

Francisco J. Laporta  
Juan Ruiz Manero  
Miguel Ángel Rodilla

*Certeza y predecibilidad de las  
relaciones jurídicas*





**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Certeza y predecibilidad de las  
relaciones jurídicas*



Francisco J. Laporta  
Juan Ruiz Manero  
Miguel Ángel Rodilla

*Certeza y predecibilidad de  
las relaciones jurídicas*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero, Miguel Ángel Rodilla

I.S.B.N. : 978-84-613-4658-5

Depósito Legal: M-37647-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

IMPERIO DE LA LEY Y PRINCIPIOS-PRESENTACIÓN DE UN DEBATE ( <i>Miguel Ángel RODILLA</i> ) .....	9
CERTEZA Y PREDECIBILIDAD DE LAS ..... RELACIONES JURÍDICAS ( <i>Francisco J. LAPORTA</i> ) .....	55
LAS VIRTUDES DE LAS REGLAS Y LA ..... NECESIDAD DE LOS PRINCIPIOS. ALGUNAS ACOTACIONES A FRANCISCO LAPORTA. ( <i>Juan RUIZ MANERO</i> ) .....	95



IMPERIO DE LA LEY Y PRINCIPIOS.  
PRESENTACIÓN DE UN DEBATE

*Miguel Ángel RODILLA*

Se publican aquí las dos intervenciones que sirvieron de base para el debate del Seminario sobre *Certeza y predecibilidad en las relaciones jurídicas* que tuvo lugar el 4 de mayo de 2007 bajo los auspicios de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Siguiendo el procedimiento habitual del Seminario, la discusión se abrió con una ponencia a cargo de Francisco Laporta, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, a la que en forma de contraponencia contestó Juan Ruiz Manero, también catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Leídas las dos ponencias con atención, se advierte que el debate cruzado entre ambos resultó ser algo más, y otra cosa, que una discusión sobre el problema de la certeza en el derecho. Para quienes conocieran la trayectoria de los dos principales intervinientes, el hecho de que de entre todos los factores que en la actualidad suponen una amenaza para la seguridad jurídica Laporta decidiese seleccionar precisa-

mente la invocación de principios por los tribunales, unido a la presencia de Ruiz Manero como contraponente, proporcionaba un indicio en relación con el telón de fondo sobre el que habría de desarrollarse la discusión. El debate versó, por supuesto, sobre la certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas, y en particular sobre la presencia de principios como factor de inseguridad jurídica; pero también, aunque de forma menos explícita – de forma, por así decirlo, oblicua–, sobre la ofensiva abierta por Dworkin hace tres décadas contra la teoría del derecho dominante durante la mayor parte del siglo pasado.

Con el fin de situar el debate, empezaré con una indicación sobre lo que me parece que es el trasfondo de la discusión (1) y sobre la posición relativa de los dos ponentes en ese trasfondo (2); a continuación pasaré a hacer algunas consideraciones sobre la forma como Laporta acota el tema de su intervención y, remitiéndome a algunas de las objeciones formuladas por Ruiz Manero, expresaré algunas dudas sobre el modo como Laporta afirma que la invocación de principios es un factor de inseguridad (3); finalmente, plantearé la cuestión de si la conexión que Laporta establece entre la predecibilidad de las relaciones jurídicas, el valor de la autonomía personal y la idea de imperio de la ley no debería hablar en

favor de una actitud menos recelosa con los principios que la que él manifiesta (4).

1. No es infrecuente que quienes se muestran escépticos frente a lo que consideran que es una de tantas modas académicas insistan en que la presencia de los principios en el derecho no es un hallazgo de Dworkin. Siendo esto una obviedad que no merece mayor comentario, lo cierto es que la forma como él en *Taking Rights Seriously* (Duckwoorth, London, 1978) los reintrodujo en el debate yusfilosófico alteró la agenda de las discusiones en varios frentes. Los efectos de su tratamiento de los principios pronto se hicieron sentir al menos en tres áreas de discusión: para empezar, por supuesto, (a) en la teoría del sistema jurídico y (b) en la teoría del razonamiento jurídico, pero también (c) en la teoría del Estado y en la teoría de la constitución.

(Ad a) Dworkin no se limitó a examinar la forma como los principios entran en la práctica jurídica, en particular en la práctica de los tribunales, sino que los situó en el centro de una crítica frontal a la concepción del derecho que él mismo caracterizó como el «modelo de reglas». Sus objeciones en este punto obligaron a revisar la concepción del sistema jurídico que había dominado la escena de la filosofía del derecho en las décadas inmediatamente

anteriores, y que había sido elaborada en gran medida con ingredientes procedentes de las teorías del derecho de Kelsen y Hart. La concepción dominante –el «modelo de reglas»– concebía el derecho como un conjunto de reglas convencionales, que valen no por su contenido sino más bien por haber sido creadas por órganos dotados de poder normativo, y que forman un sistema en la medida en que están articuladas entre sí formando «cadenas de validez» (J. Raz) con un tronco común, siendo todas ellas identificables por referencia a una regla última a la que, como es sabido, Hart denominaba «regla de reconocimiento». Tras la crítica de Dworkin esa concepción se vio confrontada a una nueva que admitía como parte necesaria del sistema ingredientes normativos no convencionales, que expresan una cierta idea moral de rectitud política, y que, a pesar de no poder ser (siempre) identificados mediante los criterios de la regla de reconocimiento, no pueden ser considerados exógenos porque guardan una relación justificativa interna con el material jurídico existente, de modo que su presencia en el sistema se pone de manifiesto en el curso de un trabajo con ese material jurídico con vistas a ofrecer una respuesta correcta en términos del derecho vigente. Aunque Dworkin mismo no llegara a desarrollar propiamente una teoría del sistema jurídico, lo cierto es que muy pronto surgieron propues-

tas para avanzar en esa dirección. Frente a un modelo de sistema jurídico integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, se abría paso un «modelo de reglas más principios», que se ofrecía como alternativa ventajosa en la medida en que permitía explicar la solución de los llamados “casos difíciles” mediante operaciones de autocorrección y autointegración, descartando el recurso a la discreción judicial, que resultaba, en cambio, inevitable en el más sencillo “modelo de reglas”.<sup>1</sup>

(Ad b) En *Taking Rights Seriously*, Dworkin había llamado la atención no sólo sobre los rasgos distintivos de los principios frente a las reglas, sino además sobre el modo como funcionan en los procesos de interpretación y argumentación jurídica. De hecho los introdujo al hilo de un examen del razonamiento judicial. Pocos años más tarde, su obra más

---

<sup>1</sup> Particularmente instructivo es R. Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5 (1988), ahora incluido en *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1994; vid también *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993. Entre nosotros J. M. Pérez Bermejo, en *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006, ha explorado las virtualidades de la concepción dworkiniana del derecho a los efectos de una teoría del sistema jurídico, enfrentando el modelo “coherentista” que él ve implícito en *Law's Empire* al modelo “fundacionalista” dominante.

sistemática de teoría del derecho, *Law's Empire* (Fontana Press, London 1986), esbozaba las líneas fundamentales de una teoría de la interpretación jurídica con el fin de ilustrar su tesis de que el derecho es fundamentalmente el producto de una práctica interpretativa y argumentativa. Eso explica que la discusión de su obra se cuente entre los factores desencadenantes del desarrollo espectacular que ha experimentado en las últimas décadas la literatura sobre razonamiento jurídico. De hecho también ha determinado algunas de las direcciones en las que ha avanzado la investigación en ese amplio campo: por un lado, la toma de conciencia de las peculiaridades de la aplicación de los principios frente a las reglas (y *en relación con* ellas) abrió un campo de investigación relativamente nuevo, que resultó especialmente interesante en el terreno de la jurisprudencia constitucional a propósito de la aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales;<sup>2</sup> por otro lado, bajo la divisa “derecho como integridad”, la teoría, que había tomado su impulso inicial en el problema de los casos difíciles, situó bajo una perspectiva nueva viejos tópicos de la teoría de la interpretación (v. gr. el argumento de

---

<sup>2</sup> Vid. R. Alexy, *Theory der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 (*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C. E. C., Madrid, 1993), y C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos humanos*, C. E. P. C., Madrid, 2003.

analogía y el argumento sistemático), y obligó a considerar los méritos de un tratamiento holista y coherentista del material jurídico con vistas a su aplicación.

(Ad c) Finalmente, la conexión que Dworkin había establecido entre los principios y los derechos entendidos como “triumfos”, unida a la forma como articuló la distinción crucial entre principios, reglas y directrices políticas (*policies*) como modos diferenciados de manifestarse el poder normativo del Estado, sacó a la luz la estructura moral deontológica subyacente al complejo proceso de reproducción del sistema jurídico en un Estado constitucional democrático, llamando la atención sobre el modo como las funciones de producción y de aplicación de normas se encuentran, en todos los niveles aunque de forma diferenciada, sujetas a principios de moralidad política. La patente afinidad existente entre el modelo de sistema jurídico integrado por «reglas más principios» y la estructura normativo-institucional del Estado constitucional facilitó la interpenetración de argumentos de teoría del derecho y argumentos de teoría político-constitucional,<sup>3</sup> abriendo nuevas perspectivas sobre algunos temas centrales –v. gr.

---

<sup>3</sup> Cfr. por ejemplo A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, C. E. P. C., Madrid, 1998; L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999.

sobre la relación entre el principio democrático de la soberanía popular y los derechos fundamentales, los límites de la regla de la mayoría y el papel de los tribunales (en particular el Tribunal Constitucional) como preservadores de la pretensión de rectitud o corrección del derecho en medio del creciente torrente de una programación política orientada a fines. En este sentido la teoría del derecho de Dworkin ha sido en cierta medida determinante del curso que han seguido en las últimas décadas las discusiones sobre la naturaleza y la estructura de esa configuración jurídico-política relativamente tardía que denominamos “Estado constitucional”.

2. La obra de Dworkin desencadenó sobre la comunidad yusfilosófica una tormenta en la que de un modo u otro todos nos hemos visto envueltos. En particular provocó una conmoción en las filas del positivismo. Al situar en el centro del sistema jurídico principios, una clase de normas que expresan una idea moral de rectitud y que no son propiamente “puestas” sino “encontradas” en el proceso de aplicación del derecho, normas, por lo demás, que se identifican como parte del sistema no mediante los criterios de validez que se aplican a las normas positivas sino por su fuerza justificatoria, Dworkin ponía en cuestión al mismo tiempo dos de las tesis que Hart había señalado como características del

positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la separación entre derecho y moral. Ahora bien, el hecho de que el modelo “reglas más principios” pareciera ofrecer una mejor descripción del sistema jurídico característico de un Estado constitucional y una mejor explicación de la práctica de los tribunales, en particular en el campo de la jurisprudencia constitucional, sembró la alarma en las filas del positivismo. De hecho desencadenó varias oleadas de disputas internas a propósito del reparto de la herencia de Hart, abocando a la diferenciación de variedades nuevas del positivismo, que en gran medida se distinguen entre sí por la diferente forma como reaccionan a los desafíos de Dworkin –en particular por el papel y lugar que asignan a los principios y el modo como, en consecuencia, articulan la relación entre derecho y moral.<sup>4</sup>

Laporta y Ruiz Manero no se han enredado directamente en las discusiones, en ocasiones no poco bizantinas, entre positivistas inclusivos y excluyentes, blandos y duros, entre convencionalistas profundos y principialistas de adscripción dworkiniana o más afectos a Alexy o tal vez a Zagrebelsky.

---

<sup>4</sup> Para un examen de conjunto, vid. R. Escudero, *Los calificativos del positivismo jurídico*. Civitas, Madrid, 2004.

Pero tampoco han evitado tomar partido. Puesto en el trance de autocatalogarse, Laporta caracteriza su posición como «positivismo normativo, o positivismo ético, o ética del legalismo».<sup>5</sup> En esa autocatalogación veo yo, por un lado, una intención de distanciarse de la posición que Bobbio ha denominado “positivismo conceptual”, que arranca de la tesis de que el derecho puede y debe identificarse mediante criterios empíricos e independientemente de cualquier conexión con la moral, y también, por otro, una intención de defender la tradición teórica del positivismo haciendo valer los motivos políticos implícitos y proteger el impulso emancipatorio, de naturaleza inequívocamente moral, que había guiado al movimiento positivista en su confrontación con el yusnaturalismo, y que ahora él ve en peligro. Si no interpreto mal, Laporta piensa

---

<sup>5</sup> *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 151. En este sentido se sitúa en la estela de T. D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot 1996; ver también «The Point of Legal Positivism», *King's College Law Review* 9 (1999) del cual hay trad. de Ángeles Ródenas «El sentido del positivismo jurídico» *Doxa* 25 (2002). Dentro del círculo más cercano a Laporta han formulado esta misma posición L. Hierro, “¿Por qué ser positivista?”. *Doxa* 25 (2002) y A. Ruiz Miguel, «Positivismo ideológico e ideología positivista» publicado en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla (coords.), *El positivismo jurídico a examen*. Edics. Univ. de Salamanca, Salamanca, 2006.

que, sin necesidad de entrar a discutir si el derecho está o no conceptualmente separado de la moral, hay razones de moralidad política que permitirían defender la diferenciación de cuestiones jurídicas y cuestiones morales y justificarían la abstinencia moral de los jueces y demás órganos de aplicación del derecho. Ruiz Manero, en cambio, asume con naturalidad la finalización del ciclo histórico del positivismo y no vacila en incitarnos a dejarlo atrás, como un capítulo concluso de la historia del pensamiento jurídico.<sup>6</sup> Sería profundamente desorientador, sin embargo, interpretar ese gesto como una invitación a regresar al yusnaturalismo; ha de verse más bien, creo yo, como una aceptación del hecho de que en el estado actual de la discusión la vieja alternativa “o positivismo o yusnaturalismo” resulta ya demasiado simplificadora y poco esclarecedora.

La discusión entre Laporta y Ruiz Manero en torno a la certeza en el derecho es instructiva entre otras muchas razones porque permite leer entre líneas a propósito de un abanico más amplio de problemas. Ahora bien, uno y otro convergen en el tema de los principios como factores de incertidumbre desde trayec-

---

<sup>6</sup> Vid. «Dejemos atrás el positivismo jurídico», escrito en colaboración con M. Atienza, y publicado en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla (coords.), *El positivismo jurídico a examen* (ob. cit.).

torias algo diferentes y guiados por intereses de conocimiento que son también algo diferentes. Aunque ambos se mueven con facilidad en la zona de intersección de la teoría del derecho y la filosofía política, al pasar del trabajo desarrollado en los últimos años por Laporta al de Ruiz Manero se experimenta un ligero desplazamiento del centro de gravedad desde la filosofía política a la teoría del derecho.

Las reflexiones que Paco Laporta sometió al Seminario se incubaron en el proceso de elaboración de su libro más reciente, *El imperio de la ley* (Trotta, Madrid, 2007), una de las obras más estimulantes publicadas entre nosotros en las últimas décadas. Esa obra, que es el precipitado de un trabajo sostenido a lo largo de una década, recorre prácticamente todos los temas importantes de una teoría del derecho –teoría de las normas y teoría del sistema jurídico, teoría de la interpretación y teoría de la aplicación del derecho, teoría de la ley y teoría de la constitución–; y lo hace guiada por un interés académico, sí, pero también inequívocamente político, por esclarecer las condiciones en las que hoy es posible un régimen de imperio de la ley, y poner en guardia frente a las amenazas que se ciernen sobre él. Para quien haya seguido los escritos de Laporta de los últimos años –y, por cierto, no sólo los publicados en el medio estricta-

mente científico, sino también sus artículos de opinión aparecidos ocasionalmente en la prensa— resultará patente de qué modo inextricable se entreteje en ellos el interés científico genuino del profesor con las preocupaciones del ciudadano que no duda en aplicar su competencia científica a la discusión pública de temas de la política diaria. Ese rasgo del trabajo de Laporta se refleja también en su ponencia: es la preocupación por los riesgos a los que se ve expuesta la realización del ideal del imperio de la ley en la coyuntura actual del Estado constitucional lo que le impulsa a ocuparse del papel de los principios en la práctica jurídica.

En Ruiz Manero, en cambio, la ocupación con los principios nace del interior de un trabajo analítico, que se prolonga a lo largo de dos décadas, a propósito de la estructura interna del derecho como sistema normativo. Una importante aportación en esa línea apareció en *Jurisdicción y normas* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990), donde llevó a cabo un examen crítico de la teoría del derecho como sistema normativo tal como había sido esbozada por Kelsen y Hart. En la segunda parte de esa obra el estudio de los presupuestos sobre los que descansa la función jurisdiccional ofrece el terreno para una recepción crítica de la discusión cruzada entre Dworkin y Hart. Seis años después, dentro de

un magnífico trabajo analítico sobre la variedad de enunciados normativos que integran un sistema jurídico, realizado en colaboración con Manuel Atienza bajo el título *Las piezas del derecho* (Ariel, Barcelona, 1996), ofreció una interpretación particularmente esclarecedora de la distinción entre principios y reglas, poniéndola en conexión con la teoría de las razones para la acción. La pertinencia de la combinación que en esa obra se hacía de un análisis estructural con un análisis funcional relativo a la forma como operan los principios y las reglas en la argumentación jurídica se puso de manifiesto de forma particularmente brillante cuatro años más tarde en *Ilícitos atípicos* (Trotta, Madrid, 2000). Escrita nuevamente en colaboración con Atienza, esa obra movilizó la distinción –y la relación– entre reglas y principios para ofrecer una novedosa caracterización conceptual de fenómenos delictivos como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, que coinciden en explotar la observancia de una regla para violar principios que le sirven de fundamento.

