

El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser

Por JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Comenzaré anticipando sintéticamente el contenido del tema que voy a examinar. Versa, como indica el título, sobre los principios jurídicos, los *principios generales del Derecho*, según la terminología con que los acoge nuestra legislación. Concretamente, versa sobre el problema de su fundamento de validez o, más precisamente, de vigencia o existencia como verdaderos elementos del Derecho¹. En otras palabras, examinaremos el problema de qué criterio o criterios nos permiten decidir sobre la pertenencia de un principio a un orden jurídico determinado.

Se han aportado respuestas muy diversas a esa cuestión. Aquí procuraremos no ya reconstruir rigurosamente la evolución histórica del pensamiento jurídico en relación a nuestro tema, sino únicamente sistematizar de forma esquemática las principales actitudes doctrinales.

Como veremos, básicamente pueden reconducirse a dos: la del iusnaturalismo, que sitúa el fundamento de la pertenencia de los principios al orden jurídico en su intrínseca justicia o moralidad, de tal manera que cualquier principio de justicia, por el solo hecho de serlo, formaría parte automáticamente del Derecho vigente; y la del positivismo jurídico, que sitúa el fundamento de pertenencia en el hecho de que los principios hayan sido establecidos o introducidos en el Derecho, explícita o implícitamente, por el legislador.

Entre ambas actitudes se abre un amplio abanico de posturas intermedias, resultado muchas de ellas, especialmente las más recientes, del pun-

1. La noción de validez no parece aplicable con propiedad a los principios. En puridad, sólo sería aplicable a aquellas normas cuya pertenencia a un determinado sistema normativo dependiera de lo dispuesto en alguna regla superior del sistema. Sobre el tema es especialmente instructivo el artículo de J. DELGADO PINTO, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, vol. 7, 1990, pp. 101-167.

to de vista que desde hace ya algunos años intentan adoptar diversos autores colocándose más allá de la que actualmente parece estéril disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

Entre quienes adoptan esta perspectiva, dos autores merecen especial estudio. Me refiero a J. ESSER y R. DWORKIN, cuyas obras seguramente constituyan las aportaciones más importantes al tema de los principios jurídicos, al menos en la segunda mitad de nuestro siglo. Además de por eso, es interesante confrontar con alguna atención las respuestas que ofrecen a nuestro problema porque, contra lo que tiende a suponerse, no son equivalentes, sino sustancialmente distintas. Curiosamente, cada una de ellas parece no poder eludir terminar precipitándose, o bien en la Escila del iusnaturalismo, o bien en la Caribdis del iuspositivismo, sin acertar ninguna a encontrar el ansiado paso intermedio del ingenioso Odiseo.

En cualquier caso, creemos que sería posible aproximarse más a esa vía media y, en general, a una respuesta más satisfactoria al problema planteado introduciendo ciertas correcciones en la doctrina de DWORKIN, tarea esta que simplemente apuntaremos y con la que finalizaremos nuestra exposición.

Antes de abordar el tema propuesto, la determinación de los criterios de pertenencia de los principios al orden jurídico, parece conveniente aludir a otras cuestiones, como la de la naturaleza de esos mismos principios y su función; cuestiones estas que, además de ser lógicamente previas, pueden condicionar la respuesta al problema que nos interesa por estar estrechamente relacionadas con él. Por lo demás, una breve incursión en los dos grandes temas mencionados (el de la naturaleza y función de los principios) nos permitirá disponer de un marco de referencia adecuado para evitar la excesiva abstracción que supondría hablar sobre el fundamento del vigor jurídico o de la pertenencia al Derecho de algo de lo que no se dice ni qué es ni para qué sirve.

En cuanto al tema de la naturaleza de los principios, la cuestión recurrente de mayor relieve es la de si poseen o no carácter normativo. Ciertos autores, entre los que cabría mencionar a BETTI, SPIROPOULOS o CARNELUTTI, han negado más o menos rotundamente no sólo que los principios sean equiparables a las reglas, sino incluso que tengan sentido normativo alguno. En esta línea, los principios del Derecho han sido concebidos como construcciones doctrinales generales, como ideales de política legislativa, como presupuestos remotos o fines de las normas o intereses por ellas tutelados, como ideas jurídicas de validez universal, intuiciones generales del Derecho positivo, proposiciones lógicas, etc.².

