitucionales. Los implícitos, sin embargo, son aquellos que subyacen al sistema y que son extraídos mediante un proceso de abstracción



del auténtico sentido de los enunciados jurídicos. A título de ejemplo, podemos mencionar el principio del imperio de la ley, o el principio del legislador racional.

#### **4) Principios sustantivos y principios institucionales.**

Los principios sustantivos son los que hemos categorizado como principios en sentido estricto y las directrices. Lo característico es que expresan valores u objetivos que el sistema jurídico debe realizar o aspirar a realizar. Por otro lado, los principios institucionales tienen como destinatarios a los poderes públicos y derivan de los valores internos del Derecho y del objetivo general de la eficacia del Derecho y de su funcionamiento eficiente. Son exigencias del propio sistema y se dirigen hacia éste, como es el caso del principio de irretroactividad o el de publicidad.

### **4.3. PRINCIPIOS Y NORMAS.**

Como ya hemos mencionado, la discusión en la teoría del Derecho contemporánea arranca con la obra de Dworkin. En su libro *Taking rights seriously* (1978), el autor nos da una primera noción sobre la diferencia existente entre principios y normas: las normas son aplicables en un sentido de todo-o-nada, de manera que si dan las condiciones de hecho que estipula la norma, ésta debe aplicarse de forma automática. Por el contrario, si no se dan dichas condiciones, no se aplicará. Los principios, sin embargo, cuentan con una dimensión de la que las normas carecen: la dimensión de importancia. Cuando se produce un conflicto entre principios, los órganos jurisdiccionales deben realizar una ponderación de los bienes jurídicos en juego. Ponderación que de ninguna manera podría hacerse con las normas (pp. 24-27).

Pese a esto, vamos a ver que la distinción no es tan sencilla. Al ser los principios una figura jurídica tan abstracta, la diferenciación con las normas es rica en matices y varía mucho en función de la perspectiva que utilicemos. El problema siguiente será, pues, cómo podemos distinguir normas y principios y qué alcance tienen las anteriores clasificaciones de éstos.

Para abordar esta cuestión, daremos al problema tres enfoques que la doctrina ha planteado en relación con las normas y seguiremos, de nuevo, el esquema planteado por Atienza y Ruiz Manero (2004, pp.6-19):

1. **Enfoque estructural:** consiste en ver las normas como entidades organizadas. Como enunciados que relacionan casos genéricos con soluciones.
2. **Enfoque funcional:** se centra en el papel que cumplen las normas en el razonamiento práctico de sus destinatarios.
3. **Enfoque sociológico:** se centra en las normas como conexión con las relaciones de poder y los intereses sociales.

#### **4.3.1. Enfoque estructural.**

Antes de comenzar, hay que realizar algunas aclaraciones:

- (a) Este enfoque apunta a la dimensión lingüística de las normas y de los principios.
- (b) Partiremos del esquema elaborado por Alchourrón y Bulygin (1974).

Pues bien, el mencionado esquema, elaborado por estos autores en su obra *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, concibe las normas como correlaciones entre casos genéricos y soluciones –entendidas como la calificación normativa de la conducta en cuestión–. Este enfoque, sin embargo, es adecuado solamente para las llamadas reglas de acción. Junto con ellas existen las llamadas reglas de fin que, más que establecer la conexión anterior, establecen un objetivo que los autores llaman *la obtención de un cierto estado de las cosas*. Esta distinción es relevante porque, en el caso de estas últimas reglas, se deja al arbitrio del destinatario la selección de los métodos o acciones concretas que considere apropiados para conseguir dicho estado de las cosas. Existe un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción. Esta distinción entre reglas es útil a la hora de analizar las divergencias entre los principios en sentido estricto y las directrices.