El lector podrá comprobar hasta qué punto la confrontación entre Laporta y Ruiz Manero recogida ahora en este libro resulta interesante y productiva. A ello contribuyen no sólo la oportunidad del tema elegido para la ocasión y la finura analítica con que fue abordado por

ambos, sino también las afinidades teóricas existentes entre ellos más allá de todas las diferencias. La experiencia de los debates académicos indica que con demasiada frecuencia la distancia teórica que media entre los interlocutores, lejos de enriquecer la discusión, tiende a hacer que se estanque. No es éste nuestro caso. El hecho de que los dos interlocutores compartan vocabulario y herramientas teóricas, y que se desenvuelvan en un marco de referencias que a ambos resulta familiar, el hecho además de que el debate avance a partir de un cierto consenso teórico de fondo, hace posible que la discusión funcione como una vía de aprendizaje más que como una ocasión para señalar la posición que cada uno ocupa y marcar territorio. Nada de extraño tiene que en estas condiciones la discusión termine adquiriendo el aire de una disputa de familia. Los participantes comparten una historia común, una cierta tradición de pensamiento, y gracias a ello pueden arrancar de un conjunto suficiente de sobreentendidos compartidos, ahorrándose la fatigosa tarea de explicitar y discutir los primeros presupuestos. Pero precisamente eso hace muy instructiva la forma como ventilan sus discrepancias.

3. El problema de la certeza del derecho y de los efectos del derecho sobre la predecibilidad de las acciones individuales se

extiende sobre un amplio y variado territorio. Es interesante la forma como Laporta acota el área de ese tema en la que realmente quiere trabajar.

Para empezar, hay que subrayar que en su intervención no se ocupa del problema de la certeza en abstracto, sino más bien de algunas de sus manifestaciones concretas en el momento presente, y, si no me equivoco, lo hace acuciado por experiencias que nos son muy cercanas. Así pues, aunque es indudable que sus reflexiones tienen relevancia para una teoría general del derecho, y están apoyadas en argumentos perfectamente generalizables, su escrito está pensado como pieza de un diagnóstico de la situación actual del derecho. Y en este punto obedece a una preocupación bien comprensible. Que en nuestras sociedades el valor de la certeza jurídica se ha deteriorado de forma alarmante es un hecho difícil de negar –un hecho, por lo demás, que ha penetrado en la percepción misma de los ciudadanos y que en parte explica el malestar difuso, pero profundo, que manifiestan estos frente al derecho. Identificar las causas del fenómeno y diseñar remedios es tarea más complicada. Laporta no pretende tal cosa, pero sí intenta al menos avanzar un trecho significativo en esa dirección.

Una vez enfocada la discusión dentro de un diagnóstico del momento presente, Laporta sigue acotando el amplio terreno de investigación de los factores que en nuestras sociedades están incidiendo negativamente sobre la certeza. Y en este caso hay que reconocer que se comporta de forma muy selectiva.

Las fuentes del creciente deterioro de la certeza en las relaciones jurídicas se encuentran ante todo, creo yo, en las condiciones bajo las que opera el legislador en nuestras complejísimas sociedades. Para empezar, nunca como ahora la expresión “legislador”, a la que con tanta frecuencia recurren los juristas, ha revelado su naturaleza de cómoda abreviatura de la que nos servimos para referirnos a un conjunto muy abigarrado de agencias centrales y periféricas de producción de normas, que actúan con esferas de competencia no siempre bien definidas, y a menudo en concurrencia cuando no en abierta rivalidad. A ello hay que añadir que, a medida que el Estado moderno, siguiendo un proceso bien conocido, ha ido asumiendo funciones cada vez más amplias de intervención en el tráfico social, los órganos legislativos se ven crecientemente envueltos en procesos de creación normativa coyuntural, al servicio de objetivos rápidamente cambiantes, bajo la presión de factores que escapan a su control, y realizada a menudo con información incom-

pleta sobre las circunstancias en las que habrá de aplicarse y sobre las consecuencias de su aplicación. Esto hace que el ideal del “legislador racional”, que en algunos tramos del pensamiento jurídico moderno funcionó de forma muy fecunda como punto de referencia para la interpretación del derecho, se vea ahora confrontado con la penosa realidad de «un mundo de leyes desbocadas»<sup>7</sup>, en el que resulta definitivamente fuera de lugar aquella aspiración que un día albergó el movimiento codificador de disponer de un cuerpo de reglas completo, consistente, estable y enteramente determinado –una aspiración que ya entonces los más lúcidos consideraron más allá de las posibilidades de los legisladores humanos, y que hoy se revela a todas luces ilusoria.<sup>8</sup>

Es inevitable que estas condiciones arrojen consecuencias negativas para la certeza en las relaciones jurídicas. Tiene, pues, razón Laporta cuando afirma que en las sociedades

---

<sup>7</sup> Cfr. E. García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>8</sup> Hace ya más de un siglo Fr. Géný, dentro de una crítica a lo que él mismo denominó el «fetichismo de la ley escrita», llamó la atención con agudeza sobre el carácter ilusorio de semejante ideal. Vid *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>a</sup> ed. LRDJ, Paris, 1954 (la primera edición es de 1899), §§ 96, 203.

occidentales, con un ordenamiento «caracterizado por una suerte de compulsión general a la creación incesante de normas jurídicas» se multiplica el riesgo de incertidumbre: un sistema normativo integrado por normas creadas mediante decisiones adoptadas por autoridades muy diversas, en circunstancias diferentes, persiguiendo objetivos muy variados, compitiendo entre sí y a menudo con limitaciones de información y actuando bajo presiones y restricciones de todo tipo –un sistema normativo así, digo, es propenso a incurrir en indeterminaciones, incubar antinomias y albergar vacíos normativos, es propenso, en suma, a generar incertidumbre. Y, como certeramente apunta Laporta, eso termina afectando negativamente a la autonomía de los sujetos y su capacidad para planear racionalmente su conducta. Un sistema jurídico en continua agitación termina zarandeando las expectativas individuales, y corre el peligro de ser percibido por los ciudadanos como una trampa en la que están condenados a caer inadvertidamente<sup>9</sup> más que como una garantía

---

<sup>9</sup> Ya Hobbes había puesto en guardia contra los excesos de una legislación profusa y caprichosa señalando que «donde hay más leyes de las que podemos recordar fácilmente y que prohíben cosas que la razón no prohíbe por sí misma, es inevitable que por ignorancia, sin mala intención alguna, [los hombres] caigan en las leyes como en trampas tendidas contra la libertad inofensiva» (*De Cive* 13. 15).

pública de los resultados previsibles de sus decisiones.

Ahora bien, aunque me parece indiscutible que los principales factores de la incertidumbre del derecho en nuestro mundo han de buscarse ante todo en las condiciones bajo las que operan los procesos legislativos, no es éste el aspecto del que quiere ocuparse Laporta. Sin ignorarlo, de hecho lo menciona sólo de pasada. En realidad los factores a los que de manera puramente alusiva acabo de referirme parecen interesarle sólo en la medida en que crean las condiciones para que entre en juego otro factor de incertidumbre algo diferente. En un momento significativo de su exposición, tras hacer una breve relación de las diversas formas de “casos difíciles”, y señalar que su ocurrencia aumenta inevitablemente en las condiciones de un proceso legislativo “compulsivamente” acelerado, añade:

«En todos estos supuestos parece que el legislador ha abandonado su papel y ha dejado un vacío en el sistema. Cualquiera que sean las razones o causas de que ello suceda, el legislador no ha previsto la regla que ofrezca una posible solución. Se retira. Y en la medida en que lo hace todos los casos se tornan difíciles, todas las soluciones intrincadas. El juez avanza hacia el proscenio».

Son las incertidumbres generadas por la actividad judicial las que interesan a Laporta. Y, a la vista de la actual situación de la administración de justicia, hace gala una vez más de sentido de la oportunidad. Pero aquí vuelve a acotar su terreno de forma muy selectiva. Puesto a identificar los factores que inciden en el incremento de la incertidumbre a propósito de los efectos de la actividad judicial, uno tendería a llamar la atención sobre las condiciones en las que se desarrollan hoy los procesos de aplicación judicial del derecho. Si mi percepción no es errónea, el aumento de la complejidad social y no en último término el espectacular incremento del tráfico económico en las sociedades (post)industriales han provocado un aumento vertiginoso de la litigiosidad, que ha desbordado la capacidad de los tribunales. Ello, combinado con la dificultad para procesar razonablemente la abigarrada masa normativa producida por un proceso legislativo «motorizado» (García de Enterría) que ni el más avezado de los juristas es capaz de dominar con la mirada, bastaría para explicar –sin necesidad de echar mano de algunas de nuestras patologías políticas más o menos coyunturales y de nuestra patente dificultad para poner al día la legislación procesal y los procesos de selección de los jueces– las deficiencias de todo tipo que aquejan a la administración de justicia, de las cuales no es la

menor la incertidumbre a propósito del momento en que los litigios estarán definitivamente resueltos. Pero Laporta no se detiene a examinar las condiciones empíricas de todo tipo que inciden en la práctica de los tribunales y que sin duda él no ignora. Los problemas de incertidumbre que aquejan al derecho en nuestros días se agravan, en su opinión, porque, a los efectos negativos que tiene la «compulsión a la creación incesante de normas jurídicas» en términos de producción de “casos difíciles”, se une una compulsión adicional que él caracteriza como «la exagerada apelación a los principios como algo distinto de las reglas». En ella localiza él «uno de los síntomas de la deriva actual de la cultura jurídica», y es precisamente ése el factor de incertidumbre que le interesa analizar.

Al comienzo de su escrito Laporta identifica, en términos que para el lector desprevenido no resultan inmediatamente transparentes, dos de los factores de lo que él denomina «la deriva actual de la cultura jurídica» que afectan negativamente a la certeza en las relaciones jurídicas:

«Algunas variaciones en los ingredientes de los sistemas jurídicos o en el énfasis que se pone en algunos de ellos y ciertas posiciones teóricas y prácticas aparentemente nuevas sobre la creación, interpretación y apli-

cación del derecho pueden desembocar en un incremento de la incertidumbre que dificulte gravemente la predecibilidad de las conclusiones de derecho».

Se trata, como se ve, de dos factores de naturaleza diferente, aunque relacionados: uno de ellos tiene que ver con el contenido normativo del sistema jurídico, el otro con la teoría del derecho que se supone que está operando en la práctica de aplicación del derecho. Por lo que se refiere al *primero* de ellos, de una lectura atenta se desprende inmediatamente que esos nuevos «ingredientes» a los que se refiere Laporta son los principios. A primera vista esta afirmación resulta sorprendente cuando se recuerda que ya antes de que el Código Civil los reconociera como fuente del derecho, la invocación de principios estaba ampliamente arraigada en la práctica jurídica occidental. Eso hace pensar que la “variación” en la que Laporta está pensando resulta más bien de la incorporación explícita de principios y valores a la constitución y de su fuerza de irradiación no sólo sobre el proceso legislativo sino también sobre la interpretación misma de las leyes. Por lo que se refiere al *segundo* de los factores, parece obvio que las «posiciones» teóricas que él cree que están incidiendo en la práctica jurídica generando incertidumbre son aquellas para las que entre nosotros se han acuñado

las etiquetas, no muy afortunadas, de “principalismo” y “neoconstitucionalismo”. Lo que parece preocupar a Laporta es, pues, el peso que ciertas teorías atribuyen a los principios en la práctica de aplicación del Derecho en el Estado Constitucional, un Estado en el que la constitución no se limita a organizar los poderes públicos, sino que contiene principios y valores que no sólo restringen el área de operaciones del legislador y orientan los procesos legislativos, sino que también han de guiar la práctica de interpretación y aplicación de las leyes.

A propósito de los efectos de los principios en la situación actual del derecho, el diagnóstico de Laporta difiere significativamente del que hace ya diez años formuló Eduardo García de Enterría en el marco de un ensayo sobre la seguridad jurídica «en un mundo de leyes desbocadas». En un ordenamiento «tan complejo y variable, elaborado por impulsos dispares y ocasionales, y que ha parecido renunciar a mantener un orden sistemático discernible», decía entonces García de Enterría, la referencia a los principios y valores constitucionales permite construir, en el proceso de aplicación del derecho, unidad y coherencia, evitando la «completa disolución casuística»:

«Ante la situación actual [...] del desorden extremo de las normas escritas, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios»<sup>10</sup>

García de Enterría parece pensar que la presencia de principios permite, actuando desde dentro del sistema, resolver contradicciones normativas, colmar lagunas legales, y decidir racionalmente a propósito de disposiciones vagas e imprecisas, proporcionando una cierta estabilidad y unidad a un cuerpo legal disperso y en continua agitación. En este punto se encuentra en sintonía con nuestro “legislador”, quien en un pasaje muy significativo de la Exposición de Motivos de la LOPJ formula en los términos siguientes lo que realmente es el embrión de una concepción sobre nuestro ordenamiento jurídico como sistema normativo, una concepción que, si no me equivoco, se encuentra hoy entre nosotros ampliamente asumida entre los juristas:

«El Título Preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la

---

<sup>10</sup> Ob. cit. pp. 106 s.

vinculación genérica del artículo 9.1. de la Constitución, disponiendo que las leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales [...] Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del derecho que de ellos derivan, como fuente del derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos».

Laporta discrepa de este juicio –en el que probablemente detectaría una visión autocomplaciente que enmascara la realidad. En aquello en lo que García de Enterría ve un remedio para la incertidumbre generada por un proceso legislativo deficiente e inestable, él ve un factor de agravamiento de esa misma incertidumbre. Al avanzar a contrapelo de una posición bastante extendida, Laporta obedece, creo yo, a un impulso muy saludable de resistencia crítica frente a la presión de posiciones dominantes a menudo aceptadas en forma irreflexiva. Pero no está claro de qué modo la ausencia de principios aliviaría las incertidumbres de todo tipo generadas por el proceso legislativo en un «mundo de leyes desbocadas», ni siquiera si un sistema sin principios es realmente una alternativa via-

ble. Si admitimos, como hace Laporta, que en las condiciones de nuestras sociedades se multiplican las oportunidades para la proliferación de casos difíciles, ¿cómo podemos resolverlos generando certeza? Desde luego es posible imaginar un proceso legislativo más disciplinado de lo que tenemos a la vista. Pero, si no recaemos en la vieja ilusión del legislador racional, incluso en las mejores condiciones antes o después surgirán antinomias y lagunas, ambigüedades e incertidumbres generadas por lo que Hart denominó la «textura abierta de las reglas», surgirán, en suma, casos difíciles en los que los órganos de aplicación del derecho no podrán echar mano del arsenal de reglas convencionales. Admitamos que los principios no son un remedio eficaz; pero ¿cuál es entonces la alternativa sino la arbitrariedad? No estoy seguro de cuál es la respuesta de Laporta a esa pregunta. Probablemente piensa que es preferible aceptar la dura realidad –a saber, que los casos difíciles no admiten una respuesta en términos del derecho vigente, que el derecho no está en condiciones de resolver todos los casos, de modo que la discrecionalidad judicial es inevitable– antes que dejarse arrullar por la idea tranquilizadora de que gracias a los principios el derecho está en condiciones de proporcionar una respuesta correcta a todos los casos. Volveré sobre este punto.

Entre los casos de “mundos sin reglas” que analiza en el capítulo quinto de *El imperio de la ley*, Laporta, tomando pie en Dworkin, examina las graves deficiencias que aquejarían a un sistema de solución de conflictos integrado únicamente por principios. Él mismo admite que se trata de un experimento mental y que los defensores de alguna variante de teoría principialista no piensan en un modelo de principios puro sino más bien «un modelo mixto de reglas y principios». Sin embargo pasa por alto el estudio del caso opuesto de un “mundo sin principios”. En su réplica, Ruiz Manero ofrece buenas razones para albergar serias dudas sobre la viabilidad y aun deseabilidad de un mundo así. Como cuestión de hecho, probablemente es verdad que la presencia de principios es constatable en todos los sistemas jurídicos mínimamente complejos. Pero la cuestión de hecho puede no ser en este punto decisiva. La cuestión decisiva es si resulta *deseable* (suponiendo que fuera viable) un sistema jurídico sin principios. En un mundo sin principios las reglas habrían de aplicarse en todo caso haciendo caso omiso de su justificación subyacente, y los procesos de aplicación del derecho tendrían que poder operar de forma automática, de modo que, en el límite, pudieran ser puestos en operación por una máquina debidamente programada. El sueño de un mundo de reglas sin principios termina en la

pesadilla del formalismo y el reglamentismo a ultranza. Desde luego que en un mundo así las expectativas de los individuos estarían aseguradas y los resultados jurídicos de sus acciones serían predecibles –*mientras* encuentren respaldo en reglas convencionales y, como subraya Ruiz Manero, esas reglas posean autonomía semántica, de modo que su contenido explícito no esté sujeto a interpretación controvertida. Pero si no estamos dispuestos a suscribir la tesis del legislador racional, tenemos que aceptar que también en un mundo así, con un sistema jurídico integrado exhaustivamente por reglas convencionales, se tropezaría antes o después con casos difíciles, en los que la maquinaria de aplicación del derecho rodaría en el vacío y para los que no habría otra salida que la arbitrariedad. Sumisión ciega a las reglas, por un lado; arbitrariedad, por otro. No estoy seguro de que deseáramos vivir en un mundo así.