2. Cfr. N. BOBBIO, «Principi generali di diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966, pp. 889-890, que atribuye alguna de estas tesis a BETTI, MAFFEZZONI y SPIROPOULOS; V. CRISAFULLI, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», en *Riv. Int. di F.º del Diritto*, vol. 21, 1941, pp. 168-175, se las atribuye a CARNELUTTI, CAMMEO, CHECCHINI, RASSELLI y PERASSI.

Todos estos puntos de vista adolecen de cierta unilateralidad, posiblemente por haberse construido a partir de la contemplación de únicamente alguna o algunas clases de principios de entre las muchas existentes. Cuando se evita ese peligro y se contemplan los principios en su globalidad, resulta difícil negarles toda dimensión normativa; sobre todo si se advierte cómo en la práctica jurídica los jueces los aplican para resolver litigios. Quiere esto decir que funcionan como las normas en cuanto que guían, en ciertos casos, las decisiones judiciales. De hecho, siempre ha prevalecido entre los estudiosos la opinión de que los principios son, si no propiamente normas o, mejor, reglas en sentido estricto, sí al menos «orientaciones» o «directrices» de carácter general y fundamental.

¿Qué los diferencia de las reglas en cuanto a su naturaleza? A juicio de R. DWORKIN, que recientemente ha tratado de precisar la distinción (distinción que, por cierto, ya había sido insistentemente apuntada por muchos otros autores anteriores)³, principios y reglas tienen diferente naturaleza lógica. Las reglas, a diferencia de los principios, operan del modo «todo o nada»; es decir, siempre que concurren las condiciones previstas para su aplicación, la respuesta o consecuencia jurídica programada en la regla se sigue casi automáticamente; si, por el contrario, tales condiciones no se presentan, la regla no se aplica en absoluto. Los principios, por su parte, se limitan a apuntar hacia una solución, que puede verse matizada o excluida si entra en conflicto con la apuntada por otro principio o establecida por una regla. Lo anterior implica que los principios tienen una dimensión «de peso» o importancia relativa de la que carecen las normas; de modo que cuando concurren a la solución de un caso varios principios discrepantes, el juez debe sopesarlos y apoyarse en los más relevantes, desechando los otros, que no por eso dejarán de ser principios vigentes del Derecho. Eso no ocurre con las normas. Ellas no tienen tal dimensión de peso; de manera que si dos o más se contradicen sólo una acabará siendo válida, quedando la otra u otras, antes o después, derogadas⁴.

La caracterización de los principios jurídicos no puede ser completa si no se explican además sus funciones y los criterios de su pertenencia al orden jurídico (de ahí que afirmáramos antes que las tres cuestiones aludidas estaban estrechamente relacionadas).

La doctrina atribuye a los principios jurídicos, en su calidad de pilares básicos del edificio del Derecho, una serie de funciones altamente rele-

3. N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 889, observa en este sentido que es común entre los juristas la opinión de que los principios generales del Derecho no son normas, sino entidades cualitativamente distintas.

4. Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977 (cito por la traducción de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 74-80). Sobre el tema de la distinción entre reglas y principios, y especialmente sobre el punto de vista de R. DWORKIN sintetizado en el texto, vid. R. ALEXI, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, pp. 59-87; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 25, 1985; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, vol. 5, 1989, pp. 139-151; F. PUIGPELAT MARTI, «Principios y normas», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 6, 1990, pp. 231-247.

vantes, lo cual deja fuera de toda duda su ineludible necesidad para el buen funcionamiento del orden jurídico y pone de relieve, por otra parte, la inadecuación de las teorías que los conciben como elementos ajenos a este mismo orden. La mayoría de los autores asigna a los principios tres grandes funciones: la integradora, la interpretativa y la programática o directiva. La primera consiste en propiciar o disciplinar la resolución de aquellas controversias no encuadrables en ninguna de las normas jurídicas válidas. Serían éstos los que se han dado en llamar «casos difíciles», es decir, casos no previstos por el Derecho formulado explícitamente; y fue precisamente la necesidad de resolverlos lo que determinó la inclusión en los códigos de la referencia a los principios. Con ellos se trata, pues, en terminología más tradicional, de colmar las lagunas del Derecho.