A) En primer lugar, los autores entienden que los **principios en sentido estricto** pueden formularse de manera similar a las reglas de acción (lo que no quiere decir que no haya diferencias). En este sentido, se formulan como enunciados que correlacionan conductas con soluciones determinadas, pero lo hacen de una forma mucho más amplia. En las reglas, las propiedades que conforman el caso forman un *numerus clausus*, lo que encaja con la concepción de normas de «todo-o-nada» de Dworkin. Sería incoherente que un tipo de normas configuradas así incluyeran un conjunto abierto de propiedades, por no hablar de la inseguridad jurídica que ello acarrearía. Sin embargo, es precisamente lo que sucede con los principios, cuyas propiedades no se encuentran determinadas. En la obra de Robert Alexy (1988) encontramos sus reflexiones sobre esta idea:

«El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos» (pp.134-143).

Esta forma de entender los principios que propone Alexy es, a juicio de Atienza y Ruiz Manero, aplicable a las directrices o normas programáticas, pero no a los principios en sentido estricto. Para entender la diferencia, tomamos el principio de igualdad y no discriminación como ejemplo de principio en sentido estricto, establecido explícitamente en el artículo 14 de la Constitución Española. Dicho principio requiere que se dé una oportunidad para discriminar en función de raza, sexo, etnia, etc.; y prohíbe dicho acto discriminatorio. Tal prohibición sólo cede si interfiere otro principio que tenga un mayor peso. En este caso, podría justificarse un tratamiento desigual, como se produce en aquellas situaciones en que se realiza una discriminación positiva o necesaria –cuando se considera que el bien jurídico que salvaguarda tal discriminación es superior

al perjuicio que produce—, pero no puede un tratamiento ser desigual “a medias”. Es decir, el principio del artículo 14 o se cumple o no, pero no existen modalidades intermedias de cumplimiento.

Las reglas, en cambio, tienen una estructura destinada a evitar realizar un ejercicio de ponderación de principios o valores. No obstante, esta estructura, cuya pretensión es ser más concluyente en relación con las condiciones de aplicación, puede verse afectada en aquellos casos en que la aplicación de una regla entre en conflicto con un principio que tenga un mayor peso que el principio subyacente a la regla.

B) Pasamos ahora a las **directrices o normas programáticas**. Aquí sí que resulta perfectamente aplicable la distinción introducida anteriormente por Alexy para dar cuenta de los principios como «mandatos de optimización». Las directrices prescriben la consecución de un cierto estado de las cosas, sin ordenar ni prohibir acciones concretas, y dejan a la discreción de los poderes públicos cuáles serán las acciones más apropiadas para llegar al objetivo de forma eficaz. A diferencia de los principios en sentido estricto, su cumplimiento sí que admite diferentes grados y de hecho es necesario tratar de compatibilizar distintas directrices de manera que no se persiga uno de los objetivos a toda costa, sino articular medidas políticas que permitan el mayor grado posible de cumplimiento del estado de las cosas prescrito.

Hay que tener en cuenta que las directrices establecen objetivos a conseguir, pero los cursos de acción idóneos para alcanzar un objetivo determinado pueden interferir con otros que tengan un objetivo diferente. Muchos de ellos se encuentran interrelacionados e incluso tienen efectos contrarios. A título de ejemplo, tenemos el objetivo establecido por el artículo 47 CE de facilitar el acceso a una vivienda digna, el cual puede no sólo interferir, sino producir efectos negativos sobre otros (también de rango constitucional), como el principio de estabilidad económica del artículo 40 CE. No se trata, por tanto, de alcanzar esos objetivos plenamente, sino de alcanzar el punto más cercano a ellos.

#### 4.3.2. Enfoque funcional.

Desde esta perspectiva vamos a contemplar los principios desde la función que desempeñan en el razonamiento práctico de sus destinatarios, esto es, como razones para la acción. Empezaremos considerando los principios únicamente en el contexto del sistema secundario, es decir, aquellos que van dirigidos a las autoridades normativas y en concreto a los órganos jurisdiccionales. Estos órganos son aquellos a los que el Derecho confiere el poder normativo para resolver autoritativamente las disputas y, simultáneamente, les impone el deber de fundamentar jurídicamente sus decisiones.