Pero no creo que Laporta abogue por un sistema de reglas puro, es decir, por un sistema sin principios. Probablemente no es la presencia de principios –en particular, de principios constitucionales– lo que contempla con recelo, sino más bien su invocación indebida. En verdad es difícil no estar de acuerdo con él cuando nos pone en guardia contra «la exagerada apelación a los principios»: cualquier utilización *exagerada* de cualquier cosa,

sean los principios o las reglas, es, por definición, indeseable. Pero ¿y una utilización *moderada*, razonable o simplemente *correcta* (suponiendo que tal cosa es posible)? ¿Por qué sentir aprensión hacia los principios y no más bien hacia su invocación abusiva? Poco más arriba he referido la opinión de García de Enterría de que en un «mundo de leyes desbocadas» el recurso a los principios permite evitar que la práctica jurídica termine desliziándose hacia la «completa disolución casuística». Laporta parece pensar que la situación es exactamente la contraria: es el hecho de que los jueces se crean autorizados a invocar libremente principios lo que amenaza con sumirnos en la marea casuística del particularismo, en la que naufraga definitivamente la predecibilidad de las relaciones jurídicas. ¿Pero realmente los jueces son libres de invocar los principios a su capricho? Creo que lo que realmente inquieta a Laporta no es tanto los *principios* como las *teorías* principialistas, que él parece pensar que contienen una invitación a la «exagerada» invocación de los principios, con efectos nocivos sobre la práctica jurídica en términos de deterioro del valor de la certeza y la seguridad jurídica<sup>11</sup>. En la fuerza expansiva que están

---

<sup>11</sup> Hay aquí una derivación interesante, aunque marginal, que no me resisto a dejar apuntada. Por regla general los juristas suelen ser escépticos sobre los

teniendo esas teorías ve él un estímulo a un «activismo judicial irrestricto» que amenazaría con contaminar de discrecionalidad, si es que no de arbitrariedad, la actividad de los jueces.

4. Ya he anotado que Laporta no adscribe su posición al llamado “positivismo conceptual” sino a lo que él mismo denomina un “positivismo ético”. Aplicando la terminología de Dworkin, diríamos que defiende el positivismo entendido no como «teoría semántica» sino más bien como «teoría interpretativa». En realidad su posición se aproxima bastante a aquella que Dworkin caracterizó como «convencionalismo»: el derecho está integrado por un conjunto de reglas convencionales, y los órganos de aplicación

---

efectos prácticos de la teoría del derecho. Paco Laporta no parece compartir ese escepticismo; yo desde luego tampoco. En la medida en que la práctica jurídica –de forma muy señalada la práctica de los tribunales– es una práctica argumentativa, cargada (explícita o, más a menudo, implícitamente) de teoría, las discusiones teóricas que consiguen traspasar los muros de la Academia terminan arrastrando consecuencias prácticas. Aunque la teoría del derecho no es fuente del derecho, en cierto sentido un sistema jurídico es más rico cuando está acoplado a una buena dogmática jurídica, y la práctica de los tribunales es mejor cuando se proyecta desde una buena teoría del derecho. Esto significa que la discusión teórica, que lamentablemente en demasiadas ocasiones se resiente de bizantinismo, no es un mero ejercicio de virtuosismo académico libre de responsabilidad.

del derecho están rigurosamente sujetos a ellas, independientemente de su contenido y de su justificación subyacente, mientras su contenido explícito no sea controvertido. Pero es importante no perder de vista que con ello no se pretende tanto esclarecer el significado del término “derecho” como ofrecer una interpretación satisfactoria del conjunto de prácticas que vinculamos a ese término, una interpretación que nos permita explicar esas prácticas e identificar las razones que podrían justificarlas, y de paso extraer directrices y orientaciones para adoptar decisiones en el marco de las mismas. No se trata, pues, de una teoría descriptiva; contiene ingredientes inequívocamente normativos.

Laporta proporciona soporte normativo a esa visión del derecho movilizando fundamentalmente dos ideas: el valor moral de la *autonomía* personal, por un lado, y el ideal político del *imperio de la ley*, por otro. Y en la presentación que él ofrece del convencionalismo la predecibilidad sirve en cierto modo de engarce: por un lado, la idea de imperio de la ley apunta al ideal de una sociedad en la que está razonablemente garantizada la predecibilidad de los resultados jurídicos de las acciones, y, por otro, la predecibilidad es condición necesaria para que las personas puedan planear racionalmente sus vidas y adoptar decisiones responsablemente. Ahora

bien, en este punto Laporta vincula la realización de ambas ideas a la existencia de un cuerpo estable de reglas con un contenido razonablemente inequívoco y aplicadas de modo riguroso e imparcial: el ideal del imperio de la ley «impone al derecho “una exigencia de normatividad”»: el núcleo del ordenamiento jurídico debe estar compuesto por normas en el sentido de reglas» porque «la mera existencia empírica de las reglas jurídicas [...] da como resultado un contexto de decisión en el que la autonomía personal puede desarrollarse».<sup>12</sup>

Tiene razón Laporta al subrayar la importantísima función de las reglas como generadoras de seguridad en el tráfico social. Ese punto, en el que los dos ponentes coinciden inequívocamente, está fuera de discusión. Utilizando los términos del título de la ponencia de Ruiz Manero, cabe, sin embargo, preguntarse si con su énfasis en las «virtudes de las reglas» no tiende Laporta a oscurecer «la necesidad de los principios» precisamente en relación con (a) la autonomía personal y con (b) el imperio de la ley. Terminaré esta presentación, ya demasiado larga, con unas consideraciones en este sentido.

---

<sup>12</sup> *El imperio de la ley*, ob. cit 107.

(Ad a) En relación con el primer punto me limitaré a sugerir que el desarrollo de la autonomía personal no depende sólo de la existencia de reglas. La reglamentación de un campo de concentración proporciona, creo yo, un ejemplo evidente de cómo un sistema estable de reglas configuradas «de forma tendencialmente cerrada» puede garantizar plenamente la predecibilidad de los resultados jurídicos de las acciones, y no satisfacer, en cambio, el valor de la autonomía personal –a menos que reduzcamos la idea de autonomía personal precisamente a la de predecibilidad. No basta, pues, con reglas; el contenido de las reglas es también decisivo. Tiene razón Laporta cuando afirma que la realización del valor de la autonomía es cuestión de grados,<sup>13</sup> y hay que admitir que la articulación de las condiciones jurídicas que la hagan posible depende de circunstancias variables. Pero en nuestras sociedades, y a la altura de comienzos del siglo XXI, no parece que pueda realizarse satisfactoriamente sin la definición y garantía de derechos que queden sustraídos a la invasión de los poderes públicos y protegidos frente al juego cambiante de mayorías parlamentarias –en suma, derechos fundamentales. Ahora bien, la experiencia con el derecho constitucional parece indicar que de hecho la formulación de esos

---

<sup>13</sup> *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 34.

derechos adopta en muchos casos la estructura de los principios. En este sentido se diría que en nuestros días la presencia de principios –ciertamente no de cualesquiera principios– es indispensable para que el sistema jurídico produzca las condiciones que permitan el desarrollo de la autonomía personal. Podría, por supuesto, pensarse en la posibilidad de formular los derechos fundamentales en términos de reglas. Pero, por un lado, la ejecución de esa estrategia parece tropezar con límites,<sup>14</sup> y, por otro, incluso si fuera posible probablemente no sería deseable. En este punto me basta con remitirme a las persuasivas consideraciones que hacia el final de su ponencia hace Ruiz Manero para mostrar que es razonable que «en el caso de las Constituciones rígidas [...] su dimensión regulativa se detenga, en muchos ámbitos, en el nivel de los principios y de las directrices y encomiende su desarrollo mediante reglas a los mecanismos ordinarios de creación del derecho, y muy centralmente a la legislación».

(Ad b) Es significativo que ya en el mismo título de su último libro Laporta haya situado sus reflexiones bajo la advocación del imperio de la ley –exactamente igual que años

---

<sup>14</sup> Vid. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986, cap. 3. II.

antes había hecho Dworkin,<sup>15</sup> aunque para extraer consecuencias muy diferentes, si es que no opuestas: Laporta invoca el ideal del imperio de la ley para justificar sus reticencias frente a los principios; para Dworkin, en cambio, las exigencias asociadas al ideal del imperio de la ley hablan en favor de los principios. En realidad estamos ante dos interpretaciones diferentes de ese complejo ideal político.

No voy a analizar el concepto de imperio de la ley. Tampoco es necesario. Para lo que aquí interesa me basta con recordar brevemente algunas de las exigencias asociadas a él en relación con la función jurisdiccional, remitiéndome en este punto al mismo Laporta. Hacia el comienzo del capítulo IX, extraordinariamente rico en análisis y sugerencias, de *El imperio de la ley*, Laporta ofrece una descripción de la función jurisdiccional identificando tres importantes «deberes profesionales» que forman parte de los presupuestos normativos sobre los que descansa la actividad de los jueces en un Estado de Derecho y bajo el ideal del imperio de la ley: 1. el deber

---

<sup>15</sup> Como es sabido, la obra en la que Dworkin formula de forma más sistemática su teoría del derecho lleva por título *Law's Empire*. No es el error menos lamentable de la desdichada versión castellana de ese libro haber traducido esa expresión por “imperio de la justicia”.

de fallar todos los casos, en otras palabras, la prohibición del pronunciamiento *non liquet*, 2. el deber de decidir con arreglo al derecho vigente, y 3. el deber de motivar las sentencias.<sup>16</sup> La existencia de esos tres deberes está tan fuertemente arraigada en nuestra cultura jurídica que casi parece innecesario insistir en ellos. Ahora bien, una vez identificados, Laporta, a renglón seguido se apresura a advertirnos de que en ocasiones es imposible cumplirlos:

«No es imposible que el segundo y el tercero de esos deberes no sean tan fáciles de cumplir simultáneamente en un caso determinado, y por tanto que uno de los dos, el deber de atenerse al sistema de fuentes o el deber de motivar el fallo, resulte en ese caso defraudado. Podría en efecto suceder que si el juez quisiera cumplir a toda costa con el deber de atenerse al sistema de fuentes y sólo al sistema de fuentes, no pudiera motivar el fallo en él, porque el sistema de fuentes no le ofrece pautas normativas suficientes para hacerlo, es decir, el derecho que trata de aplicar es indeterminado. Y podría suceder también que si el juez se sintiera particularmente obligado a motivar su fallo tuviera que abandonar el sistema de fuentes y apelar a razones normativas extrañas a él, con lo que incumpliría con el deber anterior»<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> *El imperio de la ley*, ob. cit. pp. 194 s.

<sup>17</sup> *El imperio de la ley*, ob. cit. p. 195.

Laporta toma esta consideración como punto de partida para un examen muy detallado y ramificado del trabajo argumentativo de los tribunales y una exploración de algunos límites del imperio de la ley. No puedo entrar en sus análisis. Si acoto este pasaje de su libro es porque describe una situación en la que las ideas de Estado de derecho e imperio de la ley parecen colocar a los jueces ante exigencias desmesuradas, ante exigencias imposibles de satisfacer, porque el sistema jurídico no les brinda (ni en realidad parece poder brindarles) instrumentos apropiados para cumplirlas. *Por una parte*, se da por supuesto que en un Estado de derecho las personas tienen definidos sus derechos y obligaciones por la ley, y todos los poderes públicos están sujetos a la ley. En un régimen de imperio de la ley, cuando las personas acuden a los tribunales para que dictaminen su caso, no reclaman meramente una decisión: reclaman y tienen derecho a una decisión correcta, y además a que lo sea en términos del derecho vigente, es decir, fundamentada, no en cualesquiera razones, sino sólo en razones suministradas por el sistema jurídico. Aunque la experiencia indica que muy a menudo tribunales diversos ofrecen soluciones diferentes a casos que son substancialmente idénticos, forma parte de los presupuestos normativos de la institución jurisdiccional en un Estado de Derecho el que los jueces actúen bajo la suposición de que el

sistema siempre ofrece una solución (vale decir, que no hay lagunas) y que sólo hay una solución correcta en términos del sistema (vale decir, que el sistema no adolece de antinomias ni tampoco de indeterminaciones semánticas). Pero si uno no alimenta vanas ilusiones a propósito del legislador, ha de admitir, *por otro lado*, que un sistema de reglas positivas es propenso a incubar incoherencias, vacíos y deficiencias de todo tipo, de modo que habrá casos en los que o no proporcionará respuesta alguna, o proporcionará varias respuestas incompatibles o proporcionará alguna respuesta pero no sabremos cuál. En una palabra, en un Estado de derecho los tribunales tienen que decidir bajo el supuesto de que el sistema jurídico satisface ciertas exigencias de racionalidad (v. gr. plenitud, coherencia, decidibilidad) que sin embargo difícilmente pueden esperarse de la obra normativa de un legislador humano.

Como es sabido esta situación, aparentemente desesperada, ha sido interpretada de formas diferentes por Hart y Dworkin. La interpretación de Hart –que Laporta, creo yo, comparte en líneas generales– acepta resignadamente que el imperio de la ley tiene límites; la de Dworkin se resiste a tal cosa. La primera excluye los principios, la segunda los exige. En juego está la cuestión virulenta de si en un Estado de derecho y bajo el imperio

de la ley es admisible la discrecionalidad judicial.

Hart ha formulado la interpretación convencionalista. Una vez que aceptamos la tesis de las fuentes sociales del derecho, tenemos que admitir que un sistema jurídico no puede proporcionar una solución a todos los casos.<sup>18</sup> Si el derecho está integrado por normas procedentes de actos de voluntad de seres con conocimiento limitado, incapaces de preverlo todo, y que producen normas en momentos diferentes, bajo limitaciones y presiones de todo tipo, no hay más remedio que admitir que pueden presentarse casos imprevistos y no regulados, o regulados de forma incompleta e insatisfactoria. Cuando se presentan casos difíciles, los jueces no pueden aplicar el derecho vigente –tienen que crear derecho nuevo haciendo uso de facultades discrecionales.

Esta interpretación parece realista y llena de buen sentido. El problema con ella es que colisiona con los principios políticos sobre los que se asienta la actividad jurisdiccional en un Estado de derecho.<sup>19</sup> Un juez que solu-

---

<sup>18</sup> Vid. la conferencia que pronunció en la Univ. Autónoma de Madrid en 1979, «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *Sistema* 36 (mayo 1980), pp. 7-9.

<sup>19</sup> Y de paso no refleja la forma como los jueces mismos ven su práctica. Dworkin ha señalado con pers-

ciona discrecionalmente un caso crea derecho nuevo, y de ese modo impone a una de las partes una obligación que previamente no existía. Actuando así, incurre en una doble falta: *por un lado* vulnera el principio de la división de poderes, arrogándose un poder de creación de derecho que en un régimen de imperio de la ley no le corresponde, y *por otro* se comporta injustamente porque al aplicar retroactivamente la norma creada *ad hoc* para resolver el caso castiga a la parte perdedora por haber infringido un deber que no tenía.

Dworkin ofrece una interpretación de la situación enteramente diferente, que exige a los jueces llevar hasta el final las exigencias asociadas al imperio de la ley. Los jueces no disponen de facultades discrecionales: han de

---

picacia que como interpretación de la práctica jurídica «el convencionalismo fracasa por la siguiente razón paradójica: nuestros jueces realmente prestan *más* atención a las llamadas fuentes convencionales del derecho, como las leyes y los precedentes, de lo que permitiría el convencionalismo. Un juez convencionalista estricto y autoconsciente perdería todo interés por la legislación y los precedentes justo en el punto en que resultara claro que se había acabado la extensión explícita de esas supuestas convenciones. En ese momento reconocería que no había más derecho, y dejaría de preocuparse de consistencia con el pasado; procedería a hacer nuevo derecho preguntándose qué ley haría el legislador actual o qué necesita el pueblo o qué interesaría más a la comunidad para el futuro» (*Law's Empire*, ob. cit. 130).

atenerse en todo caso a la ley y decidir todos los casos conforme a derecho. Eso no supone cerrar los ojos al hecho evidente de que con frecuencia las leyes son contradictorias, ambiguas y lagunosas. No tenemos, pues, que negar que existen casos difíciles, casos de antinomias, lagunas e indeterminaciones. Y sin embargo los jueces han de adoptar sus decisiones sobre la base de que siempre existe una única respuesta correcta –incluso si no disponen de indicadores empíricos que les permitan cerciorarse de que han dado con ella.

