

REGLAS Y PRINCIPIOS*

Rules and principles

Dr. Juan Antonio GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)
<https://orcid.org/0000-0003-3096-4428>
jagara@unileon.es

Resumen

Se pasa revista a la distinción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero entre reglas y principios. Su tesis es que tanto las reglas como los principios tienen estructura condicional, pero en el caso de las reglas están cerrados el antecedente y el consecuente, mientras que los principios son normas que tienen abierto el antecedente (son excepcionables) y cerrado el consecuente. Se critica que esta caracterización es incongruente con la tesis de los mismos autores en el sentido de que todas las normas son derrotables, pues si todas son derrotables, todas son excepcionables y entonces todas son principios. Adicionalmente, se muestra que esta tipología de las normas, sumada a la metodología de la ponderación, implica el paso a un Derecho basado en juicios de equidad o de justicia del caso concreto. Por eso esta teoría del Derecho resulta incompatible con los postulados del Estado de Derecho democrático y social y tiene graves tachas de inconstitucionalidad.

Palabras claves: principios; reglas; ponderación; derrotabilidad; derechos; postpositivismo.

Abstract

The distinction of Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero between rules and principles is reviewed. His thesis is that both rules and principles have

* Una versión muy ligeramente diferente de este trabajo se publicó, bajo el mismo título, en Ángeles RÓDENAS, Víctor GARCÍA YZAGUIRRE (coords.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico*, Lima, Palestra Editores, Marcial Pons, 2023, pp. 149-172.

a conditional structure, but in the case of rules the antecedent and the consequent are closed, while the principles are norms that have the antecedent open (they have exceptions) and the consequent closed. It is criticized that this characterization is incongruent with the thesis of the same authors in the sense that all norms are defeasible, because if all are defeasible, they are all exceptionable and then all are principles. Additionally, it is shown that this typology of norms, added to the balancing methodology, implies the transition to a Law based on judgments of equity or justice of the specific case. That is why this theory of law is incompatible with the postulates of the democratic and social rule of law and has serious taints of unconstitutionality

Key words: principles; rules; balancing; defeasibility; rights; postpositivism.

Sumario

1. Reglas y principios. Su presentación por Ruiz Manero y Atienza. 2. Crítica de tal diferenciación entre reglas y principios en sentido estricto. 2.1. Los principios como normas excepcionables por definición (no mandatos de optimización): lo que un principio manda lo manda bajo condición de que no sea derrotado el principio en la ponderación. 2.2. ¿Regla o principio? A gusto del consumidor. 2.3. Las reglas no son lo que parecen. 2.4. El Derecho es equidad. Lo demás, sólo cuenta *prima facie*. 2.5. Ponderar como Dios manda, pero sólo cuando convenga. 2.6. Clasificar normas jurídicas para disolver el Derecho en la moral. **Referencias bibliográficas.**

1. REGLAS Y PRINCIPIOS. SU PRESENTACIÓN POR RUIZ MANERO Y ATIENZA

En *Las piezas del Derecho*, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO dibujan del modo siguiente la diferencia entre reglas y principios:

“La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello que-remos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas

(aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación pueda haber casos de penumbra)”¹

Para ATIENZA y RUIZ MANERO, los principios se aplican mediante ponderación, pero no son mandatos de optimización, en el sentido que ALEXYS les da. Mandatos de optimización serían solamente las directrices. Sigamos leyendo de esa obra:

“Un principio como el formulado en el artículo 14 de la Constitución española, visto como principio secundario, puede, nos parece, presentarse en forma de un enunciado condicional como el siguiente: ‘Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social’. La indeterminación característica de los principios la encontramos aquí únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar. Puede, desde luego, entenderse que ‘discriminación’ es un término vago en ciertos contextos, pero este tipo de vaguedad se da también en las pautas a las que llamamos ‘reglas’”²

Es interesante el ejemplo de regla que los autores ponen inmediatamente:

“La regla de que la mujer trabajadora debe recibir igual salario que el hombre se diferencia del principio anterior únicamente en que sus condiciones de aplicación se configuran de forma cerrada (así, el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores establece que ‘el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo’³), pero también aquí puede haber problemas de vaguedad a la hora de establecer tanto si sus condiciones de aplicación se dan en un determinado caso individual (pueden existir dudas sobre si una determinada

¹ ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 9.

² *Ibidem*, pp. 9-10.

³ En su redacción actual, establecida de conformidad con el apartado siete del artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el artículo 28 ET tiene un tenor un poco distinto. Trabajaremos con la versión que utilizan los autores.

actividad debe considerarse o no como ‘trabajo’), o sobre el alcance de la descripción de la conducta prohibida (un complemento salarial para vestuario diferente por razón del sexo ¿debe considerarse prohibido por dicho art. 28?). Estructuralmente, la única diferencia entre el artículo 14 CE y el artículo 28 ET reside en que, en el último caso, las condiciones de aplicación de la norma constituyen un conjunto cerrado, aunque su formulación pueda presentar problemas de indeterminación semántica (e insistimos en que las indeterminaciones semánticas no afectan al carácter de regla, a no ser que alcancen un grado extremo que no permitan que se hable ya de determinación de las condiciones de aplicación). Pero en cuanto a la descripción del modelo de conducta calificado deónticamente, ambas normas presentan un grado de indeterminación semejante. Dicho de otra forma: una vez establecido que, en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 prevalece frente a principios o reglas que juegan en sentido contrario, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”.⁴

2. CRÍTICA DE TAL DIFERENCIACIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS EN SENTIDO ESTRICTO

2.1. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS EXCEPCIONABLES POR DEFINICIÓN (NO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN): LO QUE UN PRINCIPIO MANDA LO MANDA BAJO CONDICIÓN DE QUE NO SEA DERROTADO EL PRINCIPIO EN LA PONDERACIÓN

Trabajemos con su ejemplo de principio, el del artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE). Sostienen que estamos sin duda ante un principio, pues están abiertas las condiciones de aplicación y cerrada la consecuencia jurídica o calificación normativa. La estructura de la norma sería esta, creo:

Si el acto normativo A es una discriminación, entonces el acto normativo A está prohibido.

Citemos de nuevo el fragmento decisivo: “La indeterminación característica de los principios la encontramos aquí únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar”.

⁴ *Idem*, p. 10.

Para que estén abiertas las condiciones de aplicación, y una vez que admitimos que es posible saber qué significa “discriminar” y que no es una expresión semánticamente abierta por completo, debería ocurrir que, de entre lo que puedan ser discriminaciones, la norma del artículo 14 de la CE no permita saber cuáles están prohibidas o permitidas. Pero entonces la norma que leemos en el artículo 14 de la CE tendríamos que entenderla así, en su auténtico sentido normativo:

Si el acto normativo A es una discriminación, entonces habrá que determinar si es una discriminación prohibida, en cuyo caso esa discriminación está prohibida.

Se estaría dando por sentado que el artículo 14 de la CE no prohíbe todas las discriminaciones que lo sean, sino solamente algunas de tales discriminaciones. En otras palabras, no se prohíbe la norma o acción discriminatoria que tenga las propiedades constitutivas de la discriminación, pues tales propiedades no están definidas, sino que quedan abiertas. Si estuvieran cerradas, estaríamos, según esta teoría, ante una regla y no un principio.

En realidad, eso es lo que hemos visto que claramente nos dicen ATIENZA y RUIZ MANERO: que las discriminaciones están prohibidas por el artículo 14 de la CE *prima facie* o en principio, pero que en verdad quedan prohibidas definitivamente por esa norma nada más que aquellas que no sean justificadas por un principio que pese más que esta norma del 14 de la CE.

Aquí está la que considero la gran falla de esta diferenciación entre reglas y principios: según esta teoría, lo que hace que una norma sea un principio es que su supuesto de hecho⁵ puede ser excepcionado de resultados de la derrota de esa norma en la ponderación. Un principio es una norma cuya estructura quedaría así:

La conducta X está prohibida, a no ser en los casos en que, en relación con el caso individual o genérico, concorra otro principio con mayor peso, en cuyo caso la conducta X está permitida.

Para simplificar, en lo que sigue llamaré *N* a esta norma que acabo de señalar.