Las **reglas de acción** están creadas de manera que, cuando se den las condiciones para su aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan su propio juicio y adopten el contenido de la regla como base de su resolución. De esta manera se simplifica enormemente la labor del destinatario, ya que solamente debe adecuar su conducta a la prescrita en la regla, desentendiéndose de las consecuencias que sus acciones puedan tener. Las **reglas de fin** guían la conducta de una forma diferente, porque en vez de hacer recaer sobre el destinatario la responsabilidad por sus acciones, lo hacen sobre las consecuencias de su comportamiento.

En cuanto a los **principios explícitos**, presentan diferencias con las reglas en cuanto a que no están destinados a excluir el juicio de los órganos jurisdiccionales. Al contrario, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de las razones (principios) intervinientes y resolver en consecuencia. En el caso de los **principios implícitos** sucede lo mismo en cuanto a no excluir la ponderación de razones en el contenido de la resolución, pero, a diferencia de los anteriores principios y reglas, estos no forman parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales por razón de su fuente. Tanto las reglas como los principios explícitos –sin diferenciar si son principios en sentido estricto o directrices–, cuentan con esa razón por la cual los órganos jurisdiccionales deben obedecer las normas a causa de su fuente –el órgano con autoridad normativa que la haya dictado–. En el caso de los principios implícitos no es así porque no aparecen en fuente alguna, sino que subyacen al

ordenamiento. La razón para la acción aquí no reside, pues, en la autoridad de la que emanan, sino en su contenido. Dicho contenido es razón suficiente para vincular a los órganos jurisdiccionales precisamente por su coherencia con el conjunto del ordenamiento jurídico.

Analizaremos ahora **los principios en sentido estricto y las directrices** desde el punto de vista de razones para la acción. En primer lugar, las directrices producen razones para la acción de carácter utilitario, es decir, establece un objetivo que se entiende deseable por todos y por ello todas las razones que sirvan para aproximarse a dicho objetivo serán, en principio, deseables. Por supuesto, estas razones no son irrefutables y pueden ceder ante otras con mayor fuerza. Los principios en sentido estricto producen razones para la acción de carácter corrector, lo que significa que en la deliberación práctica las razones de corrección actúan como razones últimas. De manera que, aunque tampoco son excluyentes, evalúan y, en caso de conflicto, superan a las razones utilitarias de las directrices.

Estos conflictos requieren ponderación, pero su sentido varía en función de las razones intervinientes. Así, un conflicto entre **razones de corrección** consiste en crear casos genéricos y determinar qué principio prevalece en cada caso. Un ejemplo claro sería el clásico conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, cuya ponderación se realiza en base a matices como la relevancia pública de dicha información. Sin embargo, en el caso de las directrices, la ponderación entre **razones utilitarias** consiste más bien en concretar la forma de realizar los objetivos que establecen al asignar los recursos disponibles de forma eficaz y sin deteriorar, en la medida de lo posible, el resto de los objetivos. Un ejemplo actual sería el conflicto que existe entre la estabilidad presupuestaria a largo plazo y la sostenibilidad del sistema de pensiones. El Estado puede endeudarse con el fin de garantizar el pago de las pensiones, pero mantener ese sistema entra en conflicto con la estabilidad presupuestaria y las políticas de déficit público. Es necesario realizar una cierta priorización entre los objetivos, así como juicios sobre los cursos de acción realizados para cumplirlos. Ambos factores pueden llegar a ser muy controvertibles, de ahí que se encomienden a órganos legitimados

democráticamente y que el control judicial se limite a aquellos actos que van manifiestamente en contra del objetivo a alcanzar.

#### **4.3.3. Enfoque sociológico.**

Tal como lo enfocan Atienza y Ruiz Manero (2004). Partimos del concepto amplio de «poder», entendido como la capacidad que tiene un individuo o grupo social de afectar a los intereses de otro (pp. 39-43).