La pregunta que suscita inmediatamente esta posición es si la idea de la respuesta correcta no descansa en una ilusión –si toda la actividad jurisdiccional no descansa en un autoengaño. Y efectivamente así sería si no tuviéramos alternativa a la concepción convencionalista del derecho como un sistema normativo integrado exhaustivamente por reglas convencionales. Pero deja de serlo si admitimos que, además de reglas creadas por el poder político mediante decisiones, el sistema contiene principios de cuya pertenencia al sistema nos cercioramos en el proceso de búsqueda de una respuesta correcta y que permiten hacer justicia a una exigencia de coherencia y plenitud que se actualiza en el proceso de aplicación de leyes tal vez contradictorias y lagunosas. Las exigencias juris-

dicionales asociadas a la idea de imperio de la ley pueden mantener todo su sentido siempre que no reduzcamos la idea de imperio de la ley a la de imperio de las reglas.

Tengo la impresión de que Laporta piensa que en un modelo de vinculación jurisdiccional a principios morales la proscripción de la discrecionalidad judicial sería en realidad una forma encubierta de generalizarla, como si el reconocimiento de los principios supusiera autorizar a los jueces a ignorar las reglas siempre que les parezca que no proporcionan una respuesta satisfactoria, y contuviera una invitación al casuismo. En una larga e interesante nota a pie de página Juan Ruiz Manero ha alegado que en parte esos temores se basan en un malentendido a propósito de la forma como operan los principios en el razonamiento práctico. Por mi parte me atrevo a agregar que pasan por alto la variedad de los componentes que integran la clase genérica “principios”. En el desempeño de su función jurisdiccional los tribunales han de observar no sólo principios morales substantivos sino también principios políticos formales, de carácter organizativo y procedimental: no deben decidir sólo sobre la base de consideraciones materiales de justicia y de equidad, sino tomando en consideración también principios formales –como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad en

materia penal– y, de forma particularmente pertinente en este contexto, principios organizativos y procedimentales como los principios de jerarquía y competencia vinculados a la idea de división de poderes.<sup>20</sup> El contenido y el peso relativo de esos principios variará, naturalmente, dependiendo del sistema jurídico y político de que se trate. Pero parece verosímil suponer que en un Estado democrático de derecho, donde es notorio que las formas y procedimientos tienen un lugar muy prominente, la invocación de esos principios garantizará el respeto debido a la legislación y los precedentes.

Naturalmente nada de esto ofrece garantía alguna de infalibilidad en el trabajo judicial, ni nos vacuna contra la posibilidad de que incluso jueces doctos y concienzudos ofrezcan respuestas diferentes a un caso –algo que, para no ir más lejos, muestra de forma elocuente el fenómeno de los votos disidentes en altos tribunales colegiados. Pero, bien pensado, nada puede protegernos contra esa eventualidad. Tampoco un sistema simple de reglas. Por lo demás, tiene razón Laporta cuando nos previene frente al riesgo de una invocación abusiva de los principios. Creo que investigar los términos de una correcta invo-

---

<sup>20</sup> R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 169 s.

cación de los principios es una de las tareas más acuciantes que tenemos por delante, y contribuir a un uso disciplinado de los principios por los llamados “operadores jurídicos” constituye una de las aportaciones más importantes que puede hacer la filosofía del derecho al desenvolvimiento del Estado constitucional.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Este escrito se ha elaborado dentro del proyecto SEJ2007-63792, financiado por la DGI.



## CERTEZA Y PREDECIBILIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

*Francisco J. LAPORTA*

Voy a presentar brevemente algunas reflexiones y razonamientos que me han llevado a temer por el grado de certeza y predecibilidad que pueda ser predicado de las relaciones jurídicas en el futuro de nuestro ordenamiento y los asimilables a él. Algunas variaciones en los ingredientes de los sistemas jurídicos, o en el énfasis que se pone en algunos de ellos, y ciertas posiciones teóricas y prácticas aparentemente nuevas sobre la creación, interpretación y aplicación del derecho pueden desembocar en un incremento de la incertidumbre que dificulte gravemente la predecibilidad de las conclusiones de derecho.

Empezaré por establecer algunas estipulaciones sobre el significado que doy a los términos del título. Entenderé genéricamente por relación jurídica toda relación entre sujetos (de derecho privado o público) definida por normas jurídicas. Así entendida, la relación jurídica va mucho más allá de lo que se suele denominar en el ámbito del derecho privado “negocio jurídico”, hasta incluir, por

ejemplo, las relaciones de la Administración con los administrados o las relaciones entre sujetos de derecho público. Las normas jurídicas no se limitan a crear o configurar como jurídica tal relación sino que *constituyen* también a los sujetos que toman parte en ella como sujetos de derecho. Los sujetos de derecho que participan en esas relaciones lo son porque han sido dibujados de cierta manera por las normas jurídicas; y el contenido jurídico de la relación entre ellos es el establecimiento del estatus recíproco de los participantes por lo que al derecho respecta. Para no entrar en mayores complicaciones, podemos entender un estatus jurídico como un haz de derechos y deberes entre los sujetos de la relación. Tales derechos y deberes no son estáticos; pueden cambiar a partir de actos de órganos de poder jurídico (una ley, por ejemplo), actos de los sujetos mismos (una declaración de voluntad, por ejemplo) o hechos objetivos previstos en las normas (alcanzar determinada edad, por ejemplo).

Lo que entiendo por incerteza o incertidumbre jurídica es sencillamente no poder saber con precisión lo que jurídicamente se *es*, es decir, no poder saber qué sujeto de derecho se es, no poder conocer el alcance del propio status en una relación dada, o no poder determinar el contenido y los límites de los propios derechos y deberes. La incertidumbre

o falta de certeza puede ser el efecto de muchas causas: por ejemplo, lagunas en el derecho, o contradicciones entre normas, o problemas sintácticos o semánticos en la formulación lingüística de las normas jurídicas, etc. Todas ellas serán tratadas aquí, sin embargo, y aun a riesgo de incurrir en alguna imprecisión menor, bajo un mismo referente conceptual, como supuestos de *indeterminación* del derecho. La indeterminación del derecho es lo que genera la incertidumbre.

La relación de la certidumbre con la predecibilidad de las relaciones jurídicas es evidente. No saber qué se *es* jurídicamente, no conocer los derechos y deberes que uno tiene, lleva consigo no poder predecir (*ex ante*, naturalmente, porque por definición siempre se predice *ex ante*, aunque esta observación –como se verá– no es de las de Perogrullo) qué sucederá si la relación jurídica o el estatus jurídico de alguno de los sujetos de ella, son cuestionados. Aquí circunscribiré la impredecibilidad a su manifestación más extendida, y seguramente más importante (y preocupante), que es la impredecibilidad judicial. Un status jurídico es judicialmente impredecible cuando no podemos saber de antemano qué será de los derechos y deberes de ese status en caso de que sean cuestionados y llevados ante la jurisdicción para que ésta se pronuncie sobre ellos. Daré por supuesto que

la judicatura como cuerpo de profesionales del derecho adopta una actitud de clara deferencia hacia las normas del ordenamiento, es decir, que los jueces rechazan embarcarse en aventuras creativas o poses justicieras; no piensan, pues, que su función sea realizar la Justicia con mayúsculas sino la de aplicar las normas jurídicas, a las que se sienten sometidos.

Antes de proseguir conviene recordar brevemente por qué la certidumbre y la predecibilidad tienen tanta importancia en el derecho<sup>1</sup>. Los ideales de la Ilustración se sustentan básicamente en una concepción del ser humano como autor de su propia vida, como planificador y diseñador de un proyecto personal de acuerdo con el que se realiza como ser humano a partir de sus decisiones en libertad. Para poder hacer un hueco a esta concepción, las leyes deben hacer *ciertas* las expectativas de cada uno respecto de los demás y respecto del poder político, que se encuentra así sometido al imperio de la ley. Donde primero se plasma este ideal es en el derecho penal de la Ilustración, un derecho penal caracterizado precisamente por la certeza y la predecibilidad de delitos y penas en la

---

<sup>1</sup> Para un examen exhaustivo de los argumentos que van a continuación reenvío a mi libro *El Imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid. Trotta. 2007.

medida en que están reflejados con precisión en la ley. Si hemos de hacer caso a Max Weber, ese mismo ideal se incorpora igualmente al tipo de legitimidad racional mediante reglas públicas que hacen posible el desarrollo de la economía de mercado, con su necesidad de previsibilidad y estabilidad de los estatus jurídicos. También se expresa en la idea de derechos fundamentales del ciudadano como límites al poder. No vale la pena detenerse demasiado en estos aspectos filosóficos y morales que subyacen a la cultura jurídica de la modernidad, pero no cabe duda de que su núcleo central es lo que venimos denominando “autonomía personal” como capacidad para desenvolver en libertad planes de vida compatibles con los planes de vida de los demás y usualmente entrelazados con ellos. Para hacer posible ese ideal las leyes han de determinar con un razonable grado de precisión lo que se puede y no se puede hacer, y los órganos imparciales encargados de solucionar los conflictos o las dudas sobre el derecho aplicable han de basar sus decisiones en aquellas leyes. Sólo así se crea un contexto en el que las acciones de los demás y del propio poder son predecibles. Esta idea subyace tanto al principio de legalidad penal como al registro de bienes inmuebles o al recurso contencioso-administrativo contra disposiciones generales. Y es una idea que se ha mantenido desde entonces y debe seguir man-

teniéndose. No se trata en efecto de un ideal que no tenga hoy vigencia. He aquí dos ejemplos elegidos al azar de teóricos del derecho contemporáneos que nos lo recuerdan. Aarnio: “La predecibilidad es una parte esencial de la seguridad jurídica. Se espera que las reglas jurídicas y su aplicación creen y mantengan el orden social de un modo tal que sea posible para los miembros de la sociedad planear sus actividades por adelantado, tanto individual como colectivamente”<sup>2</sup>. Waldron: Las leyes “establecen el derecho como algo predecible, algo que los individuos pueden tomar en cuenta confiadamente cuando se pongan a planear sus vidas. Esta es una exigencia que acerca el ideal del imperio de la ley al nervio mismo de la filosofía liberal”<sup>3</sup>. Por otro lado, visto con cierta perspectiva, es algo de puro sentido común, pues la impredecibilidad total de los resultados del mecanismo jurídico de solución de conflictos afecta directamente a la misma práctica social que el derecho es, pues desactiva todas las razones que los miembros de la sociedad

---

<sup>2</sup> Aarnio A. (1997). «On the Predictability of Judicial Decisions», en Matti Hyvärinen and Kauko Pietilä (eds.) *The Institutes We Live By*, Publications of the Research Institute for Social Sciences. University of Tampere, 17/1997, p. 205

<sup>3</sup> Waldron J. (1989) “The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory”, en *Ratio Juris* vol. 2 n. 1 March 1989, p. 84

tienen para guiarse por las reglas. Si el resultado de un litigio resulta ser puramente aleatorio, las razones prudenciales para obedecer las normas son tan concluyentes (o tan inconcluyentes) como lo puedan ser las razones prudenciales para desobedecerlas.

\*

Pues bien, tanto certidumbre como predecibilidad descansan en el predominio en el orden jurídico y en los procedimientos de adjudicación de un ingrediente fundamental: las normas jurídicas formuladas como reglas, que establecen su contenido y condiciones de aplicación de manera genérica pero razonablemente determinada y tendencialmente cerrada. De esta forma las reglas proporcionan simultáneamente un conocimiento cierto del contenido y límites de cada estatus jurídico y una respuesta estable “ex ante” a una amenaza contra él. El conocimiento es lo que produce la certidumbre, y la respuesta ‘ex ante’ que se contiene en la regla como solución al caso es la que permite la predicción.

Los expertos en análisis económico del derecho han reflexionado sobre las dificultades y ventajas que tiene un tipo u otro de pautas de regulación. Hay acuerdo entre ellos en la idea de que determinar y formular con precisión las normas jurídicas como reglas

exige una mayor inversión en estudio, reflexión y análisis, pues las reglas aspiran a dibujar con la mayor definición posible las propiedades del caso genérico al que se quiere dar solución (“Está prohibido conducir a más de 120 km/h”). También afirman que en un contexto de pluralidad de intereses y convicciones es más difícil llegar a una formulación de ellas aceptada por todos debido a los costes de transacción que implica el llegar a acuerdos sobre su contenido. A cambio de todos estos inconvenientes, tienen la ventaja de que son mucho menos complicadas de aplicar, pues una vez establecidas con claridad sólo necesitan de una argumentación relativamente sencilla y accesible. Las reglas ofrecen así una razonable certidumbre y hacen posible la predecibilidad de las soluciones. Comparadas con ellas, los llamados “estándares” (“Está prohibido conducir *imprudentemente*”), es decir, las pautas generales, abiertas e imprecisas, son relativamente fáciles de formular y establecer por su gran abstracción y vaguedad, los acuerdos respecto de ellas se alcanzan con celeridad, pero trasladan casi todos los costes al momento de la aplicación “ex post”, momento en el que el juzgador tiene que desarrollar toda una argumentación intrincada para concretar el contenido del estándar de forma que se transforme en sus manos en un caso inteligible al que aplicar la

solución normativa<sup>4</sup>. Obvio es decir que los estándares suministran poca certidumbre y casi ninguna predecibilidad, pues su texto es muy abierto y la operación de cerrar sus condiciones de aplicación ha de realizarse, como digo, una vez haya surgido la pregunta o el problema, es decir, “ex post”. Los estándares, por tanto, posponen la decisión del caso al momento de la controversia. Si contemplamos la distinción desde el punto de vista del creador de las pautas, podríamos decir que en el caso de las reglas el artífice de la solución es, para entendernos, el legislador, mientras que en el caso de los estándares es el juez<sup>5</sup>.

Pues bien, si me permiten utilizar esa distinción un tanto esquemáticamente, lo que vendría yo a advertir en las vicisitudes contemporáneas del derecho, es un alejamiento paulatino del par “regla-legislador” y un correlativo acercamiento paulatino al par “estándar-juez”. Y eso es lo que me hace temer por la certidumbre y la predecibilidad de nuestro derecho futuro.

---

<sup>4</sup> Kaplow L. “Rules versus Standards: an Economic Analysis”, en *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, pp. 557 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la diferencia entre reglas y estándares en general remito a Hart H.M y Sacks A. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, New York. The Foundation Press, Inc. (1994).

\*\*

Podría presentar también el tema mediante una consideración del concepto de “caso” en el derecho. Como antes decía, la impredecibilidad se presenta cuando un estatus jurídico como haz de derechos y deberes, o cualquiera de esos derechos y deberes, es cuestionado ante un órgano jurisdiccional en demanda de una decisión que resuelva dudas o solucione conflictos y desacuerdos. Esto es lo que configura la noción más general de “caso”. Y puede registrarse hoy en la teoría un interés creciente por diferenciar entre los llamados “casos difíciles” y los casos fáciles. No hay acuerdo en la materia, pero ciertas propiedades de los casos difíciles no parecen dudosas<sup>6</sup>. En un ordenamiento contemporáneo, caracterizado por una suerte de compulsión general hacia la creación incesante de normas jurídicas nuevas, tienen que producirse supuestos de inconsistencia entre las normas, o de normas cuya redacción está llena de ambigüedades y defectos. Estos tipos de dificultad generan un déficit de soluciones en el

---

<sup>6</sup> Dejaré aquí a un lado aquellos casos difíciles que lo son porque factores ajenos al ordenamiento (presión popular, atención de la opinión, trascendencia política, etc.) hacen difícil tomar una decisión acorde con las reglas. Sobre tipos de casos difíciles, cfr. Marisa Iglesias, *El problema de la discrecionalidad judicial*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1999, p. 108.

sistema. Por supuesto que también lo hace el arquetipo de lo que se llama “caso difícil” a partir de Ronald Dworkin, el que se da cuando “ninguna regla establecida resuelve el caso”<sup>7</sup>. En todos estos supuestos parece que el legislador ha abandonado su papel y ha dejado un vacío en el sistema. Cualquiera que sean las razones o causas de que ello suceda, el legislador no ha previsto la regla que ofrezca una posible solución. Se retira. Y en la medida en que lo hace todos los casos se tornan difíciles, todas las soluciones intrincadas. El juez avanza hacia el proscenio.