⁵ Pero, en realidad, ¿cuál supuesto de hecho, si no está definido mediante propiedades determinadas? Pero si no es el supuesto de hecho lo que se excepciona, ¿qué es lo que se excepciona?

No olvidemos que en todo momento asumen que *una regla también puede ser derrotada por un principio*, si bien al peso de la regla es la suma del que tenga el principio que la justifica, más el principio de respeto al legislador, el peso de la institucionalidad.

Si esto es así, y en ATIENZA y RUIZ MANERO así es,⁶ *N* también puede ser una regla, pues *para las reglas vale exactamente la misma descripción estructural, ya que pueden igualmente ser derrotadas en la ponderación y a manos de algún principio*.

Creo que pocos de los que siguen esta doctrina negarán que es una regla la norma que manda al automovilista detenerse ante el semáforo en rojo. Ilustrémosla así simplificada:

Si el semáforo está en rojo, entonces el automovilista está obligado a detener su vehículo.

Pero desde el momento en que se admita, como hace toda esta escuela iusmoralista autodenominada postpositivista, que puede haber excepciones no expresamente tasadas a la obligatoriedad de tal conducta y que tales excepciones pueden y deben estar justificadas mediante principios que en el caso predominen, entonces vale la siguiente estructura para esa norma referida a los semáforos:

Si el semáforo está en rojo, entonces el automovilista está obligado a detener su vehículo, a no ser en los casos en que concurra un principio con mayor peso, en cuyo caso el automovilista no está obligado a detener su vehículo.

*Conclusión: todas las normas son, a efectos prácticos, principios, incluso las que tengan bien cerradas sus condiciones de aplicación.*⁷

⁶ *Vid. infra*, nota 12.

⁷ Se dirá que las reglas se diferencian porque cuando son ponderadas, pesa también el principio institucional o de seguridad jurídica. De acuerdo, pero si un principio lo puso el poder constituyente, nada menos, o el legislador legítimo, ¿por qué no vamos a pensar que tiene también un peso institucional semejante? Y si los principios se pesan siempre y porque sí, y las reglas, *prima facie*, no se pesan, tampoco avanzamos gran cosa, a efectos prácticos: lo que hace que una regla acabe siendo ponderada no depende de su estructura, sino de la imaginación del ponderador para bombardearla con principios que contra ella se ponderen y que, a su juicio, sirvan para vencerla.

Creo que hay una manera todavía más rotunda de hacer ver el carácter paradójico y autorrefutatorio de esta clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios. La expongo a continuación.

2.2. ¿REGLA O PRINCIPIO? A GUSTO DEL CONSUMIDOR

Según RUIZ MANERO y ATIENZA, en el caso de las reglas “las condiciones de aplicación están determinadas”, se presentan “de forma cerrada”. Esto ha de querer decir que la conducta o estado de cosas que en el antecedente de la norma se contiene viene caracterizado por las propiedades P^1 , P^2 ... P^n . El artículo 14 de la CE es un principio porque dice que no puede haber discriminación entre españoles en las normas, pero no está delimitado qué es discriminar (cuáles son las propiedades definitorias de la discriminación) o, correspondientemente, en qué consiste el que las personas sean tratadas del mismo modo, como iguales, en las leyes; y se supone que, por ejemplo, el artículo 138 del Código penal (CP) es una regla, porque califica como punible el matar a otro y matar sí que se sabe lo que es, aunque no se defina el matar exactamente en esa norma ni en ninguna otra del Código penal. Repito, el 138 del CP sería una regla porque se acota que lo que se prohíbe es matar y el artículo 14 de la CE sería un principio porque se prohíbe discriminar, pero no tenemos las propiedades definitorias del discriminar.⁸ Las condiciones de aplicación de esa norma penal estarían “determinadas”, pues consisten en matar, y las condiciones de aplicación de la norma del artículo 14 de la CE estarían “indeterminadas”, pues consisten en discriminar.

Y no se olvide que, según ATIENZA y RUIZ MANERO vienen insistiendo desde *Las piezas...*, lo que divide entre reglas y principios no es el grado de indeterminación semántica, el que “las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad”. Así que si el 14 de la CE es un principio y si el artículo 138 del CP es una regla, no es porque “matar” sea expresión más precisa que “discriminar”, sino porque matar es lo

⁸ Una variante más de la enigmática catalogación de los principios: son normas que “correlacionan soluciones normativas con una configuración del caso que no integra propiedades independientes, sino que solo atiende a que las razones para realizar la conducta prescripta tengan un mayor peso que eventuales razones en sentido contrario” (RUIZ MANERO, J., “Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, en J. Ruiz Manero y J. P. Alonso, coord., *Imperio de la ley y ponderación de principios*, pp. 26 y 27). O sea, la conducta prescrita en el artículo 14 de la CE es que no se discrimine por razón de sexo, entre otras bases posibles para la discriminación, pero lo que sea discriminar por razón de sexo no tiene “propiedades independientes” y hay que estar a las razones para discriminar o no por razón de sexo.

que es y discriminar no sabemos del todo qué es, pues si lo supiéramos, ya no será abierto el antecedente del artículo 14 de la CE, sino cerrado: sabríamos a qué se refiere tal norma como prohibido al decir que se prohíbe discriminar.

Las reglas se aplican subsumiendo,⁹ viendo si los hechos del caso encajan bajo las palabras del antecedente o supuesto de hecho, mientras que los principios se aplican ponderando, porque no es posible subsumir los hechos del caso así, ya que si posible fuera, sería porque el supuesto a que alude la norma está definido y entonces sería una regla. Por tanto, para que el artículo 14 de la CE sea un principio es necesario que no podamos definir lo que es discriminación o igualdad ante la ley. No es que tenga la norma en cuestión que definir las palabras que usa, pues el Código penal no define “matar a otro” y, sin embargo, es una regla. La Constitución tampoco define “discriminación” o “igualdad ante la ley” y el artículo 14 de la CE es un principio, según RUIZ MANERO.

Recordemos:

“[A]sí como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante subsunción de estos en aquella, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de esos casos con otros principios que resulten concurrentes. Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación: como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación es aquí inescapable”.¹⁰

El panorama resulta engañoso. Y más cuando se insiste en que los principios, en sentido estricto, no son mandatos de optimización, característica esa que solo se aviene con las directrices. Además, se señala que la razón por la que los principios se tienen que aplicar a través de la ponderación es porque no están definidas, son abiertas, sus condiciones de aplicación, al contrario de lo que pasa con las reglas:

“Las reglas pueden, pues, ser vistas como razones perentorias (como razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones

⁹ Véase, por ejemplo, RUIZ MANERO, J., “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, en F. J. Laporta, J. Ruiz Manero y M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, p. 102

¹⁰ RUIZ MANERO, J., “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, No. 28, 2005, pp. 343-344

en pro o en contra de ello) precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado; los principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de ello no puede establecerse más que mediante deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado”.¹¹

Digo que induce a equívoco todo esto, porque podría pensarse que esa separación aparentemente tajante entre principios que se aplican necesariamente ponderando y reglas que se aplican necesariamente subsumiendo hace que los principios sean por definición derrotables y sean inderrotables las reglas. Nada más lejos de la teoría de RUIZ MANERO y de absolutamente todos y cada uno de los iusmoralistas de todos los tiempos y variantes. El iusmoralismo niega la tesis iuspositivista de la separación entre Derecho y moral, precisamente para hacer que todas las normas jurídico-positivas puedan ser derrotadas cuando una norma moral de validez objetiva, racional, claramente lo exija. En eso consiste y para eso es que la llamada tesis de la unidad de la razón práctica, tan cara a Juan RUIZ MANERO y a todos los alexianos, sean de observancia estricta o lo sean de libre examen o matiz secundario.

Porque, en efecto, también las reglas pueden sucumbir a manos de principios. Un principio en sentido estricto puede igualmente vencer a una regla, excepcionando su aplicación, aunque ella plenamente venga al caso. Es decir, si una regla lo es porque tiene sus condiciones de aplicación completamente definidas, y si en los hechos de un caso se cumplen exactamente y sin margen de duda esas condiciones de aplicación, no siempre se va a considerar que la solución jurídicamente correcta consiste en aplicar esa regla a esos hechos por ella abarcados y deónticamente calificados, pues también un principio puede derrotar a una regla y, en suma, no existe absolutamente ninguna norma inderrotable,¹² con la posible salvedad, según RUIZ MANERO o ATIENZA, de la que consagra como superprincipio la dignidad humana.