Lo esencial de esta noción tan genérica de poder es el tipo de relaciones que genera, en las que unos tienen capacidad para afectar los intereses de otros y, por tanto, se caracterizan por su desigualdad. Nos interesa la relación que tiene el poder con las normas jurídicas, ya que las propias normas configuran una estructura de poder. Cabe preguntarnos por qué las normas jurídicas conforman relaciones desiguales basadas en intereses. Para justificar esto, recordamos que una de las principales causas de que exista un ordenamiento jurídico es la incapacidad natural de alcanzar la armonía de intereses entre los individuos o grupos sociales que integran el tejido de la sociedad. Sin normas jurídicas que articularan y ordenaran estos intereses, la vida en sociedad sería sumamente complicada. No obstante, esta necesidad no es óbice para que existan distintas formas de realizar esta articulación.

- A) A través de disposiciones jurídicas que permitan a sus destinatarios actuar dentro de una esfera de libertad sin necesidad de ponderar en cada ocasión cómo sus acciones pueden afectar a los intereses de otros. Esta forma de proceder de las normas que hemos denominado “normas de acción”. Actúan imponiendo restricciones recíprocas a los individuos, garantizando un espacio de no interferencia por parte de otros sujetos sociales.
- B) Un sistema jurídico, sin embargo, no se detiene a delimitar el terreno en el que cada uno persigue sus intereses personales, sino que llega a promover de forma activa algunos intereses que pueden beneficiar a la sociedad como colectivo. Para lograr este propósito habrá que establecer normas programáticas o reglas de fin. Este tipo de normas obliga a realizar una ponderación de intereses a posteriori y hacen

dependen los cursos de acción emprendidos de circunstancias cambiantes que no aparecen determinadas en las normas.

- C) Los sistemas jurídicos también imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los sujetos mediante la asunción de valores que se considera que prevalecen frente a los intereses de cualquiera. Se recogen en los principios en sentido estricto que, como hemos visto, tienen un papel predominantemente negativo: no pretenden ni ordenar ni promover intereses, sino proscribir la persecución de ciertos intereses que se consideran perjudiciales. Ya hemos visto algunos ejemplos de esto anteriormente con el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE, cuya finalidad es impedir que actitudes consideradas perjudiciales, como el machismo, el racismo o la xenofobia, puedan afectar a esos valores considerados como razones categóricas.

#### **4.4. DIMENSIONES DE LOS PRINCIPIOS.**

Siguiendo el esquema del punto anterior en el cual hemos distinguido tres perspectivas diferentes, ahora procederemos a enlazar los mismos enfoques con las funciones más importantes que cumplen los principios en el Derecho. Seguiremos utilizando la metodología comparativa de principios y reglas para aclarar cómo desempeñan ambas figuras jurídicas estas funciones.

##### **4.4.1. Dimensión explicativa.**

Los principios realizan una función de explicación y sistematización del Derecho que vamos a relacionar con el análisis estructural. Esta función es considerada como la principal que realiza la ciencia jurídica, por lo que los principios juegan un papel fundamental. Los principios realizan esta labor explicativa de dos maneras:

- En primer lugar, sintetizando una gran cantidad de información. Estos enunciados son capaces de transmitir no normas concretas, sino los valores con los que cuenta el conjunto del sistema jurídico y cómo se relaciona con el sistema social.



- En segundo lugar, porque nos permiten entender el Derecho como un conjunto ordenado, coherente, con sentido. Cuentan con una enorme capacidad sistematizadora ya no sólo del ordenamiento en general, sino de cada rama e institución.

Una regla tiene capacidad explicativa, pero ésta se encuentra limitada al caso concreto que la regla regula. Los principios, sin embargo, transmiten una enorme cantidad de información del sistema jurídico en el que operan.

#### **4.4.2. Dimensión justificativa.**

Esta dimensión está íntimamente relacionada con el papel que desempeñan los principios en el razonamiento jurídico. Esta función presenta ciertas diferencias respecto a las reglas. Por un lado, las reglas son más fácilmente aplicables en el sentido de que si se considera una regla como aceptada y el caso que nos ocupa reúne las condiciones para que dicha regla se aplique, no vamos a tener que recurrir a un proceso de ponderación de razones, sino que la regla opera directamente. Por otro lado, la aplicación de los principios requiere de la mencionada ponderación y son menos concluyentes que las reglas. Pero resulta que, al estar enunciados en términos tan generales, abarcan un número mayor de situaciones. De la misma manera que concluíamos en el apartado anterior que los principios cuentan con un mayor poder explicativo que las reglas, también cuentan con un mayor alcance justificativo.