Es en ese momento cuando se produce uno de los síntomas de la deriva actual de la cultura jurídica: la exagerada apelación a los *principios* como algo distinto de las *reglas*. Los principios, tal y como se van a entender aquí, no son pautas equivalentes a los estándares, pero para lo que aquí interesa participan de su naturaleza en algunos rasgos muy importantes. A mi juicio, los principios tienen, para empezar, dos rasgos que Hart explica así: “Pienso...que todos los críticos que me han acusado de ignorar los principios estarían de acuerdo en que hay al menos dos rasgos que los distinguen de las reglas. El primero es una cuestión de grado: los princi-

---

<sup>7</sup> Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. London. Duckworth. 1977, cap. 4.

pios son, en relación con las reglas, amplios, generales o inespecíficos, en el sentido de que con frecuencia lo que sería contemplado como una pluralidad de reglas diversas puede mostrarse como ejemplificaciones o casos (*instantiations*) de un solo principio. El segundo rasgo es que los principios, por referirse más o menos explícitamente a algún propósito, meta, derecho (*entitlement*) o valor, son contemplados desde algún punto de vista como deseables de mantener, o de adherirse a ellos, y ello no sólo porque provean una explicación o *rationale* de las reglas que son sus ejemplificaciones, sino también porque contribuyen a su justificación”<sup>8</sup>. Estos dos rasgos, según Hart, son los que dan cuenta del papel explicativo y justificatorio de los principios en relación con las reglas. Un tercer rasgo, que también menciona Hart como propio de Dworkin, es que las reglas funcionan en el razonamiento de forma que se aplican de un modo “todo-o-nada” (su conclusión o solución aparece como necesaria, determinan concluyentemente el resultado jurídico, etc.). Los principios, en cambio, señalan en una dirección o cuentan en favor de una decisión, o afirman una razón para tomar esa decisión, pero una razón que puede ser superada por

---

<sup>8</sup> Hart, H.L.A. *Postscript*, en *El concepto de derecho* (2ª edición). Oxford. Oxford University Press. 2000. p. 260.

otras, pero que los tribunales toman en cuenta como algo que los inclina en una u otra dirección. Atienza y Ruiz Manero, que son quienes mejor han sistematizado y refinado entre nosotros la distinción<sup>9</sup>, hablan de las reglas como razones excluyentes para una decisión y de los principios como razones *prima facie* que pueden ser superadas o derrotadas por otros principios cuando entran en conflicto con ellos. Además, sobre la base de la distinción entre normas de deber y normas de fin, establecen una paralela distinción entre principios en sentido estricto, como el principio constitucional de no-discriminación, y directrices políticas, como la directriz de pleno empleo, y los distinguen porque los primeros expresan valores últimos o importantes del ordenamiento, mientras que las directrices tienden más bien a expresar valores utilitarios o instrumentales. Por su parte Alexy ha sido quien más y mejor ha subrayado la diferencia cualitativa que supone que las reglas sean aplicables mediante el procedimiento de la subsunción, mientras que los principios por el contrario hayan de recurrir al procedimiento de ponderación.

---

<sup>9</sup> Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Las piezas del derecho*. Barcelona. Arie. 1996 (con una edición posterior con algunas pequeñas modificaciones).

La literatura sobre la distinción entre principios y reglas ha sido roturada en dos parcelas bien distintas. En primer lugar aquel campo de autores que mantienen que dicha distinción es simplemente una cuestión de grado (de grado de generalidad o apertura de su formulación, o de grado de complejidad en su aplicación) (el propio Hart estaría en este caso, como Raz, o, mucho más modestamente, quien esto escribe); y aquel campo de autores que tiene a esa distinción como una distinción cualitativa o lógica (Dworkin, Alexy, y Atienza & Ruiz Manero, son los principales cultivadores de esta segunda parcela).

Cuál sea la razón por la que en la actualidad haya una tan frecuente apelación a los principios es algo difícil de saber. Hay autores que la hacen ante el apabullante desbordamiento de las fuentes del derecho, entendiendo que sólo puede hallarse una isla de estabilidad si se sitúa uno por encima de la rica floresta normativa que nos invade. Otros acuden a ellos por la velocidad y cambio de la *legis innovatio* cotidiana, que no deja títere con cabeza en el panorama de las normas vigentes. Otros encuentran un terreno particularmente propicio para ello en el llamado “neo-constitucionalismo”, que se presenta casi como una forma nueva de entender y aplicar el derecho a partir de los parámetros de las

constituciones contemporáneas, tan pródigas en la afirmación de valores y principios. Otros unen a todo ello el anhelo de encontrar la justicia del caso concreto ante los problemas que presentan las reglas. Otros buscan una solución razonable a los llamados “casos difíciles” sin tener que recurrir a la pura discrecionalidad del juzgador cuando no hay reglas disponibles. Y otros por fin porque ven en ellos, primero una realidad ineludible de los ordenamientos modernos, y segundo un buen método complementario de resolver algunos problemas de adjudicación. En todo caso, cuál sea la razón por la que se apela a ellos no importa ahora tanto como las consecuencias que ello puede traer consigo.

Y a este respecto, la breve presentación que he hecho sirve a mis efectos para destacar dos propiedades que parecen portar los principios y nadie pone en duda: en primer lugar que su formulación lingüística es muy general y abstracta, muy abierta, con frecuencia vaga, y por todo ello indeterminada, y exige, por tanto, una gran labor de concreción cuando llega el caso. Y en segundo lugar, que no son concluyentes como premisas del razonamiento jurídico. Por estas dos razones erigen al juez como principal protagonista de la solución jurídica de los casos. A nadie le extrañará por ello que se pueda afirmar que, desde el punto de vista de la certeza y la predecibilidad

de las relaciones jurídicas, estemos en el peor de los mundos posibles<sup>10</sup>.

Esta valoración tan negativa (hecha también para invitar a la discusión) se sustenta entre otras cosas en dos aspectos de la teoría de los principios que me parece que ponen de manifiesto carencias teóricas y peligros de activismo judicial irrestricto. El primero de esos aspectos tiene que ver con la idea que se ha extendido de los llamados conflictos entre principios y su modo de solución. Se afirma que cuando dos principios entran en conflicto no sucede lo mismo que cuando lo hacen dos reglas. En el caso de las reglas el juez inaplica una y aplica la otra, de forma tal que la primera queda derogada; en el caso de los principios en cambio “sopesa”, pone en los platillos de la “balanza”, “pondera” los dos principios hasta llegar a una solución satisfactoria por lo que respecta a un principio que, sin embargo, no supone la negación del otro. No voy a entrar en la fenomenología de la

---

<sup>10</sup> No quiero llegar con ello a la afirmación de Alexander y Kress de que “representan el peor de todos los mundos” porque no tienen la calidad de corrección de los principios morales ni la aplicabilidad clara de las reglas jurídicas. Alexander, L. y Kress, K. “Against Legal Principles”, en Marmor A. (ed.) *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford. Clarendon Press. 1995. p. 239-0

ponderación<sup>11</sup>, entre otras cosas porque me parece que hemos de resolver primero un problema de fondo: ¿qué significa que los principios entren en conflicto?

Por lo que sabemos de conflictos entre normas (o antinomias) los requisitos básicos para que se den tales conflictos son dos: que ambas tengan total o parcialmente el mismo ámbito de aplicación (material, personal, temporal o espacial) y que sean contrarias o contradictorias. Pero si definimos los principios como normas que enuncian su caso genérico de forma abierta o indeterminada, simplemente no podemos saber cuál es su ámbito de aplicación, y por tanto no podemos saber si entran o no entran en conflicto. Bueno, quizás lo podemos saber si pensamos que el conflicto se da ante la negación externa o interna de un enunciado normativo. Es decir, el enunciado del principio “Si *C*, obligatorio *P*” sólo entraría en conflicto con la negación externa de ese enunciado “No es el caso de que ‘Si *C*, obligatorio *P*’”, o con la negación interna de él: “Si *C*, no-obligatorio *P* (u obligatorio no-*P*)”. Los teóricos de los principios han extraí-

---

<sup>11</sup> Reenvío aquí, como no podía ser de otro modo a Alexy, R, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Entre nosotros, con gran agudeza, Prieto Sanchís, L. “El juicio de ponderación”, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid. 2003.

do de esto algo correcto: como no sabemos, por estar enunciados de forma muy abierta, cuando se da *C* entonces no podemos saber nada más que *prima facie* si la solución se dará o no se dará. Pero no han extraído otra consecuencia a mi juicio tan evidente como esa: que como no sabemos cuales son las condiciones de aplicación de los principios tampoco podemos saber si las condiciones de aplicación de un principio, formuladas de forma indeterminada, tendrán algo que ver con las de otro, también formuladas así, de forma tal que no sabemos ni podemos saber si ambos principios entran en conflicto. La respuesta a esta incógnita suele ser que tal conflicto se presenta con toda evidencia “a la vista del caso concreto”. Pero esta solución me parece que supone algo sobre lo que no se ha llamado suficientemente la atención. ¿Qué es lo que sucede cuando surge el caso concreto ante el principio? Pues sencillamente que los particulares del caso se proyectan sobre el enunciado del principio y *cierran* sus condiciones de aplicación, transformándolo así en una regla. Lo que el juez tiene entonces que decidir es si tal regla es una ejemplificación del principio y si tal regla entra en conflicto con *otra regla* que sea a su vez la ejemplificación, también *cerrada* por los particulares del caso, de otro principio, es decir, si tal regla así cerrada es negación interna o externa de la otra. Si ocurre alguna de estas

cosas estamos en presencia de un conflicto de reglas, y no de principios, y el juez lo tiene que resolver como tal. Mi afirmación entonces es que los principios o bien no entran en colisión con otros principios o bien no podemos saber si lo hacen hasta que se presenta el caso concreto, caso concreto que determina al contacto con el principio la mutación de éste en una regla que, ésta sí, entra en conflicto con la otra y podemos saber por qué.

Esto nos ayuda a aclarar un par de cosas. En primer lugar ese misterioso comportamiento de los principios durante la ponderación, que sobrevivirían a conflictos y contradicciones, a diferencia de las reglas que se verían anuladas y postergadas (*derogadas* según la fórmula de los criterios para resolver las antinomias: “*Lex superior derogat inferiori*”, etc.). En segundo lugar, la manera que tiene el juez de obtener el resultado, que para lo que aquí interesa es lo importante. En cuanto a lo primero, ahora debe estar ya claro que los principios se mantienen en vigor pese a “perder” en el conflicto porque lo que ha sucedido es que lo que ha luchado en él es sólo una ejemplificación del principio en la forma de una regla, que es la que pierde la batalla. Las demás ejemplificaciones potenciales del principio no se ven involucradas en esa batalla, y por tanto, el principio puede seguir vivo oficiando de justificación o racionalización de

ellas. Desde luego, parece claro, sin embargo, que el principio en cuestión se ve en ese caso “delimitado” y redefinido en su ámbito de aplicación. Esta es una consideración muy importante que valdría la pena proseguir, pero no es lo que más me interesa aquí.

Vamos con la manera de resolver la antinomia entre esas dos reglas que cierran y ejemplifican principios. Nos encontramos, pues, con dos reglas cuyo ámbito de aplicación es el mismo pero ofrecen dos soluciones contrarias o contradictorias. Con el problema añadido de que las dos son del mismo rango, simultáneas en el tiempo, y ambas especiales (todo ello porque es un caso particular único el que las genera). No tenemos, pues, criterios para resolver la antinomia. Pero hay que elegir. Y sabemos ya que cuando no funcionan o no existen criterios para resolver las antinomias el juzgador tiene que acudir a preferencias ulteriores para realizar la elección<sup>12</sup>. Esas preferencias, en rigor, sólo pueden estar constituidas por los valores o principios del ordenamiento que, justamente, dan apoyo o justifican las reglas que el caso concreto ha generado. Según los particulares

---

<sup>12</sup> Bobbio, N. *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino. Giappicheli, 1960: “...en el caso de un conflicto en el que no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios, la solución del conflicto es confiada a la libertad del intérprete” (p. 106).

de cada caso, se dice, se impondrá un valor o principio u otro. Esto es lo que ha dado pie a Guastini a hablar, ingeniosamente, de “jerarquía móvil”, si bien es cierto que con indisimulada antipatía hacia los argumentos de principios. Lo que quiere decir con ello, si yo le he entendido bien, es que cada particular que se pudiera añadir al caso concreto podría alterar la regla, y con la alteración de la regla se alteraría la jerarquía de principios y con ésta habría que cambiar la decisión. Esta parece ser la idea, pero me temo que además de ingeniosa puede ser engañosa, ya que si eso de ser móvil se predica de una jerarquía cuyos miembros integrantes cambian de rango según las circunstancias, entonces no es en sentido estricto jerarquía alguna.

Para resolver este problema la única manera válida que hay si uno quiere mantenerse dentro del imperio del derecho es establecer una jerarquía implícita de los principios o valores del ordenamiento. De esta forma, el que tiene superior rango determina el resultado de la argumentación. Esto, me parece, es lo que está detrás de las distinciones que han hecho Atienza y Ruiz Manero entre principios en sentido estricto y directrices políticas. Los primeros serían trasunto de valores superiores y los segundos de valores prudenciales o utilitarios. A ello puede también añadirse ahora la noción de valor absoluto que ha

afirmado últimamente el propio Ruiz Manero<sup>13</sup> refiriéndose a la dignidad humana. Está uno de acuerdo o no lo esté con estas ordenaciones jerárquicas (y yo no tengo inconveniente alguno en declarar que estoy muy de acuerdo con la que ellos hacen), no puede ignorarse la alta controvertibilidad que acompaña a esta hazaña de estipular una jerarquía para los principios contenidos en la Constitución y en el ordenamiento.

Pero ¿y si los principios y los valores fueran inconmensurables? Es decir, ¿qué pasaría si no pudiese establecerse esa jerarquía ni a priori ni a la vista de los particulares del caso concreto? Me parece que vale la pena suscitar brevemente esta cuestión. Suele llamarse “inconmensurabilidad” a la imposibilidad de medir dos cosas recurriendo a una escala única y común de unidades de medida<sup>14</sup>. Y muchos afirman que, en relación con los valores y principios morales, esto es una realidad evidente. De forma tal que eso que

---

<sup>13</sup> Ruiz Manero, J. “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, en *Doxa* 28, 2005, p. 350. Se trata de la, según mi información, última formulación de la teoría de los principios del autor en respuesta a unas críticas de Josep Aguiló.

<sup>14</sup> Sigo aquí a Ruth Chang, en Chang, R. (ed.) *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Cambridge (Mass.) London (Eng.) Harvard University Press. 1997, Introduction.

los teóricos de los principios llaman “peso”, y esas actividades de “sopesar”, “balancear” o “ponderar” (*weighing, balancing, abwägen*, etc.) no pueden ser más que una metáfora. En las ecuaciones con que nos ha ilustrado últimamente Alexy falta siempre una precisión decisiva: cómo atribuimos valor a las variables que en ellas figuran, con qué escala. Pero esto, que es serio, no es sin embargo tan importante, porque podemos abandonar las pretensiones de la conmensurabilidad en el sentido fuerte, es decir, la conmensurabilidad mediante una escala cardinal de unidades de medida, y refugiarnos en una versión débil de la misma, que se ha llamado “comparabilidad”. La comparabilidad es la posibilidad de establecer una escala meramente ordinal entre estados de cosas de forma tal que pueda emitirse sobre ellos una de estas tres afirmaciones: que uno es *mejor* que el otro, que es *peor* que el otro, o que es *igual* que el otro. Lo único que tendríamos que hacer, pues, con los principios o los valores para que fueran comparables es establecer entre ellos una de las tres conclusiones de esta tricotomía. Y el problema que nos sale aquí al paso es que para efectuar esas comparaciones y elegir una opción como mejor o peor, tenemos que recurrir a un valor ulterior, porque “las relaciones genéricas del tipo “mejor que”, “peor que” o “tan valioso como”, presuponen siempre un

valor de cobertura”<sup>15</sup>. Es decir, no sólo hay que elegir entre dos principios, sino elegir entre ellos en función de un valor ulterior que hace esa comparación significativa y esa decisión justificada. No es necesario que diga que aquí nos encontramos ya fuera del ordenamiento jurídico. Muchos dirían también que en el reino de la arbitrariedad.