Por consiguiente, de poco les sirve a las reglas tener definidas sus condiciones de aplicación y que se diga que se deben aplicar mediante subsunción, si basta que un principio se les oponga para que la aplicación o derrota de tal regla

¹¹ *Ibidem*, p. 344.

¹² Por eso tiene tan poco sentido que ALEXY defina las normas como mandatos taxativos, pues son mandatos taxativos derrotables. Sugerente oxímoron.

dependa de que, en abstracto o en el caso, pese más ella (o sus principios subyacentes) o pese más el principio que contra ella se pone a jugar.

Lo que hace que una norma sea un principio no es, en verdad, el que estén o no definidas las condiciones de aplicación. La auténtica clave se halla en la introducción en la descripción de la norma de la cláusula “a no ser...”, que ya conocemos bien: “y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso”.

Si queremos que una norma funcione como regla, no introducimos en su estructura y descripción la cláusula “a no ser”. Si queremos que sea un principio o que a efectos prácticos funcione como un principio, insertamos esa cláusula.

Normas jurídicas derrotables serían todas aquellas en las que es posible introducir la cláusula “a no ser”; normas inderrotables o imponderables, al menos, *prima facie*, son en las que no se admite que puedan llevar en su seno esa cláusula, las que no son descritas con esos componentes de su estructura. Pero como para el pospositivismo y todos los iusmoralismos de hogaño, y por mor de la llamada unidad de la razón práctica, todas las normas son derrotables,¹³ necesariamente todas las normas pueden llevar esa cláusula y jugar como principios.¹⁴

¹³ En su trabajo “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, explican ATIENZA y RUIZ MANERO que hay cuatro buenas razones por las que necesitamos un Derecho con reglas. Pero insisten también en que el Derecho es “una estructura de dos niveles”. El primer nivel es el de las reglas, “que resultan derrotables por consideraciones derivadas de los valores y propósitos –o, por decirlo más sumariamente, de los principios– que integran es segundo nivel” (ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, *Teoría & Derecho*, No. 4, 2008, p. 106). “[H]ay razones para entender que el Derecho no está compuesto sólo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido estricto) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios” (*ibidem*, p. 107). “[E]n situaciones caracterizadas por la presencia de reglas, han de entrar en línea de cuenta no sólo los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios (principios institucionales) vinculados al seguimiento de reglas (tales como la estabilidad, la predecibilidad, el respeto a la distribución de poder ordenada por la Constitución o por las leyes, etc.) [...]. De manera que las reglas son derrotadas en aquellos casos, pero sólo en aquellos casos, en los que el balance entre los principios que sustentan el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas” (*idem*, p. 113).

¹⁴ Últimamente sostiene RUIZ MANERO que la dignidad es norma jurídica inderrotable. Véase, por ejemplo, RUIZ MANERO, J., “Rule of law y ponderación...”, *cit.*, p. 23 y p. 37 y ss.

No quedan más que dos salidas: o bien asumimos que todas las normas son, a fin de cuentas, principios, aunque algunas tengan apariencia inicial de reglas (porque parece que están cerradas sus condiciones de aplicación, signifique eso lo que signifique), o aceptamos que cualesquiera normas que se ponderen *no se ponderan porque sean principios, sino que son principios porque se ponderan*; es decir, porque el que trabaja con la norma en cuestión ha decidido relativizar su valor normativo, convirtiéndola en derrotable *ab initio*, a base de presuponer que en su esencia lleva la cláusula “a no ser que...”.

Si RUIZ MANERO y ATIENZA no hubieran querido que, ya de mano o desde el minuto uno de contemplación de la norma, hubiera conductas normativas que sean discriminatorias por razón de raza, sexo, etc., y que, a la vez, puedan no estar prohibidas, no habrían insertado la cláusula “a no ser que” en su entendimiento del artículo 14 de la CE. No ponen ahí tal cláusula de apertura a la ponderación porque la norma del artículo 14 de CE tenga más abiertas sus condiciones de aplicación que cualquier otra norma,¹⁵ sino porque *se trata de dejar de antemano trazada la posibilidad de que haya conductas normativas que sean perfectamente definibles como discriminatorias y que, a la vez, sean consideradas constitucionalmente legítimas*. En el fondo, se está diciendo que se puede y se debe discriminar por raza, sexo, religión, opinión, etc., *siempre que sean de mucho peso las razones por las que se discrimina*.¹⁶

Parece, pues, que la norma jurídica de la dignidad humana es una superregla del estilo de las que llama ALEXY reglas de validez estricta. Evidentemente, en lo que no se ponen de acuerdo los autores es en si tales o cuales conductas dañan o no dañan la dignidad humana y están, por tanto, radicalmente prohibidas. Basta atender a los ejemplos de cuantos autores de los que citan a ARISTÓTELES y ALEXY y ver cómo entienden de modo completamente opuesto la relación entre dignidad humana y conductas tales como el aborto voluntario, el contrato de maternidad subrogada, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción de menores por parejas del mismo sexo, etcétera, etcétera.

El modo en que ALEXY razona que la dignidad humana, en tanto principio, también es derrotable y que derrotable resulta, aunque pocas veces, la norma constitucional misma que prohíbe la tortura, puede verse en ALEXY, R. “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 16, 2014, trad. de A. García Figueroa, pp. 9-28.

¹⁵ Por ejemplo, la que en el artículo 25 de la CE prohíbe el castigo penal de conductas no tipificadas como delito.

¹⁶ Bajo la óptica de una teoría del Derecho o un constitucionalismo iuspositivistas, lo que sea discriminación (o tortura...) nunca podrá verse como constitucionalmente legítimo, sea por la razón que sea. Eso es lo que tradicionalmente se conoce como doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta última tiene indudable raigambre kantiana, mientras que la ponderación que, a estos efectos, los iusmoralistas de hoy manejan, es evidentemente utilitarista.

Lo que queda claro es que *diferencia estructural profunda entre reglas y principios no existe*, por lo que en el fondo poco importa que no seamos capaces de entender lo que de distinto hay entre una norma que tiene abiertas las condiciones de aplicación y una norma que las tiene cerradas; mismamente, que el artículo 14 de la CE podamos verlo, al gusto, como regla o como principio.

2.3. LAS REGLAS NO SON LO QUE PARECEN

Ahora pongamos a prueba lo que de regla tiene el ejemplo que ATIENZA y RUIZ MANERO nos brindan, aquel del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Recordémoslo:

“La regla de que la mujer trabajadora debe recibir igual salario que el hombre se diferencia del principio anterior únicamente en que sus condiciones de aplicación se configuran de forma cerrada (así, el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores establece que ‘el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo’).”

Parece que la norma del artículo 14 de la CE podemos reconstruirla así, como ya sabemos (y *sin introducir por el momento la cláusula “a no ser...”*):

Si la una conducta normativa C es discriminatoria, entonces está prohibida.

Ahora reconstruyamos la norma del artículo 28 del ET:

Si por la prestación de un trabajo igual un empresario paga distinto salario a personas de distinto sexo, su conducta es discriminatoria y entonces está prohibida.

Estamos ante una instancia de la prohibición general de discriminación¹⁷ contenida en el artículo 14 de la CE. ¿Nos permitirá esto concluir que todas las formulaciones normativas abstractas son principios y que cada una de las concretas instancias normativas subsumibles son reglas? Si esto fuera así, tendríamos

¹⁷ El artículo 14 de la CE dice que están prohibidas las discriminaciones. Una instancia o desarrollo normativo de esa prohibición es una norma que diga que “X es una discriminación y X, en consecuencia, está prohibida”. Si no hubiera más prohibiciones de discriminar que las que se contengan en reglas como la del artículo 28 del ET, habríamos regresado a la idea de que sólo vinculan jurídicamente las normas constitucionales que tienen desarrollo legal para supuestos específicos.

mos que la norma que dijera “Se prohíben los deportes y festejos populares en los que se provoque el sufrimiento de animales” sería un principio, mientras que la que estableciera que “Se prohíben las corridas de toros” sería una regla. O sería un principio la que estipulara que “Se prohíben las bebidas refrescantes insanas”, y una regla habría en la que dijera que “Se prohíben, por insanas, las bebidas refrescantes con una cantidad de azúcares superior a X gramos por litro”.