En cuanto al razonamiento práctico, presentan estructuras diferentes. Las reglas tienden a simplificar una realidad compleja con el fin de evitar llegar a hacer juicios de ponderación. Si aceptamos la premisa «si se produce X, entonces se debe hacer Y», excluimos cualquier actividad valorativa, quedando claro el sentido de la regla. Sin embargo, una directriz tendría una estructura cuya premisa es «H es un estado de las cosas que debe alcanzarse en la mayor medida posible», de la que podremos deducir acciones que sean idóneas para llegar a ese objetivo, pero el margen de actuación es mucho más amplio que en el caso de las reglas.

#### **4.4.3. Dimensión legitimadora.**

Los principios aparecen relacionados tanto con las funciones sociales como con las funciones internas del Derecho. El problema que nos ocupa en esta dimensión legitimadora es cómo los principios jurídicos inciden en el uso, la legitimación y el control del poder.

La primera función aparece íntimamente ligada al Estado del bienestar, que genera un Derecho con funciones más complejas que en los modelos sociales anteriores. En esta nueva realidad del Estado contemporáneo se promueven una serie de objetivos que son deseables, a priori, por el conjunto de la sociedad. Este tipo de objetivos toman la forma de directrices y su presencia en los ordenamientos de las sociedades desarrolladas ha crecido enormemente las últimas décadas. Sin embargo, este tipo de objetivos hemos visto que pueden justificar una cantidad muy amplia de cursos de acción, por lo que surge la necesidad de limitar esas posibles acciones. Tal restricción se ha efectuado incorporando al Derecho criterios morales bajo la forma de los llamados derechos humanos o derechos fundamentales.

Los principios en sentido estricto también han evolucionado y, en orden con este papel legitimador de los principios, cada vez se formulan de una manera más explícita, llegando algunos a plasmarse en los textos legales de más alto rango a nivel nacional, como son las constituciones; o incluso internacional, por la vía de las declaraciones de derechos recogidas en Tratados internacionales. En definitiva, los principios juegan por un lado un papel legitimador del poder en el sentido de conseguir objetivos sociales por todos deseados, pero también juegan un papel de control del poder en el sentido de establecer límites a los poderes públicos.

Para concluir este apartado, Atienza y Ruiz Manero afirman que el ejercicio legítimo del poder consistirá en un balance entre lograr objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este equilibrio depende en buena medida de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas a los principios jurídicos.

## 5. CONCLUSIONES: PRESENTE Y FUTURO DE LA CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA.

Para concluir con el esbozo que hemos realizado de la concepción principialista, o del modelo de reglas más principios, vamos a realizar un somero análisis de la repercusión que tiene esta doctrina en la actualidad. Trataremos de establecer una relación entre el modelo planteado y las posturas constitucionalistas más modernas siguiendo la obra del italiano Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*.

Este autor plantea una idea de Derecho que requiere una profunda renovación en cuanto a numerosas concepciones jurídicas que operan hoy en la práctica. Pone en cuestión lo que existe detrás del Derecho de los textos oficiales, esto es, de las estructuras de pensamiento, las expectativas y los estilos jurídicos heredados del pasado. El autor utiliza el término «ductilidad» para referirse al Derecho de los Estados constitucionales actuales. Con este adjetivo hace referencia a la necesaria coexistencia de valores y principios en los que está basada una Constitución. Dicho texto, dada su posición dentro de la jerarquía normativa, exige unas funciones integradoras y unificadoras del sistema jurídico y, en este sentido, asume los principios con un carácter no absoluto, sino que trata de compatibilizarlos en pro de la convivencia. Valores como la libertad de la sociedad, la igualdad ante la ley o el reconocimiento de derechos de individuos o de colectivos, constituyen una aspiración polifacética que hay que tratar de coordinar y no imponer unos sobre otros.