\*\*\*

Voy a hacer ahora, con toda brevedad, una mención a los hechos en el razonamiento jurídico. Insisto en que se trata sólo de una mención que no pretende ni siquiera sugerir la complejidad del problema<sup>16</sup>, pero no puede dejar de hacerse porque desde los tiempos del realismo jurídico americano resuena la voz de Jerome Frank, que, como buen “escéptico de los hechos”, pensaba que la certidumbre era un mito porque la impredecibilidad de las conclusiones jurídicas surgía de la imposibilidad de conocer por adelantado cómo iban a encontrar y describir los hechos del caso los jueces y jurados, y qué hechos del caso iban

---

<sup>15</sup> Ibid. P. 5

<sup>16</sup> Para el interesado remito a los libros de mis colegas Marina Gascón *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. 1999, y Jordi Ferrer *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid. Marcial Pons. 2002.

a considerar relevantes. Y esto viene a cuento porque hay aquí un problema muy de fondo, epistemológico, sobre el que se sustenta toda nuestra cultura jurídica, y es el de la posibilidad de conocer y dar cuenta del mundo externo y de lo que en él acaece. Por lo que respecta al derecho, como no podía ser de otro modo, ha surgido una posición que no puedo expresar mejor que con una cita indirecta. Es la posición que “niega que cualquier actividad mental conocida sea capaz de tener un acceso no mediado a un mundo de hechos. Lo que llamamos ‘hecho’, se dice, no existe fuera de, o con prioridad a, las categorías de pensamiento que nosotros construimos para guiar y hacer posibles nuestras investigaciones. Este argumento sitúa al observador, y al proceso de observación, directamente en el seno de la cosa observada, y colapsa la distinción entre sujeto y objeto”<sup>17</sup>. Esta afirmación, que tiene la apariencia de otras más sólidas de la actual filosofía de la ciencia (aunque creo que se trata sólo de una apariencia) tiene efectos devastadores cuando es trasladada sin criterio al mundo de la argumentación jurídica. Aparece así la identificación de los hechos no como algo que tiene que ver con la realidad y que es susceptible de ser representado por enunciados descriptivos, sino como algo que

---

<sup>17</sup> Citado en Pérez Lledó, J.A. *El movimiento* Critical Legal Studies, Madrid. Ed. Tecnos. 1996, p. 371.

se genera en la actividad jurisprudencial misma y acaba por ser ‘creado’ –medio literariamente– a partir de las herramientas conceptuales que proyecta el juzgador sobre la realidad. Las cosas pueden complicarse aún más con el auge que últimamente han cobrado las cogitaciones de la llamada “postmodernidad” y la jerigonza propia de ésta en torno a los “relatos”, las “narrativas” y sus “discursos”. De acuerdo con algunas de ellas, la narrativa de los hechos es un constructo que se origina en el mundo de las categorías jurídicas y en el proceso aplicatorio, y, por tanto, se superpone “interpretativamente” a la evidencia de los hechos (a la que es imposible acceder)<sup>18</sup>. Únase esto a una intelección apresurada de la idea de libre valoración de la prueba, y la conclusión, expresada en román paladino, será que el juez se inventa literalmente el resultando de hechos probados.

Mi evocación de este problema aspira sólo a recordar que, igual que no puede haber certidumbre y predecibilidad en las relaciones jurídicas si no se dispone de un cuerpo de normas entendidas como reglas que precisen las propiedades del caso genérico al que pretenden dar una solución normativa, tampoco

---

<sup>18</sup> Cfr. Jackson, B. *Law, Fact and Narrative Coherence*. Messeyside. Deborah Charles Publications. 1988.

la habría si fuera imposible la actividad de conocer la existencia de los hechos y calificarlos de acuerdo con la norma jurídica. Pero de esto habría que hablar mucho más.

\*\*\*\*

Tomando ahora pie en dos conocidas obras de Schauer<sup>19</sup> voy a terminar por hacer algunas reflexiones sobre la actual deriva de la cultura jurídica hacia el particularismo<sup>20</sup>. Haré primero una breve presentación de algunos temas de esas obras. De acuerdo con Schauer, la característica más importante de las reglas es la generalidad, es decir, el que toda regla tenga siempre una formulación lingüística generalizadora. Pero toda regla tiene también, por detrás de esa formulación, una justificación subyacente. Por ejemplo, una regla que prohíbe que los perros entren en el comedor de un restaurante tiene un predicado fáctico que generaliza la prohibición a todos los perros, y una justificación subyacente,

---

<sup>19</sup> Schauer, F. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford. Clarendon Press. 1991 (Hay traducción castellana de Cl. Orunesu y J.L. Rodríguez, *Las reglas en juego*. Madrid. Barcelona. Marcial Pons. 2004). Schauer, F. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge (Mass.), London, England, The Belknap Press of Harvard University Press. 2003.

<sup>20</sup> Me remito aquí de nuevo a lo tratado en el libro citado en nota 1.

supongamos que la de asegurar la tranquilidad y el bienestar de los clientes de la casa. La generalización impone su aplicación a todos los perros sin distinciones ulteriores, pero si a la hora de aplicar la regla se mirara más hacia la justificación subyacente cabría pensar en tener en cuenta algunas de esas distinciones: por ejemplo, la regla no estaría justificada para perros-guía de invidentes cuya esmerada educación e intenso entrenamiento hacen imposible que molesten a ningún cliente. Es lo que Schauer llama “sobre-inclusión” (*over-inclusion*): la generalización propia de la regla fuerza a que un determinado tipo de perros cuya entrada en el local no afectaría a la justificación subyacente sea, sin embargo, sometido a la regla. Por otro lado, la regla no menciona la entrada, por ejemplo, de niños insoportables, de esos que gritan y corren entre las mesas, que sí podrían alterar la tranquilidad de la clientela. Es lo que Schauer llama “infra-inclusión” (*under-inclusion*), es decir, la posibilidad de que acudiendo a la justificación subyacente puedan disciplinarse casos que no se incluyen en la generalización. Pues bien, en el momento de tomar la decisión sobre un caso determinado, podría pensarse que sería adecuado apoyarse en la justificación subyacente de la regla (el bienestar de los clientes) para llegar a soluciones que evitaran tanto la sobre-inclusión de supuestos que no alteran ese bienestar como la infra-inclusión

de supuestos que sí lo hacen. Podría incluso decirse que la decisión así tomada alcanza un mayor grado de justificación, incluso de acuerdo con las razones que están bajo la existencia de la regla misma.

Esta constatación de que la regla tiene siempre algunos defectos normativos ha suministrado –como he dicho– argumentos a la posición teórica que, en el ámbito de los procesos de toma de decisiones, viene siendo llamada “particularismo”. El problema del particularismo es que –como posición jurídica general– prescinde de los valores de seguridad, certeza y predecibilidad, y se instala en una cierta autocomplacencia al verse a sí mismo como capaz de alcanzar la solución “justa”. Me parece, por ello, necesario hacer algunas observaciones acerca de si es tan verdadera su pretendida virtud. El particularismo, para empezar por definirlo, sería aquella posición que, en el derecho, afirma que, dados los errores inevitables que llevan consigo las generalizaciones de las que se alimentan las reglas jurídicas, es necesario para el juzgador descender a la consideración de las particularidades del caso concreto y sus circunstancias de contexto para alcanzar una decisión razonable, incluso si ello tiene como precio el de ignorar los términos de la regla que habría de disciplinar ese caso. Expresado en términos de razones para la decisión, el

particularismo afirma que tampoco las reglas son razones excluyentes o concluyentes para la decisión jurídica, sino, en el mejor de los casos, razones *prima facie* que habría siempre que sopesar junto con otras razones que suministra el contexto en el que surge el caso y los particulares de ese caso. Y así pensado, ha cobrado un especial prestigio como modo de diseñar un razonamiento jurídico más profundo y de mayor acuidad que el razonamiento basado en reglas, llamado por ello “generalista”, habida cuenta de los errores que hemos visto cometer a las reglas como consecuencia de las generalizaciones imperfectas en que tienen que basarse. Pues bien, voy a hacer telegráficamente tres observaciones sobre el particularismo en el derecho.

En primer lugar, conviene profundizar un poco en algunos ingredientes de las decisiones tomadas bajo el síndrome particularista. La pregunta pertinente sería aquí ¿qué son los “particulares” del caso? Digamos que son las propiedades mediante las que se define el caso. Y la afirmación particularista viene a sugerir que no hay dos casos iguales. Si descendemos lo suficiente en la caracterización del caso encontraremos siempre algunas propiedades nuevas que hacen que tal caso sea único e irrepetible. No sólo no podremos equiparar dos casos (excepción hecha de dos casos “indiscernibles”, que sería tanto como

decir la repetición del mismo), sino que tampoco podemos establecer un conjunto de propiedades relevantes que hagan lo suficientemente parecidos a dos casos como para aplicarles la misma solución. Y ello porque también carecemos de los necesarios criterios de relevancia. Por tanto, todo juez encuentra ante él siempre un caso único.

Pero las propiedades que nos pueden llevar a una solución no pueden ser sólo esos innumerables ingredientes puramente fácticos que un caso puede tener, las perspectivas desde las que puede ser visto e interpretado como conjunto complejo de hechos. Y ello porque un manojo de meros hechos no suministra solución alguna, no ofrece ningún tipo de razones *operativas* para la decisión<sup>21</sup>. Sólo enlazando normas o valoraciones a esos hechos que son meras razones auxiliares, obtendríamos razones operativas, es decir, justificaciones de la decisión que pudieran operar como soluciones al caso. Pero cuando seleccionamos un hecho o un conjunto de hechos y les anudamos una solución normativa lo que estamos haciendo es crear una norma para

---

<sup>21</sup> Sobre la diferencia entre razones operativas y razones auxiliares el texto canónico es Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*. London. Hutchinson. 1975 (hay traducción española de Juan Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1991, pp. 37 y ss.)

tomar la decisión. Los “particulares” del caso no pueden ser sino una selección de ciertos ingredientes de hecho a los que se aplica una norma pensada o creada para ellos. Y como un caso, cualquiera que sea, no es más que la elección de un subconjunto de hechos con sentido a partir de ese auténtico océano fáctico que sería la descripción exhaustiva de todos los pormenores de lo acaecido, el decisor particularista se enfrenta a la ingente tarea de hacer esa selección y pasar cada uno de los particulares por el tamiz de una solución normativa *ad hoc*. No es necesario decir que el grado de impredecibilidad que ello comporta es altísimo.

Y ello, además, nos lleva necesariamente a una reflexión sobre el error. Si el particularismo se postula como remedio para los errores que están escondidos en las reglas, ahora resultará evidente que no sólo las decisiones basadas en ellas, es decir, las decisiones generalistas, pueden producir errores; parece que, dadas las tareas del particularista, también sus decisiones tienen que producirlos. Y me atrevería a conjeturar que en mayor medida. La preferencia por el particularismo no puede, pues, basarse en la idea de que existe en general una mayor precisión en las decisiones no generalizadas. Es precisamente la desatinada exigencia de precisión por parte del particularismo lo que le conduce a un camino

imposible de seguir sin exponerse mucho más al riesgo del error. Por eso tiene razón Schauer cuando afirma: “La inevitable suboptimalidad de las reglas se sustenta sin embargo sobre una suposición acerca de la precisión de la decisión individualizada. Pero sabemos que dicha precisión con frecuencia no existe (...) Si hubiera base para creer que los órganos aplicadores cometerían muchos errores... entonces, en la práctica, la regla subóptima podría muy bien producir menos errores que la teóricamente óptima valoración individualizada”<sup>22</sup>. Schauer nos recuerda además que los jueces son presa de las mismas debilidades que el resto de los mortales (información limitada, prejuicios, etc.), y que, si fueran muy particularistas, sus castigos penales, por ejemplo, podrían ser también ajenos a los hechos reales, y encajar más bien con las proclividades del juez que con las historias particulares del delito. La metodología particularista presenta –creo– más flancos al abuso de la discreción sin aumentar por ello lo que podríamos llamar el “porcentaje” de aciertos.

En segundo lugar, la terminología de lo general y lo particular es muy engañosa. No es cierto que las apreciaciones particulares sean, en efecto, tan particulares. Cuando

---

<sup>22</sup> Schauer F. *Profiles*, cit. pp. 98, 252.

aceptamos que el perro-guía del invidente pase al comedor del restaurante no lo hacemos porque conozcamos a ese perro concreto y a ese invidente en particular, lo hacemos porque sabemos que *en general* los perros adiestrados de esa manera están limpios y son tranquilos. Schauer llega a escribir, creo que con razón, que “los métodos de decisión que no emplean ninguna generalización en absoluto son virtualmente imposibles”. El particularismo descansa así también en generalizaciones que explícita o implícitamente lleva a cabo el juzgador, pero si se desconfía de las generalizaciones de las reglas por su margen de error, no hay ninguna razón para confiar en las generalizaciones que construya el decisor particularista. El fundamento para preferir éstas a aquellas, y por tanto, el particularismo frente al generalismo, pierde con ello mucha de su fuerza<sup>23</sup>.

Y, por último, convendrá también mencionar el problema de los costes de decisión, tanto para el sistema como para el justiciable. Y si en verdad nos proponemos ser particularistas no debemos hurtar nuestra atención a la enorme cantidad de “particulares” que se dan en cualquier caso. El expediente de dividirlos en “relevantes” e “irrelevantes”, caso de que sea posible, no es una estrategia

---

<sup>23</sup> Ibid, pp. 75, 107.

particularista, sino generalista. Además, “sabemos que no podemos dedicar el máximo tiempo y esfuerzo a cada decisión, y forzar muchas decisiones en un molde predeterminado puede ser una colocación eficiente de los escasos recursos decisorios en un mundo en el que algunas decisiones son sencillamente más importantes que otras”<sup>24</sup>.

\*\*\*\*\*

Voy a cerrar ahora con algunas conclusiones provisionales y sumarias sobre ciertos extremos de naturaleza institucional que subyacen a la certidumbre y la predecibilidad de las relaciones jurídicas. Para hacerlo quiero tomar pie en una interesante reflexión a favor del literalismo y el formalismo que se ha hecho últimamente en relación con la interpretación de las normas. Refiriéndose a la interpretación judicial de la ley, escribe Vermeule: “La visión formalista no es que todos los textos se interpretan solos; es que por buenas razones consecuencialistas los jueces podrían hacer lo mejor (la mayoría del tiempo) si eligen pegarse mucho al significado superficial de los textos (conformado por los contextos, las presuposiciones y las prácticas sociales) en lugar de ponerlo constantemente en cuestión haciendo referencia a todo

---

<sup>24</sup> Ibid, p. 200.

tipo de consideraciones como la historia legislativa, los valores públicos y tantos otros”<sup>25</sup>. La apuesta por el formalismo interpretativo puede presentarse así, de acuerdo con esa posición, como el producto de una opción estratégica de naturaleza prudencial: ser formalista y atenerse a la letra de la ley produce causalmente mejores consecuencias que cualquier otra estrategia. Por ello, se nos dice, los tribunales harían bien en adoptar un criterio de segundo orden, una meta-decisión, que les inclinara a decidir los casos así: basándose en reglas mejor que en estándares, apegándose al significado más evidente de los textos legales y poniendo el énfasis en valores como la certeza jurídica y la adhesión al entendimiento usual de los mandatos legales y constitucionales. ¿Cuál es el fundamento de esta apuesta? Pues es una reflexión sobre la naturaleza de la organización judicial y sus procedimientos. Los jueces –entendidos como instituciones y no como personas o expertos académicos– no son héroes, ni salomones; son actores con capacidades finitas, tan finitas o moderadas como las que pueda tener cualesquiera. Tienen –como todo el mundo– evidentes limitaciones para procesar la información que se necesitaría para emitir un fallo en el que se

---

<sup>25</sup> Vermeule, A. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge, London. Harvard University Press, 2006, p. 44.

contemplaran todos los particulares del caso, y sufren también las normales limitaciones de racionalidad (su racionalidad es tan limitada como la de cualquier otro agente decisor). Esta opción en favor de una actitud de lealtad a las reglas y a su sentido literal tiene además, según esta posición, menos efectos sistémicos negativos, tales como el aumento de los costes de decisión, la probabilidad de incoherencias entre jueces y tribunales, y las incertidumbres sobre los efectos reactivos a la decisión por parte de otras agencias. Si esta manera de ver las cosas fuera convincente, las demandas implícitas en los ideales de certidumbre y predecibilidad de las relaciones jurídicas parecerían confluir así con esa reflexión institucional sobre las consecuencias y la eficiencia de las diferentes actitudes ante la adjudicación del derecho.

\*\*\*\*\*

Permítanme que para terminar haga un ejercicio algo atrevido de comparación en homenaje tácito, pero sentido, a quienes sustentan esta Fundación Coloquio Jurídico Europeo. En nuestros ordenamientos jurídicos, y en relación con esos dos *desiderata* de la certeza y la predecibilidad, hay al menos dos sistemas diferenciados de seguridad: el sistema jurisdiccional, que se basa en los procedimientos y fallos judiciales, y el sistema llama-

do de seguridad preventiva o cautelar, que se basa en el par ‘documento notarial-asiento registral’. Pues bien, si el sistema jurisdiccional pretendiera operar predominantemente a partir de estándares generales, acudir a criterios para-literales de interpretación, establecer los hechos mediante una “narrativa” propia y sumergirse en los particulares del caso, entonces podemos ir diciendo adiós a la certeza y la seguridad por lo que a ese sistema se refiere. La máquina jurisdiccional no sólo será incierta e impredecible porque las soluciones se articularán siempre ‘ex post’; si Vermeule tiene razón, también incurrirá estadísticamente en más errores porque su configuración como órgano de decisión simplemente no está preparada para semejantes modos de establecer las variables a partir de las que tomar sus decisiones.

En contraste con esa imagen (deliberadamente deformada, por supuesto) el sistema registral de seguridad cautelar puede proponerse como un modelo de realización de los ideales de certeza y predecibilidad. Para empezar está asentado sobre un cuerpo muy consolidado de leyes que vehiculan normas jurídicas como reglas. Después, y mediante un sofisticado sistema de presunciones, establece con precisión los hechos como hechos institucionales básicos casi inatacables. Por último cristaliza sus decisiones en asientos

registrales que exhiben una particular resistencia al cuestionamiento y proporcionan un alto grado de certidumbre a los titulares. Seguramente todo esto se produce porque la seguridad del tráfico lo exige. No sé muy bien por qué en otros ámbitos de la convivencia humana no sería exigible también un grado similar de certidumbre.