No parece que tenga mucho sentido esa reconstrucción de la teoría, hecha para salvar la distinta condición de las normas de los artículos 14 de la CE y 28 del ET. ¿Pero qué otra cabe? Si el artículo 14 de la CE contiene una prohibición genérica de discriminación y el artículo 28 del ET una prohibición específica de discriminación, ¿son reglas todas las normas que concretan otras más abstractas?

No terminan ahí los problemas graves. Asumamos que, por esa o parecidas razones, estamos, en efecto, ante un principio (el artículo 14 de la CE) y una regla (el artículo 28 del ET). Así que debemos incluir en la descripción estructural de tal principio la cláusula “a no ser”, del modo que ya sabemos:

Si una conducta es discriminatoria y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces esa conducta está prohibida.

Si ahora dijéramos que la apertura a la ponderación o presencia de la cláusula “a no ser” es propia de la formulación genérica del principio de no discriminación, pero no de las instancias o concreciones de tal principio, se produciría una consecuencia sorprendente: las reglas son inderrotables, pero lo son porque las sostiene o avala un principio que es derrotable por definición. O sea, el principio de no discriminación es un principio estructuralmente abierto a la ponderación y, así, a la posibilidad de derrota por otro principio; pero cuando ese principio de no discriminación se concreta en prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo, entonces, dado que las condiciones de aplicación están (más) cerradas, esa norma del artículo 28 del ET es una regla y es imponderable, inderrotable por otros principios.

Esto jamás lo dirían en esta doctrina, pues un axioma postpositivista es que todas las normas¹⁸ son vencibles y que la derrota propiamente dicha es siempre

¹⁸ Menos, si acaso, la norma de respeto a la dignidad humana, según lo que en los últimos tiempos han escrito RUIZ MANERO y ATIENZA.

producto de una ponderación. Pues bien, *si todas las normas son ponderables y derrotables, todas llevan dentro, más visible o menos, la cláusula "a no ser". Y si esto es así, se torna muy poco relevante, a efectos prácticos, la diferenciación entre reglas y principios.*

Se puede replicar a esto que, ya sea más o menos importante la distinción en la práctica, la diferencia entre reglas y principios existe y es estructural, pues los principios tienen abiertas sus condiciones de aplicación y las reglas las tienen cerradas. El principio de no discriminación es tal porque no se sabe cuándo la discriminación está prohibida, ya que ningún otro principio se le opone o lo vence; o cuando está permitida, porque otro principio de mayor peso la justifica. En cambio, la prohibición de discriminación laboral por razón de sexo del artículo 28 del ET es una regla, ya que sólo hay discriminaciones laborales por razón de sexo prohibidas, todas lo están.

Pero obsérvese que el artículo 14 de la CE veta expresamente la discriminación por razón de sexo, si bien dicen nuestros autores que esa prohibición rige, "a no ser que" un principio opuesto la justifique, en cuyo caso está permitida. Mas si no introducimos la cláusula "a no ser que" en la norma del artículo 28 del ET, resulta que la discriminación laboral está prohibida siempre y en todo caso, con lo que estamos ante un supuesto de discriminación que se sabe que está prohibida sin necesidad de ponderar, de aplicar la cláusula "a no ser que". Si esto es así, habrá que pensarlo igual para todas las normas que concreten en prohibiciones particulares de discriminación, la prohibición genérica del artículo 14 de la CE, y todas esas normas que concretan la prohibición de discriminar serían... inderrotables. Eso es lo mismo que decir que no tiene sentido ponderar principios frente a ellas y que las excepcionen a veces.

Es la única salida que parece congruente, pero nos conduce a una nueva perplejidad: todas las prohibiciones particulares de discriminación por razón de sexo o por cualquier otra razón están prohibidas porque son discriminaciones, pero no todas las discriminaciones están prohibidas. ¿Cuáles son las discriminaciones no prohibidas? Las que tienen la cláusula de marras y por eso pueden ser derrotadas en la ponderación. Pero si todas las concreciones posibles de la prohibición de discriminar son imponderables, entonces necesariamente la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE es imponderable. Y si el artículo 14 de la CE introduce en el principio de no discriminación la ponderabilidad de las discriminaciones para saber cuáles están prohibidas o no, entonces necesariamente han de ser ponderables todas las normas que prohíben algún tipo concreto de discriminación, como sucede con el artículo 28 ET.

Con todo esto, nos damos de bruces una vez más con la irrelevancia teórica y práctica de esta diferenciación entre principios y reglas en función de que tengan abiertas o cerradas las condiciones de aplicación.

Si una madre le dice a su hijo mayor: “no debes maltratar a tus hermanos” y “no debes maltratar a tus hermanos pegándoles con un palo”, ¿sería lo primero un principio y lo segundo una regla? ¿Diríase que la primera, por ser principio, establece que un hermano no debe maltratar al otro, a no ser que concurra un principio contrario que pese más genéricamente, o en el caso concreto, en cuyo caso el maltrato está justificado? ¿Y pensaríamos que la segunda es una regla y que por eso no puede estar justificado nunca golpear con un palo a los hermanos?

No se trata de un problema de vaguedad en la descripción del antecedente; ciertamente, “maltratar” es expresión más vaga que “golpear con un palo”, que también tiene su buena dosis de indeterminación.

Es fácil imaginar casos en que sea semánticamente más precisa la norma genérica, el “principio”, que la norma que lo concreta. Entonces, habrá de tratarse de grados de implicación entre contenidos, de niveles de abstracción y concreción. Maltratar es una conducta genérica que se puede concretar en maltratar golpeando o de otras maneras. Y maltratar golpeando es conducta más genérica que maltratar golpeando con un palo, con la mano, con una piedra... A su vez, el golpear con un palo puede ser con un palo grande, uno pequeño, uno de madera, uno de plástico... Así pues, en cierto modo todas las condiciones de aplicación aparecen abiertas en algún grado en cualquiera de las normas que ahí imaginemos e independientemente de cómo solucionemos el problema de la indeterminación.

Maltratar mediante golpes con un palo y mediante golpes con una piedra son variantes claras de maltratar golpeando y caen en el núcleo de significado de una hipotética norma que prohíba el maltratar a base de golpes. ¿Será por eso un principio la norma que prohíba el maltrato mediante golpes?

Es la misma relación que se da entre el artículo 14 de la CE y el artículo 28 del ET. La prohibición de discriminación tiene diversas variantes, una de las cuales es la de hacerlo por razón de sexo. La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene muchas variantes, de las que una es la discriminación salarial por razón de sexo. A su vez, la discriminación salarial por razón de sexo tiene diferentes modalidades, como puede ser la discriminación salarial de la mujer, la

discriminación del hombre, la discriminación en el salario base, en el pago de las horas extraordinarias, etc. Y eso no son meramente cuestiones semánticas o de indeterminación significativa de los términos usados. Son, en todo caso, instancias o concreciones posibles de normas más abstractas.

Así pues, ¿en qué momento ocurre el salto categorial y pasamos de estar ante un principio, porque están abiertas las condiciones de aplicación, a hallarnos ante una regla, porque están cerradas? Las condiciones de aplicación de la norma que prohíbe la discriminación por razón de sexo están más abiertas que las de la norma que prohíbe la discriminación laboral por razón de sexo, pero esta sigue siendo una norma con condiciones de aplicación abiertas, ya que no están predeterminadas todas las instancias posibles de "discriminación laboral por razón de sexo", al margen de los problemas de indeterminación que pueda haber en términos o expresiones como "laboral", "por razón de" o "sexo". Y siguen estando abiertas, aunque menos, las condiciones de aplicación de la norma que prohíba la discriminación salarial por razón de sexo. Y así sucesivamente. Hasta llegar a la curiosa conclusión de que tal vez la única norma que siempre y por definición no tiene abiertas, en ningún grado, las condiciones de aplicación es la contenida en el fallo de la sentencia judicial o cualquier otro tipo de norma individual y concreta.