La salvaguarda simultánea de diversos principios es una aspiración altamente deseable, pero indefectiblemente conduce al conflicto entre éstos. Por tanto, para Zagrebelsky (1995), en el Estado constitucional actual es necesario construir una «dogmática fluida», capaz de contener y compatibilizar las relaciones entre principios y valores. Deben establecerse vinculaciones necesariamente flexibles entre estos conceptos de manera que, aunque mantengan su individualidad, puedan coexistir sin someter a los demás. Así, «el único contenido sólido que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios» (p.17).

El modelo constitucionalista actual que plantea Zagrebelsky exige considerar que, al distinguir entre principios y normas, en cierta medida, es distinguir entre Constitución y Ley. Pese a que la Constitución se encuentra formada tanto por principios como por normas, sólo los principios desempeñan una función específicamente constitucional en el sentido de ser «constitutivos» del orden jurídico. Mientras que una regla de rango constitucional se agota en sí misma, los principios se aplican de manera extensiva al conjunto del ordenamiento jurídico. Por otra parte, afirma que la diferencia metodológica entre principios y normas consiste en la posibilidad por parte de las reglas de ser observadas y aplicadas mecánicamente; sin embargo, la aplicación de un principio implica que el sujeto que observa el principio «tome posición» ante la realidad que se presenta ante él.

Es necesario hacer referencia al trato que hace Zagrebelsky al papel de los principios en la aplicación judicial. El cambio del «derecho por reglas» positivista se configura como algo cualitativamente diferente al «derecho por principios» del estado constitucional contemporáneo, y dicho cambio tiene consecuencias muy importantes para la jurisdicción.

Desde la mentalidad positivista, los principios son concebidos como un peligro para el ordenamiento por carecer de un auténtico carácter jurídico. Al contener enunciados amplios y ambiguos, así como referencias morales y ético-políticas, los principios producirían una «contaminación de las verdaderas normas jurídicas». Tal contaminación se produciría causada por la dificultad –o imposibilidad– de aplicar los principios por parte de los jueces. Esto conduciría a una desconfianza en el Derecho, produciendo confusión e inseguridad jurídica. Los principios contarían desde esta óptica con una importancia más política que jurídica y, por consiguiente, su operatividad como verdadero Derecho estaría condicionado al desarrollo de los valores por parte de las leyes. Esta forma de concebir el Derecho, propia del estado legislativo y del positivismo jurídico, se opone a la tendencia constitucionalista partidaria de la visión principialista del Derecho. Según ésta, las normas legislativas constituyen sólo una de las facetas del Derecho y es necesario hacer concordar esta faceta con la dimensión principialista formada por los principios contenidos en la Constitución -entre otros-. Dicha concordancia sólo puede ser asumida por la labor jurisdiccional.

Son los jueces y tribunales los que, en su labor de aplicación del Derecho, tienen la obligación de asegurarse de que la consecuencia de la ley no derive en una vulneración de la faceta principialista.

Por tanto, podemos concluir con que la visión constitucionalista que plantea el autor italiano nos presenta una dualidad del Derecho. Por un lado, la *lex*, la ley que emana del poder legislativo del Estado. Por otro lado, el *ius*, los valores y principios plasmados en muchas normas de rango constitucional, que de ninguna manera son derecho natural, sino que precisamente representan una creación política, un intento de «positivizar» los ideales de justicia y de moral social que los juristas a lo largo de los siglos han caracterizado como derecho natural.

El viejo debate entre los seguidores del iusnaturalismo y los del iuspositivismo está lejos de acabar. Sin embargo, hemos visto a lo largo del trabajo que es precisamente este continuo enfrentamiento entre juristas y filósofos de distintas épocas lo que explica el nacimiento de la concepción que nos ocupa. Es el largo recorrido a través de posturas teóricas de unos y de otros, de críticas demoledoras e incluso de profundos cambios en la estructura de la sociedad, el que ha construido, quebrantado y renovado la teoría del Derecho. Me aventuro a decir que nunca existirá unanimidad en esta materia, y no debería. Porque tanto el derecho natural como el derecho positivo forman parte del saber jurídico y a través de su interacción se posibilita explicar y explorar el Derecho.