LAS VIRTUDES DE LAS REGLAS  
Y LA NECESIDAD DE LOS  
PRINCIPIOS. ALGUNAS  
ACOTACIONES A FRANCISCO  
LAPORTA

*Juan RUIZ MANERO*

I

Francisco Laporta recorre, a lo largo de su texto *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, tres factores de riesgo para la certeza y la predecibilidad de las relaciones y de las decisiones jurídicas. El primero de ellos es lo que él califica de “una exagerada apelación a los *principios*”; el segundo, la influencia de posiciones escépticas en materia de conocimiento de los hechos; el tercero, la deriva de una parte de la cultura jurídica hacia el particularismo.

Por lo que respecta a los dos últimos, mi acuerdo con Laporta es completo. En cuanto al escepticismo en materia de hechos, al escepticismo referido a “la posibilidad de conocer y dar cuenta del mundo externo y de lo que en él acaece”, coincido enteramente con Laporta en que es una posición que, revestida o no de la jergonza de la “postmodernidad”, tiene efectos devastadores si se proyecta so-

bre la aplicación del Derecho. Y por lo que hace al particularismo, suscribo al ciento por ciento las consideraciones de Laporta, y tan sólo añadiría, con Juan Carlos Bayón, que una doctrina que rechaza “la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada” no dispone de “una respuesta convincente a la pregunta de cómo es que una ‘decisión acerca del caso concreto’ puede verdaderamente no ser arbitraria” (Bayón, 2003, p. 305).

De forma que voy a limitarme aquí a comentar el primero de los puntos señalados por Laporta, esto es, lo que él considera “exagerada apelación a los principios”. Y también en este terreno debo manifestar que estoy básicamente de acuerdo con casi todo lo que Laporta dice. Mis discrepancias de alguna entidad con Laporta obedecen más bien a lo que éste *no dice* en su texto. Es decir, a mi juicio, el texto de Laporta expone impecablemente uno de los lados del asunto. Tan impecablemente que, por lo que respecta a ese lado, básicamente yo no tengo nada que añadir o que corregir. Pero el asunto tiene, a mi juicio, otro lado, de forma que por impecable que sea la exposición de uno de ellos, si no se expone el otro, la imagen resultante aparece como inevitablemente distorsionada. Por utilizar una metáfora, viene a ser algo así como si Laporta nos ofreciera una exposición bri-

llantísima de la historia de las rivalidades franco-prusianas, pero lo hiciera exclusivamente desde el punto de vista, digamos, berlinés; convendrán ustedes en que tener en cuenta el punto de vista, digamos, de París, es imprescindible para ofrecer una visión equilibrada de la historia. Y algo así como introducir el olvidado punto de vista francés es lo que me propongo en este comentario.

Pero dejémonos ya de metáforas y entremos en harina. Las nociones de certeza y predecibilidad, de las que parte el texto de Laporta que comento, se incardinan en su obra –y en este mismo texto– en una construcción de más amplio alcance relativa a las exigencias de la idea de imperio de la ley en conexión con el principio moral de autonomía de la persona. La reflexión sobre el imperio de la ley y su vinculación con el principio de autonomía personal han venido constituyendo, a mi modo de ver, el hilo conductor más importante del trabajo filosófico jurídico de Laporta durante los últimos años, hasta desembocar en su libro de 2007 *Imperio de la ley. Una visión actual*. Laporta se ha ocupado de mostrarnos cómo el imperio de la ley no es –y lo digo con sus propias palabras– “algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico [...] sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá

del puro derecho positivo” (Laporta, 1994, p. 134). No se refiere, pues, sigue diciendo Laporta, al Derecho que es, sino al Derecho que debe ser (ibíd.). Y Laporta nos ha mostrado también cómo este postulado o exigencia dirigida al sistema jurídico se justifica por la conexión que mantiene con el principio ético de autonomía de la persona. Pues la operatividad de tal principio, esto es, la operatividad de la imagen del ser humano “como agente moral que decide sobre sus propias acciones, gobierna el curso de su conducta y diseña su proyecto de vida a partir de datos y exigencias que él mismo tamiza y acepta críticamente” (id., p. 135) requiere de una cierta configuración del sistema jurídico, esto es, de una configuración que incorpore tanto exigencias referidas al contenido del mismo como a su estructura. La idea de imperio de la ley sintetiza este conjunto de exigencias formales y de contenido que el principio de autonomía personal dirige al sistema jurídico. Y lo central de estas exigencias viene a ser, en primer lugar, la idea de que el núcleo del sistema jurídico debe estar compuesto por reglas generales no retroactivas, razonablemente estables, públicas y claras y, en segundo lugar, que cuando surja una disputa acerca de lo que estas reglas requieren, dicha disputa debe ser resuelta por una agencia –la judicatura– independiente e imparcial, que adopte aquellas decisiones, y

sólo aquellas decisiones, que se infieran deductivamente de dichas reglas.

Todo ello ha llevado a Laporta a reivindicar, por un lado, el papel de las reglas frente a los principios y, por otro, el papel de la legislación frente a la Constitución. Y la doble reivindicación de las reglas frente a los principios y de la legislación frente a la Constitución viene a ser, en cierto modo, una misma reivindicación vista desde diferentes ángulos. Pues la legislación es el lugar natural –como dice en el texto que comentamos– de “las normas jurídicas formuladas como reglas, que establecen su contenido y condiciones de aplicación de manera genérica, pero razonablemente determinada y tendencialmente cerrada”, mientras que la Constitución –decía Laporta en texto de hace unos años–, “como no puede ser menos, incorpora principios, valores, fines, standards, ideales, etc.” y “es difícil pensar que dispongamos de un conjunto de criterios apropiados para gobernar la corrección” de las soluciones que se derivan de los mismos para los casos concretos (1999, p. 326). Ello implica que “si en el centro de la noción misma de Estado de Derecho se encuentra la exigencia de predecibilidad de las decisiones del poder, entonces la constante interinidad de la ley bajo el parámetro constitucional socava bastante dicha predecibilidad y con ella la certeza

del Derecho” (ibid.). Lo cual, a su vez, deteriora, por lo ya apuntado, la operatividad del principio de autonomía personal.

Resulta difícil disentir de Laporta respecto de la importancia de las reglas. Un sistema jurídico compuesto centralmente por reglas relativamente estables y de ordinario no excepcionables en casos individuales constituye, desde luego, una condición necesaria de la efectividad de la autonomía personal. Pues difícilmente podría alguien desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan el ámbito de lo prohibido y lo permitido o no existieran, de forma que los poderes públicos tuvieran siempre expedito el camino de la interferencia, o estuvieran en situación de cambio permanente, lo que imposibilitaría tomar fundadamente decisiones a medio o largo plazo, o fueran excepcionables en cada caso individual en el que un poder público considerara que su no aplicación fuera más operativa para la maximización de algún interés colectivo. De forma que, a mi juicio, hay que concordar con Laporta en que “para conseguir una articulación satisfactoria de la sociedad [...] es necesario que el componente principal del ordenamiento sea un cuerpo firme de leyes entendidas como vehículos normativos coherentes de reglas generales y abstractas, razonablemente estables, y a las que todos, profesionales liberales, jueces y

funcionarios, deban una especial y acentuada deferencia en el momento de la aplicación del Derecho” (2001, p.459).

## II

Así pues, yo, como ya indicaba, estoy de acuerdo sustancialmente con Laporta. ¿Cuál es la discrepancia? La discrepancia no reside en las razones que Laporta ofrece a favor de un Derecho de reglas. Yo estas razones las comparto todas. Y creo que son razones muy fuertes. Pero creo también que son razones *prima facie*, o si se prefiere, razones *pro tanto*, esto es, razones que deben ser ponderadas con razones, que también las hay, que operan en sentido opuesto. Al principio decía que mi discrepancia residía en lo que Laporta no decía, esto es, en el silencio que guarda en relación con las razones para que en la dimensión regulativa del Derecho figuren ingredientes distintos de las reglas. Pero antes de entrar propiamente en ello resulta conveniente determinar con alguna precisión lo que entendemos, en el contexto de esta discusión, por reglas.

Pues bien: me parece que las normas que más se aproximan al ideal de reglas generales y abstractas por el que apuesta Laporta no son todas aquellas normas a las que es usual llamar reglas, sino un subconjunto de las

mismas: el de las reglas dotadas de lo que, desde Schauer (1991), es usual denominar autonomía semántica. Me explicaré. El ideal normativo de Laporta parece estar constituido por reglas que puedan ser seguidas por sus destinatarios y aplicadas por los órganos jurisdiccionales mediante la mera subsunción en el significado ordinario (o “literal”) de las mismas de los casos individuales de que se trate. Pues bien, tal subsunción, sin necesidad de pasos argumentativos adicionales, es desde luego posible cuando las normas tienen la forma de reglas que correlacionan un caso genérico, configurado mediante una combinación de propiedades descriptivas, con la obligación, prohibición o permisión de una acción, caracterizada asimismo descriptivamente. Las reglas de este tipo –por ejemplo, “circulando por autopista, está prohibido rebasar la velocidad de 120 km/h”– tienen lo que se ha dado en llamar autonomía semántica, lo que quiere decir que puede determinarse tanto cuáles son sus condiciones de aplicación (“vehículo en autopista”) como cuál es la conducta prescrita (“circular a 120 km/h o velocidad inferior”) sin necesidad de ninguna apertura argumentativa a las razones subyacentes a esas mismas reglas, a las razones que justifican la imposición de esa obligación en esas circunstancias. Pero no ocurre lo mismo cuando las normas, aun teniendo la forma de reglas –esto es, de

enunciados que correlacionan unas determinadas circunstancias genéricas con la modalización deóntica de una cierta conducta- configuran esas circunstancias genéricas mediante propiedades carentes de autonomía semántica respecto de las razones subyacentes a la regla: por ejemplo, el Código civil ordena al juez que, dado el correspondiente proceso, declare incapaces –esto es, prive de la capacidad de obrar– a aquellas personas que presenten “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (art. 200). Aquí, determinar cuándo alguien se encuentra imposibilitado para “governarse por sí mismo” en el sentido relevante es sencillamente imposible (o disparatado) sin atender a las razones que subyacen a la institución de la incapacitación, esto es, a las razones que justifican que ciertos adultos con ciertas características sean privados de su capacidad de obrar. Idéntica necesidad de acudir a las razones subyacentes se presenta cuando la norma caracteriza la acción modalizada deónticamente mediante propiedades valorativas (abusiva, fraudulenta, de mala fe), sin especificar cuáles son las propiedades descriptivas que constituyen las condiciones de aplicación de tales propiedades valorativas. Y esto es lo que ocurre, como es notorio, cuando la norma está formulada utilizando alguno de los llamados conceptos

jurídicos indeterminados. Y aun es mayor esa necesidad de acudir a las razones subyacentes cuando nos enfrentamos a normas que, como ocurre con los que llamamos *principios en sentido estricto*, rehúsan configurar el caso y se limitan a establecer la obligatoriedad *prima facie* de determinadas acciones, eventualmente en conflicto entre sí, tales como respetar la libertad de expresión o proteger el honor o la intimidad. Aquí, determinar qué principio prevalece sobre otros eventualmente concurrentes en un cierto caso, esto es, determinar qué acción resulta concluyentemente debida en ese caso, sólo puede hacerse atendiendo al peso que, en relación con las circunstancias relevantes del caso, posean las razones expresadas por cada uno de estos principios<sup>1</sup>. Sólo

---

<sup>1</sup> Laporta sostiene que “si definimos los principios como normas que enuncian su caso de forma abierta o indeterminada, simplemente no podemos saber cuál es su ámbito de aplicación y por tanto no podemos saber si entran o no entran en conflicto”. Esto, a mi juicio, es un error. Porque lo que ocurre es que los principios, de un lado, configuran su caso sin referencia a ninguna circunstancia o propiedad adicional a que exista una oportunidad de realizar la conducta por ellos ordenada; y tal conducta viene ordenada por ellos sólo *prima facie*. El conflicto entre principios se da siempre que existe una oportunidad de realizar las conductas *prima facie* ordenadas por más de un principio y estas conductas son incompatibles entre sí (por ejemplo, respetar la libertad de información y respetar el derecho al honor son conductas incompatibles en ciertas circunstancias). La solución de estos conflictos se expresa en *reglas* (de origen legislativo o

como resultado de esta ponderación previa es posible elaborar una regla en la que subsumir

---

jurisprudencial) que establecen, para ciertos conjuntos de circunstancias o propiedades genéricas que se consideran relevantes y que se configuran por ello como condiciones de aplicación, la prevalencia de uno u otro de los principios concurrentes, o, dicho de otro modo, cuál de los deberes *prima facie* debe ceder y cuál, por su parte, deviene deber concluyente. Por seguir con el ejemplo del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, la jurisprudencia constitucional ha entendido –como es bien sabido– que las circunstancias o propiedades que deben contar como relevantes son: 1) que la información tenga o no relevancia pública; 2) que sea o no veraz (entendiendo por tal que sea verdadera o, si falsa, que haya sido diligentemente contrastada); 3) que la transmisión de la información utilice o no expresiones injuriosas. De forma que sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y no contiene expresiones injuriosas prevalece la libertad de información; basta que falte alguna de estas condiciones para que prevalezca el derecho al honor. El hecho de que esta ponderación haya sido considerada como correcta de manera prácticamente unánime por la doctrina y los operadores jurídicos muestra que la misma no hace sino explicitar articuladamente los acuerdos más o menos implícitos que se daban de forma independiente en la comunidad jurídica acerca de cómo deben resolverse (al menos) los casos paradigmáticos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Y como éste podrían ponerse otros muchos ejemplos de ponderaciones no controversiales. Y esto basta para sostener que al afirmar, en relación con cualquier ponderación entre principios, que “no es necesario que diga que aquí nos encontramos ya fuera del ordenamiento jurídico” y que “muchos dirían también que en el reino de la arbitrariedad” Laporta exhibe una concepción del Derecho que habría que calificar, cuando menos, de insuficiente. Y ello porque dicha concepción

el caso. Y, por último, aun menos aparecen la subsunción y la inferencia deductiva como vías inmediatamente expeditas para determinar las acciones debidas cuando las normas, como ocurre con aquellas que solemos llamar *directrices*, se limitan a ordenar a los poderes públicos que persigan determinados objetivos colectivos en buena medida interdependientes (el pleno empleo, el acceso a una vivienda digna y adecuada, la estabilidad económica, la limpieza del medio ambiente) sin pronunciarse acerca de los cursos de acción causalmente idóneos para conseguirlos. De esta forma, el seguimiento de directrices (y por ello es asunto centralmente encomendado a los órganos de representación democrática) exige una cierta priorización entre los fines ordenados y exige asimismo juicios, en la mayor parte de las ocasiones fuertemente controvertibles, sobre relaciones medio-fin.

La conclusión de todo lo anterior es que si la opción por un Derecho de reglas la entendemos como una tesis de teoría del Derecho, como una tesis que vendría a sostener algo así como que para dar cuenta de la manera en que

---

no parece capaz de integrar el conjunto de creencias y actitudes compartidas, no siempre explícitas ni articuladas, que son constitutivas de la realidad del Derecho. Sobre el mismo ejemplo a que hago referencia y con una orientación semejante a la que aquí se defiende, cfr. Moreso (2003).

las normas jurídicas regulativas guían la conducta y el razonamiento práctico de sus destinatarios nos basta con entender la manera como esta guía puede producirse en el caso de las reglas jurídicas dotadas de autonomía semántica, esto es, sin abrir el razonamiento en absoluto a las razones subyacentes a tales reglas, esa tesis nos aparece como claramente infundada. Las normas jurídicas regulativas son de muy diversos tipos y guían de maneras muy distintas la conducta y el razonamiento práctico de sus destinatarios. Pero es que incluso en el caso de las reglas dotadas de autonomía semántica, el que esta guía se produzca de la manera literalista que Laporta recomienda, esto es, sin abrir el razonamiento a las razones subyacentes a esas mismas reglas, es sólo una posibilidad, y con toda probabilidad no la posibilidad más conforme con las convenciones interpretativas vigentes en nuestra cultura jurídica. Pues en tal cultura parecen regir convenciones interpretativas que ordenan, a la hora de establecer el significado y alcance de las normas, atender, también en el caso de las reglas con autonomía semántica, precisamente a las razones subyacentes a las mismas. Estas son las convenciones interpretativas, creo, que se expresan en los arts. 3 y 4 del título preliminar del Cc, cuando señalan que, en la interpretación de las normas, debe atenderse “fundamentalmente al espíritu y finalidad” de las mismas o

cuando prescriben la aplicación analógica de las normas “cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

En todo caso, la opción por un Derecho de reglas no es, en el planteamiento de Laporta, una tesis de teoría del Derecho. Laporta no ignora, en absoluto, la diversidad de tipos de normas jurídicas regulativas y, en particular, no ignora la importancia de los principios en sistemas jurídicos como el nuestro. De ello se muestra agudamente consciente en el texto que discuto, en el que precisamente presenta lo que considera “una exagerada apelación a los principios” como un rasgo de la cultura jurídica actual que le autoriza a afirmar, de forma que no puede dejar de calificarse de algo hiperbólica, que “desde el punto de vista de la certeza y la predecibilidad de las relaciones jurídicas estamos en el peor de los mundos posibles”. Así como el imperio de la ley no es, a juicio de Laporta, una propiedad que el Derecho, por el mero hecho de ser tal, posea, sino una exigencia ético política dirigida al Derecho, del mismo modo el que el orden jurídico esté constituido básicamente por reglas no es tampoco una tesis acerca de lo que el Derecho es, sino acerca de lo que el Derecho debe ser. Más en concreto, es una tesis acerca de cuál es la exigencia central que se

deriva de la idea de imperio de la ley en cuanto al tipo de normas que deben predominar en la composición del sistema jurídico y en el razonamiento de sus órganos de aplicación. Pues bien: en relación con ello, conviene aquí hacer referencia, apoyándose en cosas sobradamente conocidas, a las razones que justifican la presencia de principios entre las normas constitucionales y, más en general, en el sistema jurídico, y sobre las razones que justifican que el razonamiento aplicativo, incluso en relación con casos respecto de los que hay reglas en los que subsumirlos, se mantenga abierto a los principios que constituyen las razones subyacentes a esas mismas reglas.