2.4. EL DERECHO ES EQUIDAD. LO DEMÁS, SÓLO CUENTA *PRIMA FACIE*

Se nos ha repetido que en un principio en sentido estricto es abierto el antecedente y cerrado el consecuente. Pero también hemos visto que en lo que haya de mandato en tales principios en sentido estricto, se trata de un mandato *prima facie*.

Supongo que no tiene sentido entender que hay un mandato *prima facie* de considerar determinadas propiedades definitorias de las discriminaciones, ya que se insiste en que tales propiedades no vienen dadas, sino que se mencionan de modo abierto. Así que no nos queda más remedio que pensar que el mandato *prima facie* rige para lo que en el principio sí viene determinado, que es el consecuente, si bien nunca no se nos dice expresamente en qué consiste el consecuente de un principio: ¿será la nulidad de la norma discriminatoria? Pero ¿cómo va a ser nula una norma por discriminatoria si no está definido en sus propiedades básicas lo que es discriminación? ¿Tiene sentido que una norma constitucional establezca como mandato el de anular una norma infraconstitucional porque dicha norma infraconstitucional realiza algo que dicha norma constitucional no define qué es? Si sabemos qué es discriminar, podemos

entender que a la prohibición se asocie la nulidad de la norma discriminatoria; si las propiedades que caracterizan la discriminación no están explicitadas ni presupuestas, entonces es como si la norma dijera que son nulos los fantasmas.

Lo que haya de mandato parece que en el consecuente¹⁹ es un mandato sometido a una “cláusula *a menos que*”, por lo que dicho mandato (¿la nulidad de la norma discriminatoria?) sólo tiene que cumplirse “siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración”.

O sea, que resultaría admisible que una norma fuera discriminatoria y que, sin embargo, fuera válida, constitucional, pues, aunque de conformidad con el artículo 14 de la CE suponga discriminación, será una discriminación constitucionalmente legítima si el mandato de no discriminar del artículo 14 de la CE es derrotado por otro principio constitucional. Pero ¿ese principio constitucional convierte la norma en cuestión en no discriminatoria o en norma discriminatoria, sí, pero constitucionalmente admisible?

No sabíamos cuáles son las propiedades de la discriminación, pero tenemos ahora que puede haber discriminaciones que se pesen y que ganen o que pierdan en la ponderación. Esto parece acorde con lo también muy incongruente de la teoría alexiana de las normas, que dice que el test de proporcionalidad en sentido estricto debe cotejar el grado de afectación negativa del principio negativamente afectado (aquí sería la igualdad ante la ley, negativamente

¹⁹ Los principios “se caracterizan porque en su antecedente no se contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente. Y esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente, sino meramente *prima facie*, por la simple razón de que en muchas ocasiones en que se da la oportunidad de realizar la acción ordenada por un cierto principio, se da también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio. Siendo así las cosas, los principios no pueden, por su propia configuración, eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si en unas determinadas condiciones o circunstancias lo ordenado por un cierto principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente. Los principios no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos frente a las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio que resulte concurrente. En tales circunstancias, la ponderación se ve como una operación que desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro, es decir, que, dadas esas circunstancias genéricas, debe ser *concluyentemente* lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia” (RUIZ MANERO, J., “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, *Doxa*, No. 35, 2012, p. 822-823).

afectada por la presencia de discriminación) y el grado de afectación positiva del principio que en el caso compita en contra del anterior. Si la cuenta sale positiva, estamos ante discriminaciones constitucionalmente legítimas, aunque lo que la Constitución bien claramente diga es que las discriminaciones están prohibidas.

Así que el panorama nos va quedando de este modo: lo que quiera que sean las discriminaciones, cuyas propiedades definitorias no se explicitan ni se dan por supuestas o sabidas (el antecedente de los principios es abierto), está prohibido por la Constitución (esa es la “modalización deóntica” en el consecuente de la conducta no definida en el antecedente), pero esa prohibición es relativa, pues puede ser derrotada por un principio que concurra en el caso con más peso. De manera que algo que la norma no caracteriza y deja abierto, y que sabemos que se llama discriminación legal, está prohibido, pero sólo en los casos en que no esté permitido por otra norma que hace que la discriminación sea justificada y, por tanto, conforme a la Constitución.

No veo cómo evitar la paradoja o la inconsistencia de esta clasificación de las normas jurídicas. No olvidemos que lo más común será que un principio en sentido estricto sea derrotado por otro principio en sentido estricto.²⁰ Si los principios en sentido estricto (y también las directrices) tienen abierto el antecedente o supuesto de hecho, nos topamos, perplejos, con que una norma que no se sabe exactamente a qué se refiere derrota a otra norma que no se sabe exactamente a qué se refiere, pues en ambas las propiedades del hecho o estado de cosas de referencia están abiertas. Si, repito, ambas son principios en sentido estricto, las dos tienen deónticamente modalizado el consecuente, y si compiten será porque una dice que algo que no se sabe bien qué es está prohibido y otra dice que algo que no se sabe bien qué es está permitido o mandado. Y pesamos las dos en el mismo caso, aunque no es un razonamiento subsuntivo de hechos bajo el antecedente de una y otra lo que las hace concurrir enfrentadas.

¿A dónde nos lleva esa paradoja terminal? Pues a lo que en verdad es el sueño de los iusmoralistas: *la decisión en equidad* de cada caso. Y para eso son ideales los principios, porque, por su indefinición en el antecedente (y en el caso de las directrices, también en el consecuente), siempre tienen que aplicarse ponderando y no subsumiendo y porque la ponderación atiende antes que nada a

²⁰ Si los principios tienen que aplicarse ponderando, en cada caso en que un principio se aplique concurrirá frente a otro y uno saldrá ganador y perdedor el otro.

las circunstancias de cada concreto caso de aplicación. Así, resulta que lo que estamos habilitando es un sistema de decisión en equidad, uno de justicia del caso concreto. Y nada cambia si lo que nos guía es la pregunta sobre si resulta más equitativo aplicar la norma positiva que viene al caso o derrotarla por una norma contraria que sacamos de la moral (en el menor de los casos y con la más caritativa de las hipótesis) al grito de ¡hay una laguna axiológica²¹ aquí, compañeros!

Es una cadena imparable hacia la justicia del caso concreto, si bien tendencialmente podría haber tantas reglas como casos concretos: una regla para cada caso en algo distinto de los otros, regla que sale de la ponderación de las circunstancias de cada caso.

Explica RUIZ MANERO que la ponderación entre principios es

“[U]na operación que desemboca en la construcción de una regla que determina la prevalencia de alguno de ellos en los casos que presenten ciertas combinaciones de propiedades”.²²

“Reglas de este tipo valen –se supone– en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing* cuyo resultado sería una nueva regla *más fina* que la anterior. Las reglas que resultan de operaciones de balance entre principios llevadas a cabo por órganos jurisprudenciales no son, por lo tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de *laguna axiológica*. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada

²¹ “Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y solo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, si debiera considerarse como relevante”. RUIZ MANERO, J., “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, en Atria, F., E. Bulygin; J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, p. 122.

²² RUIZ MANERO, J., “Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, 2015, p. 129.

en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Lo que no hay, de acuerdo con la versión estándar, son respuestas correctas que lo sean únicamente para un caso individual: las respuestas son o no son correctas en virtud de las propiedades del caso, esto es, de su adscripción a algún caso genérico.²³

Una muestra más de que también frente a las reglas se pondera, incluidas las reglas en las que desemboca cada ponderación. Y, por otro lado, todo caso individual vale como una instancia de los hipotéticos casos iguales a él en cuanto a las propiedades relevantes, solo que nunca se sabe cuándo se va a considerar relevante una propiedad nueva en una nueva ponderación basada en principios que son normas que no tienen determinadas sus condiciones de aplicación.