La concepción principialista se construye como una síntesis superadora de ambas posturas. Da cabida en el sistema tanto a las normas naturales encontradas como a las normas positivas construidas o, en otras palabras, tanto a la moralidad como a la legalidad formal.

La realidad jurídica que observamos en pleno siglo XXI muestra una progresiva tendencia a incorporar en los textos legislativos un conjunto de principios, sean explícitos o implícitos, en el sentido de cláusulas interpretativas u orientativas de la ley formal. Tal es el caso de la mayoría de los Estados desarrollados, salvando las distancias entre el modo de incorporar los principios y la propia moral de la que provienen. De esta manera, para realizar una eficaz aplicación del Derecho y un buen funcionamiento del sistema normativo, habrá

que acudir a principios jurídicos cuyas raíces beben de la moralidad pública y que orientan dicho sistema y lo dotan de coherencia.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos, & BULYGIN, Eugenio (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº5. (pp. 139-145, trad. Manuel Atienza). Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-jurdico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>

ÁNGEL YAGÜES, Ricardo de (1993). *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*. Madrid: Civitas.

ARETIO RODRIGO, Ramón (2009). *Derecho natural. Lecciones elementales*. Bilbao: Universidad de Deusto.

ARISTÓTELES. (1981). *Ética a Nicómaco* (Ed. Bilingüe, trad. María Araujo y Julián Marías). Madrid: Centro de estudios constitucionales.

ATIENZA, Manuel & RUIZ Manero, Juan (2004). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

BLACKSTONE, William (1765). *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press (Oxford University Press).

CASTÁN TOBEÑAS, José (1988). *Derecho Civil Español, Cómún y Foral*. Madrid: Reus.

DWORKIN, Ronald (1977). *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (Trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.) Ciudad de México: UNAM. Disponible en <https://es.scribd.com/document/140989558/Ronald-Dworkin-Es-el-derecho-un-sistema-de-reglas>

- (1978). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio (1991). *Derecho natural*. Madrid: Universitas.

GÉNY, François (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (trad. José Luis Monereo Pérez) Granada: Comares.

- GONZÁLEZ, Ana Marta (2006). *Claves de ley natural*. Madrid: Rialp.
- HART, Herbert L. A. (1980). *El concepto de derecho* (trad. Genaro Rubén Carrió). Ciudad de México: Editora Nacional.
- (1980). *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, (págs. 3-18). Madrid. (trad. Liborio L. Hierro, Francisco Laporta y J. R. Páramo). Disponible en <https://es.scribd.com/document/161279675/El-Nuevo-Desafio-del-Positivismo-Juridico-H-L-A-Hart>
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., FABRA ZAMORA, Jorge Luis & GUZMÁN BUELVAS, Carolina Esther (2007/2008). *Riggs Vs. Palmer*. Revista telemática de Filosofía del Derecho, nº11, (363-374). Disponible en <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>
- KANT, Immanuel (2000). *Crítica de la razón práctica* (trad. Roberto Rodríguez Aramayo). Madrid: Alianza editorial.
- KELSEN, Hans (1991). *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Eudeba.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1988). *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General de Derecho Civil. En S. R. LACRUZ BERDEJO. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- LATORRE, Ángel (1991). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.
- PALACIOS, Cristian (18 de Abril de 2017). *La concepción principialista del Derecho*. Obtenido de Enfoque jurídico: <https://enfoquejuridico.org/#>
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- RAMOS PASCUA, José Antonio (2007). *La ética interna del derecho*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- RODILLA, Miguel Ángel (2013). *Teoría del Derecho*. Salamanca: Ratio Legis.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El derecho dúctil* (trad. Marina Gascón). Madrid: Trotta.