Por lo que hace al texto constitucional, creo que en relación con él se dan razones específicas para que su dimensión regulativa se detenga en buena medida en el nivel de los principios, sin descender a desarrollar reglas que los concreten. Estas razones tienen que ver con el especial lugar que ocupa en el sistema jurídico una Constitución que –como es el caso general de las europeas de la segunda posguerra– aúne rigidez con pretensión de supremacía (y el correspondiente mecanismo de control de constitucionalidad para asegurarla). Quiero decir que una Constitución flexible podría desarrollar su dimensión regulativa hasta el nivel de las reglas, sin

que de ello se derivara ningún problema especial, pues dichas reglas podrían ser cambiadas mediante simples leyes ordinarias. Pero una Constitución que exige condiciones gravosas para su reforma y que garantiza su supremacía mediante un tribunal constitucional, se ve abocada, si quiere construir su dimensión regulativa de forma que no se haga directamente pasible a la objeción contramayoritaria, a hacerlo centralmente no mediante reglas, sino mediante principios en sentido estricto y directrices. Como ya sabemos, los principios en sentido estricto ordenan, en su consecuente, aquellas acciones (u omisiones) que el constituyente considera valiosas en sí mismas, sin prejuzgar la jerarquía entre las mismas en las, en principio ilimitadas, combinaciones de circunstancias en que pueda haber una oportunidad para realizar al menos dos de ellas incompatibles entre sí; las directrices ordenan, en su consecuente, la procura de ciertos estados de cosas a la que debe estar orientada la acción de los poderes públicos, sin prejuzgar cómo debe articularse entre sí la consecución de estos diversos objetivos ni cuáles sean las políticas que más eficazmente pueden conducir al mayor logro conjunto posible de los mismos.

De esta forma, por un lado, principios y directrices constitucionales sitúan al margen de las decisiones de política ordinaria, del

juego ordinario de mayorías y minorías, aquellos valores compartidos que conforman el consenso básico de la comunidad política. Y ello tanto respecto de los límites que deben respetar los cursos de acción de los poderes públicos para ser considerados constitucionalmente legítimos como respecto a los fines generales a que deben orientarse esos mismos cursos de acción. Y, por otro lado, al no especificar ni las relaciones de prevalencia entre principios que operan como límite ni la manera en que deben ser articulados y perseguidos los fines constitucionalmente ordenados, una Constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo y evita en gran medida la “tiranía de los muertos sobre los vivos” que se ha achacado con frecuencia al constitucionalismo rígido. A esta “apertura” contribuye asimismo el que la acción ordenada por los principios aparezca caracterizada en buena parte de ellos –si no en todos– mediante esos conceptos con fuerte carga valorativa<sup>2</sup> –libertad, igualdad, honor, inti-

---

<sup>2</sup> Ambas circunstancias –no establecimiento de las relaciones de prevalencia entre principios y caracterización de la acción mediante propiedades con fuerte carga valorativa– se justifican –como indica Juan Carlos Bayón– “porque *no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano” (Bayón, 2000, p. 84).

midad personal, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación- que no precisan las propiedades descriptivas que constituyen sus condiciones de aplicación, y a los que es usual referirse, desde Gallie (1956), como “conceptos esencialmente controvertidos”. A este mantener abierto el proceso deliberativo contribuye también el que los estados de cosas cuya persecución viene ordenada por las directrices aparezcan caracterizados mediante conceptos en buena medida indeterminados (“pleno empleo”, “estabilidad económica”) cuando no usando también conceptos valorativos (“vivienda digna y adecuada”). Todo ello contribuye a que la Constitución pueda operar, durante un amplio horizonte temporal, como el terreno compartido a partir del cual puede construirse una práctica de elaboración de reglas centralmente discursiva o deliberativa<sup>3</sup>.

Así pues, en el caso de las Constituciones rígidas hay buenas razones para que su dimensión regulativa se detenga, en muchos ámbitos, en el nivel de los principios y de las directrices y encomiende su desarrollo mediante reglas a los mecanismos ordinarios de creación del Derecho, y muy centralmente a la legislación. Pero la tarea de estos mecanismos ordinarios y especialmente de la legisla-

---

<sup>3</sup> En este sentido, cfr. Aguiló (2004), pp. 114 y ss.

ción, a su vez, reside precisamente en la concreción y desarrollo mediante reglas de estos principios y directrices. En relación con los principios constitucionales en sentido estricto, se trata de dictar reglas que, para ciertos casos genéricos, establezcan, de un lado, las relaciones de prevalencia entre principios constitucionales y, de otro, lleven a cabo un proceso de concreción descriptiva de las acciones debidas, que la formulación de esos mismos principios constitucionales suele caracterizar, como acabamos de decir, mediante conceptos con fuerte carga valorativa. En relación con las directrices, se trata de trazar políticas, de las que el dictado de reglas es un aspecto importante, que se orienten a conseguir en el mayor grado posible los diversos objetivos constitucionalmente ordenados.

Y, a propósito de este proceso de desarrollo legislativo mediante reglas de los principios y directrices constitucionales, creo que hay que dar sustancialmente la razón a Laporta cuando escribía, hace pocos años, que “no creo que debamos aceptar que estamos en la edad de la descodificación, sino que propugno más bien que iniciemos con seriedad una nueva codificación” (Laporta, 2001, p. 460). Ahora bien, incluso en el interior de esa nueva legislación codificadora, que desde luego debería estar integrada centralmente por reglas,

sigue habiendo un espacio de imposible eliminación para los principios. Pues, en mi opinión, el entendimiento de la dimensión regulativa del Derecho como compuesta de “reglas más principios” es de aplicación general a cualquier sistema jurídico mínimamente desarrollado. No digo que sea de aplicación a cualquier sistema jurídico, sin más, porque ha habido sistemas, como el Derecho romano de la época antigua, en los que domina un tipo de literalismo que lleva a considerar como querido por el legislador todo y sólo lo que éste ha dicho de forma expresa y directa. Pero cuando –como es propio de cualquier sistema jurídico con algún grado de desarrollo– se supera esta fase, cuando se reconoce la distinción, y la posibilidad de divergencia, entre *verba* y *sententia*, entre el significado literal de la formulación de la norma y su significado justificado o debido, se abre paso necesariamente, con esas o con otras palabras, la idea de que la dimensión regulativa del Derecho está integrada tanto por reglas como por principios. Laporta sostiene, con entera razón, que “determinar y formular con precisión las normas jurídicas como reglas exige una mayor inversión en estudio, reflexión y análisis, pues las reglas aspiran a dibujar con la mayor precisión posible las propiedades del caso genérico al que se quiere dar solución”. Y asimismo que “es más difícil llegar a una formulación de ellas aceptada por todos debi-

do a los costes de transacción que implica el llegar a acuerdos sobre su contenido”. Pero “a cambio de todos estos inconvenientes tienen la ventaja de que son mucho menos complicadas de aplicar, pues una vez establecidas con claridad, sólo necesitan de una argumentación relativamente sencilla y accesible”. Yo iría incluso un poco más lejos que Laporta y diría que, sin reglas con autonomía semántica, el Derecho no cumpliría una de sus funciones esenciales, que es la de guiar la conducta de la gente en general, y la adopción de decisiones por parte de los órganos, sin que ello implique para todos los casos y para todos los tramos de cada caso la necesidad de embarcarse en un proceso deliberativo. Pero añadiría también que sin principios el Derecho aparecería como un conjunto de mandatos más o menos arbitrarios, sin presentar una coherencia de sentido. Y añadiría también que, por lo que hace a la adopción de decisiones, un modelo para ello basado exclusivamente en reglas no podría evitar la adopción de un buen número de decisiones valorativamente anómalas. Y ello porque la autoridad normativa, al no ser omnisciente, no puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, por cuidadoso que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por completo los fenómenos, a los que hace referencia Laporta, de la

suprainclusión y de la infrainclusión. Esto es, de incluir, en el ámbito de aplicación de las reglas, casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí debieran estar incluidos a esa misma luz. Un modelo basado exclusivamente en principios, por su parte, multiplicaría los costes de las decisiones, volvería a éstas más difícilmente predecibles y sería incompatible con la lógica de la división de poderes. Todo ello es lo que explica, a mi juicio, que, en los sistemas jurídicos desarrollados, las decisiones se basen fundamentalmente en reglas, pero también que todos ellos estén dotados de mecanismos para corregir lo que resultaría de la mera aplicación de reglas, cuando ello produce resultados que, a la luz de los principios que justifican y que limitan el alcance de esas mismas reglas, aparecen como valorativamente inaceptables. Por referirnos a algunos de ellos, se trata de mecanismos como la analogía o la interpretación extensiva, para enfrentarse a los supuestos de infrainclusión, y, para enfrentarse a los supuestos de suprainclusión, la interpretación restrictiva, las figuras de los que se han dado en llamar ilícitos atípicos (el abuso del derecho, el fraude de ley o la desviación de poder) o -en los sistemas del *common law*- la técnica del *distinguishing*.

Lo que muestra a este respecto la evolución de la cultura jurídica es que el acento se desplaza más o menos según los períodos (pero situándose siempre en algún lugar intermedio) a lo largo de un continuo que va desde el polo de las reglas, esto es, de la reducción de la complejidad en la toma de decisiones, al polo de los principios, esto es, al polo de la coherencia valorativa de las decisiones. Un ejemplo muy ilustrativo de ello lo encontramos en el momento en que la cultura jurídica se aproxima más a lo que sería un modelo puro de reglas. Me refiero al momento de la puesta en vigor del *Code Napoleon* y, en concreto de su regulación de la propiedad. Dicha regulación tiene en su base dos ideas: primera, que el Código contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos que puedan darse en el ámbito de las relaciones privadas, sin que sea jamás necesaria, para esa solución, la ponderación de razones por parte del juez; segunda, que el derecho de propiedad, definido por el Código como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta” se traduce en una regla general de permisión de las acciones del propietario relativas a las cosas que son de su propiedad. Pues bien: pocos años después surge, en relación precisamente con el derecho de propiedad y por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, la figura del abuso del derecho que posibilita precisamente excepcionar

la aplicación de reglas a acciones que, aunque indiscutiblemente cubiertas por el tenor de aquellas, se encuentran claramente más allá de su alcance justificado. La adopción de la doctrina del abuso del Derecho entrañaba el reconocimiento palmario de que la aplicación irrestricta de reglas produce necesariamente anomalías valorativas intolerables.

Un comentario más: yo simpatizo, desde luego, con la actitud que subyace a la propuesta de Laporta, según la cual, tras un período de exceso de principios y de Constitución, nuestra cultura jurídica debiera encaminarse en la dirección de una cierta pleamar de las reglas y de la legislación, que se exprese en una nueva codificación. Y, desde luego, sería deseable que en todos los ámbitos en los que esto sea posible, tal codificación acabe generando un grado de certidumbre para las relaciones jurídicas que se aproxime al que hoy aporta para algunas de ellas el sistema registral. Pero creo también que la propuesta neocodificadora de Laporta merece, junto con las ya expresadas, alguna acotación más, relativa ahora a las condiciones de su viabilidad. Me refiero a que, a mi juicio, la restauración del ideal codificador –el ideal de un Derecho *compuesto centralmente por reglas* legisladas, con vocación de *larga duración*– es con seguridad incompatible con el uso de la legislación como instrumento de política coti-

diana y, lo que va más allá, con la concepción de la legislación como instrumento idóneo para lograr cualesquiera objetivos sociales. Viéndolo desde el ángulo de la regulación jurídica de la actividad económica: una codificación estable es una forma adecuada –incluso diría, es la forma *natural*– para una regulación jurídica que, al proteger la propiedad y los contratos, se limite a crear y mantener las condiciones que posibilitan la interacción mercantil. Pero si se pretende utilizar la legislación para reorientar los recursos disponibles a unos u otros sectores productivos o para obtener unos u otros resultados distributivos, entonces hay que abandonar la idea de una codificación estable. La persecución de tales finalidades sólo es posible mediante la atribución de beneficios y cargas, siempre cambiantes, a grupos específicos, asimismo siempre cambiantes. O, lo que es lo mismo, mediante una legislación en situación de cambio permanente. Entiéndaseme bien: no digo en absoluto que la propuesta neocodificadora exija que se encomiende al mercado la provisión de toda clase de bienes y servicios. Creo que la propuesta neocodificadora es completamente compatible con encomendar la satisfacción de algunas necesidades –la sanidad, la educación, la protección frente a la vejez u otras en las que probablemente debiera también pensarse– a instituciones situadas fuera del juego

del mercado. Pero creo que esa misma propuesta neocodificadora exige, para ser viable, renunciar a la legislación como instrumento de ingeniería social desde el que orientar las decisiones de inversión de los agentes económicos o desde el que perseguir incesantemente correcciones redistributivas de los resultados del juego del mercado.

Para concluir: el texto de Laporta expone muy brillantemente las virtudes que asociamos a las reglas. Pero la consciencia de tales virtudes debe ser completada, a mi juicio, con una consciencia asimismo clara de los límites de las mismas y de algunas de las condiciones de su despliegue, así como de la necesidad de que el Derecho integre normas regulativas distintas de las reglas. Tratar de poner de relieve esa necesidad, así como algunos de aquellos límites y condiciones ha sido mi intención principal al redactar este texto.

## REFERENCIAS

Aguiló, Josep (2004): *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

Bayón, Juan Carlos (2000): “Derechos, democracia y Constitución”, en *Discusiones*, año 1, n° 1.

Bayón, Juan Carlos (2003): “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Gallie, W. B. (1956): “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56.

Laporta, Francisco J. (1994): “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en *Doxa*, n° 15-16.

Laporta, Francisco J. (1999): “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, en *Doxa*, nº 22.

Laporta, Francisco J. (2001): “El ámbito de la constitución”, en *Doxa*, nº 24.

Laporta, Francisco J. (2007): *Imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.

Moreso, José Juan (2003): “Conflictos entre principios constitucionales” en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

Schauer, Frederick (1991): *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford.



**FRANCISCO J. LAPORTA.** Es catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (*JVR*), editor de la serie *Law and Philosophy Library* de Kluwer Academic Publishers, patrono de la Fundación Francisco Giner de los Ríos – Institución Libre de Enseñanza. Ha sido director del Centro de Estudios Constitucionales, Consejero de Estado y miembro de la Comisión para la Democracia a través del Derecho (“Comisión de Venecia”) del Consejo de Europa. Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, ha recibido por sus trabajos sobre el imperio de la ley el Premio Nacional de Investigación en Derecho y Ciencias sociales del año 2008.

**JUAN RUIZ MANERO.** Es catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Editor de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* y miembro de los consejos de redacción de las revistas *Derecho privado* y *Constitución e Isonomía*. Autor de numerosos artículos de su especialidad, entre sus libros destacan *Jurisdicción y Normas* (1990), *Marxismo y Filosofía del Derecho* (con Manuel Atienza, 1993) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (con Manuel Atienza, 1996), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (con Manuel Atienza, 2000), *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (con Josep Aguiló y Manuel Atienza, 2007) y *Para una teoría postpositivista del Derecho* (con Manuel Atienza, 2009).

**MIGUEL ÁNGEL RODILLA.** Es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, es autor de *Leyendo a Rawls*, (2006), y coeditor de *El Positivismo Jurídico a Examen* (2006, con J. A. Ramos Pascua) y *Jurisdicción, Interpretación y Sistema Jurídico* (2007, con J. M. Pérez Bermejo). Es autor también de varios artículos (entre ellos “El Estado truncado. Soberanía y legitimidad en Hobbes”, “Contrato Social, Democracia y Soberanía Popular”, “Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho”) Ha traducido y editado dos libros de Hobbes (*Diálogo entre un filósofo y un jurista* y *Behemoth*), una colección de artículos de Rawls (*Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*), así como *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, de C. Kuklathas y P. Pettit.

## LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*

### Próximas publicaciones:

Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*

Paolo Comanducci, M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*