“Todo caso respecto del que falta una regla predispuesta en la que subsumirlo es un caso difícil; un caso cubierto por una regla será de ordinario un caso fácil, pero será difícil siempre que pueda argüirse, y eso sea al menos controvertible, que en relación con él la aplicación de la regla predispuesta produce una decisión valorativamente inaceptable de acuerdo con el balance de los principios relevantes [...]. Cuando disponemos de una regla predispuesta, bastará con que el aplicador lleve a cabo rápidamente un vistazo superficial [...] para determinar que, entre las propiedades del caso, no hay ninguna no prevista en la regla que pudiera exigir, de acuerdo con los principios, una solución normativa diferente. Naturalmente, si el vistazo superficial muestra la presencia de una circunstancia de este género, el aplicador se verá obligado a llevar a cabo el examen cuidadoso, esto es, la ponderación a que se ve abocado cuando simplemente dispone de principios. En este sentido, el caso se habrá revelado como difícil. Y ello porque la presencia de la regla predispuesta implica que en la ponderación no solamente habrán de entrar en juego los principios sustantivos que resulten relevantes, sino también los principios (institucionales) vinculados al seguimiento de reglas, tales como la estabilidad, la predecibilidad la deferencia a la autoridad que ha generado la regla, etc. De manera que la regla predispuesta resultará derrotada en aquellos casos, pero sólo en los que el balance de principios sustantivos que sustente el apartarse de la regla tiene un

²³ *Ibidem*, p. 130.

peso mayor que el del conjunto de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas".²⁴

Vemos que son las propiedades *de los casos* las que "exigen" unas u otras soluciones normativas. No es que las normas previas se apliquen a los hechos, es que son los hechos los que exigen que se les aplique la norma previa que los abarca o que se les cree una nueva, porque se ven distintos hoy.

De regla en regla hasta el Derecho sin reglas generales y abstractas que, como tales, *jurídicamente* obliguen "en serio"; y así, con todo bien relativo, vamos sin más pauta que la equidad para el caso concreto.²⁵ Al fin cierra el sistema ente-

²⁴ *Idem*, p. 134.

²⁵ Tal vez hemos llegado al fin de las ideologías o a la cuadratura del círculo, porque es muy curioso ver que, al margen de nomenclaturas y clasificaciones, a efectos prácticos se dan la mano el postpositivismo y el llamado realismo clásico de autores como J. HERVADA, A. D'ORS, y otros muchos que obran por igual.

Oigamos a HERVADA, por ejemplo: "[E]l rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno" (HERVADA, J., "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Dykaion*, No. 2, 1988, p. 7). "Interesa la justicia, porque su objeto coincide con el objeto del arte del jurista. Pero es preciso advertir desde el principio que la justicia no es la virtud específica del jurista. Su virtud específica es la prudencia –la *iuris prudentia*–, porque lo propio del jurista es un *saber* –práctico–, operación de la mente, no es un operar obra de la voluntad, que es el sujeto de la justicia. Con todo, la coincidencia de objetos indica la relación íntima entre la justicia y el arte del derecho" (*ibidem*, p. 8). "No se puede hacer una teoría del derecho sin referirse a la ley, pues la ley tiene una importancia de primer orden para dicha teoría [...] [L]a ley es derecho, fenómeno jurídico, pero no es *el* derecho. El derecho es lo justo, la cosa justa, lo suyo de cada uno. La ley es derecho por su estrecha relación con el derecho" (*idem*, p. 15). "La ley es muchas veces medida del derecho, medida de lo justo [...] En una palabra, la ley es *regla o norma del derecho*" (*idem*, p. 16). "La juridicidad o esencia de lo jurídico reside en el derecho, en lo justo, y consiste en la relación de débito o deuda, que comporta una exigibilidad. Por eso la ley no es jurídica por razón de sí misma –por ser mandato–, sino por su relación con el derecho. La ley es jurídica por actuar como regla –causa y medida– del derecho, es decir, cuando genera o regula una relación jurídica o relación de justicia" (*idem*, p. 16). "[E]s verdad que el jurista ha de interpretar la ley, ha de buscar su sentido y ha de atenerse a lo que la ley prescribe; pero no puede olvidar que su función de intérprete de la ley la tiene en función de lo justo –la ley es regla del derecho– en el caso concreto. El término de su arte no es decir lo que la ley prescribe, sino decir lo justo" (*idem*, p. 17).

De Álvaro D'ORS podrían citarse muchos escritos de orientación equivalente, pero merece la pena que veamos en el siguiente texto suyo, de 1953, algunas consecuencias de la relativización de lo legal como supremo valor jurídico: "Para la mentalidad legislativa, la ley, que constituye un deber ser normado, es lo primario, y el ser real de la conducta se reduce a un cumplimiento o incumplimiento de esa norma. Ahora bien, esa norma legal es una excogi-

ro: principios y ponderaciones por todas partes, para que no haya más solución final y cierta que la resultante de la que pide la justicia del caso concreto, la equidad.

Las constituciones modernas, a partir de esta doctrina postpositivista, se deshabilitan normativamente a sí mismas al nombrar como plenamente constitucionales las decisiones judiciales tomadas a base de considerar que todos los mandatos constitucionales son nada más que *prima facie* y que lo que la Constitución manda es que cualquier norma suya gane o pierda según lo que la moral del caso concreto prescriba. O sea, lo mismo que si no hubiera Constitución. Y nuestros derechos, en la picota,²⁶ pues, al parecer, se contienen en principios, porque no tienen determinadas sus condiciones de aplicación y siempre hay que ver si son mejores las razones para respetarlos o para derrotarlos.

Súmese la proliferación de principios constitucionales implícitos, junto a los explícitos, y la alegría con que multitud de normas constitucionales se tratan como principios, agréguese que también las reglas constitucionales son derrotables por principios, y tendremos el panorama perfecto para que también el control abstracto de constitucionalidad de las leyes sea lo más parecido a un puro juicio de equidad en abstracto o a la solución en abstracto de un puro dilema moral.

tación del legislador, y de ahí que todo lo jurídico se pueda reducir, en esa concepción, a un sistema lógico de deber ser. Y una expresión especialmente agudizada de esa mentalidad se manifiesta en el campo del derecho criminal mediante el postulado *nulla poena sine lege*. Según esta formulación, no podría tratarse como antijurídico y considerarse, en consecuencia, como digno de alguna pena o sanción todo acto no previsto por una norma legal. Por lo tanto, si en un pueblo el hurto fuera desconocido, como dicen que fue durante mucho tiempo en Menorca, y por primera vez surgiera aquel acto que las leyes de aquel país no habían sentido la necesidad de sancionar, el ladrón, según tal principio del derecho penal, debería quedar impune. Pero hoy quizá sea más dudoso que un tal aforismo tenga un valor absoluto. En especial, la realidad de los crímenes de guerra –sin implicar con esto una opinión favorable sobre la conducta de los jueces de Núremberg– ha demostrado aspectos de la realidad que parecían insospechados. Y es que este aforismo es un producto de la época liberal, la cual fue, en el orden jurídico, extremadamente legalista. La libertad se traducía para el hombre liberal en una reducción convencional de lo injusto” (D’ORS, A., “Principios para una teoría realista del Derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 1953, pp. 304 y 305).

²⁶ “Pues bien, para la visión que hemos convenido en llamar principalista, los casos centrales de normas constitucionales que establecen derechos están configurados, en constituciones como las nuestras, en forma de *principios* y no de *reglas* y hay buenas razones para entender que deben estar configuradas así” (RUIZ MANERO, J., “A propósito de un último texto...”, *cit.*, p. 823).

2.5. PONDERAR COMO DIOS MANDA, PERO SÓLO CUANDO CONVenga

Ya sabemos que, según RUIZ MANERO, “[L]os principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de ello no puede establecerse más que mediante deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado.”²⁷

Esa deliberación que los principios requieren para que puedan aplicarse no consiste en valorar alternativas interpretativas, de significado,²⁸ para los términos con que las condiciones de aplicación se establecen, pues estamos al tanto de que tales condiciones son abiertas y el asunto no es propiamente de palabras. Así que se ha de tratar de una deliberación para ver si ese principio que tiene nombre (por ejemplo, “igualdad ante la ley”), pero que no tiene un contenido definido (si lo tuviera las condiciones de aplicación no serían abiertas, sino cerradas: sería una regla) merece vencer a otros posibles principios concurrentes o merece ser derrotado por ellos. Al ponderar se sopesan las razones en pro de que gane uno u otro y ganará el que las tenga mejores.

¿Qué es lo que se pondera cuando los principios se ponderan? Si dijéramos que, cuando se pondera el principio de igualdad ante la ley o no discriminación legal del artículo 14 de la CE, lo que se valora son las razones para prohibir la discriminación, para ver si tales razones son en el caso más fuertes que las razones para discriminar en ese caso, estaríamos presuponiendo que sabemos bien lo que es la igualdad ante la ley y, consiguientemente, la discriminación, que es su otra cara. Pero si sabemos bien lo que son igualdad ante la ley y discriminación, será porque están explicitadas o sabidas sus propiedades definitorias o, lo que viene a ser lo mismo, las condiciones de aplicación del artículo 14 de la CE, y entonces sería una regla, no un principio.

²⁷ RUIZ MANERO, J., “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, No. 28, 2005, p. 344.

²⁸ En su crítica a Riccardo GUASTINI, dice RUIZ MANERO que “la tipología de Riccardo deja fuera a toda la familia de concepciones de la interpretación que entienden ésta no como conocimiento de realidades (significados) preexistentes sino como propuesta de fundamentos justificados para las decisiones futuras, pero que entienden, a la vez, que esta tarea de proponer fundamentos justificados es una empresa racionalmente controlable: o, dicho de otro modo, que hay propuestas objetivamente correctas (o verdaderamente correctas, si así lo preferimos) y otras que no lo son. Y dejar fuera a toda la familia de concepciones de la interpretación de este género es, a mi juicio, mucho dejar fuera” (RUIZ MANERO, J., “Epílogo: interpretación jurídica y direcciones de ajuste”, *Discusiones*, No. 11, 2012, p. 211). No parece que al interpretar sea el significado lo prioritario, según nuestro autor.

En consecuencia, para que la prohibición de discriminación legal sea un principio no se han de ponderar exactamente las razones para discriminar o no, sino las razones para tratar al sujeto X o al grupo Y de una manera o de otra. Concorre, por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 del CE, que no tiene sus condiciones de aplicación definidas y por eso no es una regla, y concurre en el mismo caso el principio de igualdad material del artículo 9 de la CE, que tampoco tiene sus condiciones de aplicación cerradas y que tampoco puede ser, pues, una regla, pero como no podemos saber qué es exactamente la igualdad ante la ley (no están dadas sus propiedades definitorias) ni lo que es la igualdad material (no están dadas sus propiedades definitorias), resulta que lo único que se pondera cuando se ponderan principios son las circunstancias del caso concreto, a efectos de ver qué dicta la *prudencia*, qué manda la equidad, cómo se establece el trato requerido por la justicia del caso, sea el caso concreto o sea planteado en abstracto a efectos de control de constitucionalidad.

Puede que por eso sean ATIENZA y RUIZ MANERO mucho menos dados que ALEXY a hablar del peso abstracto de los principios como uno de los factores de la ponderación²⁹ y, en ALEXY, como elemento de la fórmula del peso. Lo que no se sabe exactamente qué es, dónde empieza o dónde acaba, no ha de poder tampoco tener un peso. Mandarán nada más las circunstancias del caso y por eso la teoría de las normas y de su aplicación de RUIZ MANERO es, todavía más claramente que la de ALEXY, una invitación a que el juez de Derecho se comporte más bien como un árbitro en equidad.

Volvamos a la idea de que los principios sólo pueden ser aplicados mediante ponderación. Si esto es así, cada vez que alguien recurra contra la vulneración de un derecho fundamental que esté contenido en una norma que sea un principio en sentido estricto, habrá que ponderar, lo que es tanto como decir que habrá que deliberar o valorar razones a favor o en contra de la primacía de tal derecho, aun cuando esté claro que hay afectación negativa de este. Esto es, siempre que un derecho fundamental contenido en un principio pueda haber sido vulnerado, no se puede sin más decir que por eso mismo es inconstitucional la acción vulneradora, ya que, si así razonamos, estamos haciendo un razonamiento subsuntivo y tratando esa norma como una regla.

²⁹ Oigamos a RUIZ MANERO: “creo que en nuestros sistemas jurídicos todos los derechos fundamentales, a mi juicio sin excepción, ceden frente a otros, o prevalecen frente a ellos en determinados conjuntos de circunstancias genéricas, eso es, que no operan tales jerarquizaciones en abstracto, válidas para todo caso posible” (RUIZ MANERO, J., “Dos enfoques particularistas...”, *cit.*, *Revista el Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, 2015, pp. 119-135, p. 123).

Vulneración de un derecho basado en una norma que sea un principio sólo puede existir después de que tal principio ha vencido en la ponderación, no antes; antes hay nada más que un mandato *prima facie* no concretado en sus condiciones de aplicación³⁰ (por eso se trata de un principio) y una afectación negativa del derecho en cuestión, que sólo se considerará auténtica violación del derecho si ningún otro principio derrotó a este principio y, con ello, al derecho que éste ampara.³¹ Esto es tanto como decir que no hay ningún núcleo esencial o contenido mínimo de un derecho protegido por un principio y que hasta lo más importante y esencial de un derecho puede ser derrotado por el mucho peso en el caso de un principio que valga para justificar esa intensa afectación negativa.

La práctica de los tribunales desdice por completo de esa teoría de las normas y de su aplicación. Mismamente, si miramos la jurisprudencia constitucional española, se cuentan por cientos y cientos las sentencias en que se declara

³⁰ “El punto de partida bien conocido, es [...] que los principios son normas que no especifican, en su antecedente, más condición de aplicación que el que haya una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en su consecuente y que esta modalización deóntica tiene un carácter meramente *prima facie*” (RUIZ MANERO, J., “Dos enfoques particularistas...”, *cit.*, p. 128). La ponderación acaba siendo parte de la interpretación y también la derrota de la norma es interpretación plena de esta: “A mi modo de ver, parece razonable ubicar bajo el rótulo ‘interpretación’, todo el proceso argumentativo que permite pasar de las normas emitidas por el legislador a la norma que opera como premisa mayor de un razonamiento aplicativo. Con la referencia a ‘todo el proceso argumentativo’ quiero indicar que me parece razonable ubicar bajo el mismo rótulo tanto los razonamientos dirigidos a la determinación del significado de las formulaciones emitidas por el legislador [...] como los razonamientos que tienen como objeto la construcción de balances entre principios, la determinación de la *ratio legis*, la solución de antinomias, la integración de lagunas, etc. (todo aquello que, en el lenguaje de Guastini, sería construcción jurídica)” (*ibidem*, p. 217). Por eso las reglas legisladas son “normas sin autonomía semántica”, pues, aunque tengan cerradas sus condiciones de aplicación, “no pueden, sin embargo, ser aplicadas sin atender a cuáles son las razones subyacentes a esas propias reglas. Sin atender, esto es, a cuáles son los valores y propósitos cuya protección y promoción persigue el sistema jurídico mediante la regla en cuestión” (RUIZ MANERO, J., “Algunas pretensiones en conflicto en el Derecho”, *Análisis e Diritto*, 2015, p. 79).

³¹ “Para pasar de la modalización deóntica *prima facie* a una modalización deóntica concluyente es preciso determinar que el principio que se encuentra bajo consideración no está desplazado -en el caso que examinamos- por otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor. Para esta visión, los principios constitucionales que establecen derechos se encuentran necesariamente en tensión porque en numerosos casos en los que se presenta una ocasión para realizar la acción protegida (*prima facie*) por un cierto derecho se presenta también la ocasión para realizar la acción protegida por otro derecho (que es incompatible con la primera). O, si se prefiere decirlo de esta otra forma, porque, en numerosas ocasiones acciones que constituyen instancias de uso de un cierto derecho establecido por un principio constitucional constituyen también instancias de lesión de otro derecho establecido por otro principio constitucional, y viceversa” (*ibidem*, p. 129).

inconstitucional la vulneración de una norma iusfundamental que para RUIZ MANERO sería un principio, y se declara así porque está afectado el contenido esencial del derecho y eso no lo estima el Tribunal Constitucional justificable bajo ningún punto de vista. ¿O acaso hace mal el TC en proteger ese eje básico de los derechos sin someterlos a cuestionamiento esencial porque, supuestamente, no están cerradas las condiciones de aplicación de las respectivas normas?

Me permito un caso, entre tantísimos que cabrían. Hace tiempo tuvo el Tribunal Constitucional español que decidir si era o no constitucional aquella norma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitía a la policía realizar, según su criterio profesional, registros en las habitaciones de hotel. El artículo 18 de la Constitución dice que el domicilio es inviolable y que no se podrán hacer registros en el domicilio si no es con mandato judicial, con consentimiento del titular o en caso de flagrante delito. ¿Esa norma constitucional será una regla o será un principio? A mí me parece que sí, según RUIZ MANERO, es un principio la de la libertad de expresión del artículo 20 de la CE,³² igualmente habrá de serlo esta de la inviolabilidad del domicilio, pues estructuralmente no les veo diferencia.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 10/2002, no ponderó nada, al menos de modo expreso. Hizo unas consideraciones sobre la conveniencia de una interpretación extensiva de "domicilio" y relacionó ese derecho con el derecho a la intimidad. Y de ese modo, al extender la referencia del término constitucional "domicilio" y al hacer que las habitaciones de hotel caigan dentro, expandió el espacio protector del derecho fundamental. ¿Debió el Tribunal ponderar? Si el artículo 18 de la CE contiene un principio en sentido estricto y si tales principios hay que aplicarlos ponderando para ver si su mandato *prima facie* se hace, mediante cotejo de las posibles razones en contra, provenientes de otros principios, definitivo en el asunto que se juzga, entonces habría que concluir que procedió mal el Tribunal Constitucional por tratar tal derecho como si estuviera contenido en una regla.

¿Podría haber ponderado? Por supuesto que sí, le bastaría haber traído como principio de contraste el del artículo 17 de la CE, que dice que los ciudadanos tenemos derecho a la seguridad. Cuantas más cosas pueda hacer una buena policía profesional para perseguir el delito, más ganará nuestra seguridad;

³² Véase RUIZ MANERO, J., "Algunas pretensiones...", *cit.*, pp. 82 y 83.

cuantos más registros en nuestros lugares pueda realizar esa policía, más perderán nuestros derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Así que a ponderar tocan, y al que Dios o Xiol se la den, que San Pedro se la bendiga.

Por esa vía, domicilio inviolable será el que los tribunales digan que es. Toda la superficie se vuelve penumbra, ya no hay núcleo de significado ni espacio de protección segura; porque hasta lo que sea para todos e indiscutiblemente domicilio, la casa de cada cual, podrá ser violado por la policía siempre que los jueces digan que son más fuertes las razones de principio a favor de la acción en cuestión.

Esa es la consecuencia de llenar el ordenamiento, y particularmente la Constitución, de principios: se niega lo que de determinado hay en expresiones normativas del antecedente, como libertad de expresión, inviolabilidad del domicilio, igualdad ante la ley, etc., de resultas de ese empeño por ver como condiciones de aplicación abiertas las que en verdad son cerradas (aunque con posibles componentes altos de vaguedad, a veces), y se encuentra ahí artificialmente la base para sostener que lo que en las normas no está definido debe fijarlo el juez, caso a caso, según un modo de proceder, la ponderación, que es el prototipo del razonar con el que se buscan, caso a caso, las soluciones más equitativas para los dilemas morales.

2.6. CLASIFICAR NORMAS JURÍDICAS PARA DISOLVER EL DERECHO EN LA MORAL

Concluyo, pues, que este modo de diferenciar entre reglas y principios en la doctrina autodenominada postpositivista sólo sirve, a fin de cuentas, a un propósito bien grato a tales autores: convertir todas las normas jurídicas en ponderables y, con ello, derrotables; y derrotables de resultas de un razonamiento que es sustancialmente moral y que permite trasmutar cualquier disputa jurídica en dilema moral que se solventa a base de poner sobre la mesa razones morales a favor de una solución y de la contraria.

Y como este proceder fuertemente disolvente o relativizador de la fuerza normativa específica de lo jurídico se aplica también a las normas jurídico-positivas que están legitimadas por los procedimientos formales y democráticos que las constituciones actuales consagran, esas normas jurídico-positivas se toman en consideración también, se pesan, pero no en lo que de jurídicas tienen, sino *en lo que moralmente valen* y en lo que moralmente importe en cada

caso el respeto a la legitimidad democrática de esas normas.³³ *Cuando la autoridad del Derecho legítimo se pesa como una razón más, derrotable*, para atenerse a lo que la norma jurídica legítima dice o para decidir contra ella y sobre la base de una razón moral que la vence, *el imperio de la moral desplaza al Estado de Derecho*. Sería sugerente si no supiéramos que el imperio de la moral es el imperio de los ponderadores y que cada cual pondera en función de sus amores y sus odios, sus filias y sus fobias, sus intereses y sus miedos.

La unidad de la razón práctica acaba siendo práctica de la razón de uno. Es un proceder bastante estimulante, pero escasamente constitucional, especialmente cuando los profesores tratamos de convencer a los jueces para que en la práctica razonen como nos gusta a nosotros.³⁴ Dejaré de pensar esto cuando me encuentre a un postpositivista que diga que él ponderó y le salió cierto resultado, pero que puede ser equivocado, porque a lo mejor el que llegó al resultado contrario ponderó mejor o es más sabio y encuentra más oportunas razones y más relevantes. En ese instante, un servidor y tal pospositivista iremos de la mano a buscar un Derecho que nos sea común a todos y no dependiente, en sus resultados y aplicaciones, de la razón práctica de uno... o del otro.

Referencias bibliográficas

ALEXY, R., "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", *Parlamento y Constitución. Anuario*, No. 16, 2014, trad. de A. García Figueroa, pp. 9-28.

ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, "La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico", *Teoría & Derecho*, No. 4, 2008, pp. 110-124.

³³ RUIZ MANERO y ATIENZA han ido otorgando un peso mayor a la dimensión institucional de las normas jurídicas como razones perentorias, sin dejar por eso de tenerlas por jurídicamente derrotables cuando "aparezca un caso previsto, pero resuelto por las reglas en una forma que resulte inaceptable a la luz de los principios del sistema" (ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, p. 19).

³⁴ Pero lo que se dice es que la necesaria ponderación no es un proceder discrecional, sino objetivo: "Si se entiende que en todos estos supuestos de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que se construirá para resolver el caso, es preciso, si se quiere preservar el ideal del *rule of law*, que se pueda sostener que la construcción de tal regla puede y debe ser un operación jurídicamente guiada, y no discrecional" (RUIZ MANERO, J., "Rule of law y ponderación...", *cit.*, p. 28).

- ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Lima-Bogotá, 2018.
- ATRIA, F., E. BULYGIN; J. J. MORESO, P. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- D'ORS, A., "Principios para una teoría realista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953, pp. 301-330.
- HERVADA, J., "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Dykaion*, No. 2, 1988, pp. 7-19.
- RUIZ MANERO, J., "Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca", *Doxa*, No. 28, 2005, pp. 341-365.
- RUIZ MANERO, J., "Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas", en Atria, F., E. Bulygin; J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- RUIZ MANERO, J., "Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta", en F. J. Laporta, J. Ruiz Manero y M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- RUIZ MANERO, J., "A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas'", *Doxa*, No. 35, 2012, pp. 819-832.
- RUIZ MANERO, J., "Epílogo: interpretación jurídica y direcciones de ajuste", *Discusiones*, No. 11, 2012, pp. 203-219.
- RUIZ MANERO, J., "Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales", *Revista el Centro de Estudios Constitucionales*, No. 1, 2015, pp. 119-135.
- RUIZ MANERO, J., "Algunas pretensiones en conflicto en el derecho", *Análisis e Diritto*, 2015, pp. 71-86.
- RUIZ MANERO, J., "Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar", en J. Ruiz Manero y J. P. Alonso (coords.), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Astrea, Buenos Aires, 2018, pp. 21-45.

Recibido: 19/2/2024
Aprobado: 7/3/2024