La función interpretativa consiste en orientar la explicación o correcta comprensión de las normas cuyo sentido resulta más o menos oscuro (o más o menos insatisfactorio); y la función directiva, también llamada informadora, consistiría en apuntar el rumbo que habrá de seguir el orden jurídico en su desarrollo. Esta última función correspondería prioritariamente, aunque no sólo, a un tipo específico de principios: los llamados principios constitucionales, valores superiores o directivas programáticas, que vinculan especialmente a los legisladores inspirando y orientando su obra.

Algunos autores mencionan otras funciones adicionales, entre las que merece especial consideración la que podríamos denominar función unificadora. En efecto, se dice, los principios, en la medida en que conforman un universo básicamente coherente de valores y objetivos, dotarían a la masa ingente de las normas jurídicas de una cierta unidad material o sustancial, es decir, de una cierta sistematicidad por virtud del contenido, que serviría de complemento a la sistematicidad formal propiciada por las reglas que establecen las fuentes del Derecho. Esa unidad permitiría en sede dogmática (y en otras sedes) organizar el material normativo presentándolo como una totalidad coherente, con un sentido y unos propósitos bien definidos⁵.

Tras esta referencia, sin duda esquemática y sólo aproximativa a la naturaleza y función de los principios del Derecho, podemos ya internarnos en el difícil problema de la determinación de los criterios de su pertenencia al orden jurídico. Se trata de conocer, en otras palabras, cuándo puede tenerse la seguridad de que un cierto principio es Derecho vigente o, lo que es lo mismo, cuál es la fuente del vigor jurídico de los principios.

5. Entre los autores que admiten esta función unificadora o sistematizadora de los principios cabe mencionar a R. GUASTINI, «Sui principi del diritto», en *Soggetto e principi generali del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 83; A. TOZZI, «I principi generali del diritto e il positivismo giuridico», en *Riv. Int. di F. del Diritto*, vol. 34, 1957, p. 760; F. SORRENTINO, «Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 90; G. MARINI, «Principi generali del diritto nel sistema politico», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 112; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Cívitas, 1984, p. 39: «... sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y en perpetuo "fieri" agregado de normas, el Derecho administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni consecuentemente como ciencia, sería posible».

La tesis que prevaleció como respuesta a esta cuestión antes de que en el siglo XIX llegara a imponerse el positivismo jurídico fue la de que los principios tenían la fuente de su vigor en el Derecho natural. Es decir, pertenecerían al orden jurídico por constituir Derecho natural condensado, por constituir preceptos jurídicos de validez objetiva y universal y carácter perenne. Esta sería, por ejemplo, la opinión del mallorquín RAMÓN LLULL (o RAIMUNDO LULIO), que pasa por ser el primer autor en cuya obra se habla expresamente de principios jurídicos⁶. El reduce los *principia iuris* o *principia generalia scientiae iuris*, como también los denomina, a los siguientes grandes preceptos: se debe amar a Dios, vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo, y afirma que todos los derechos particulares deben ser reconducidos a los tres principios universales, de tal manera que no los contradigan, del mismo modo que el particular no puede contradecir a su universal.

Como digo, la concepción iusnaturalista de los principios comenzó a declinar a lo largo del siglo XIX a medida que iba cediendo el propio iusnaturalismo en favor de una nueva concepción sobre el Derecho: la positivista. Curiosamente, el tránsito de la concepción iusnaturalista de los principios a la concepción iuspositivista se ve reflejado incluso legislativamente en las sucesivas menciones que de los principios hacen los códigos civiles europeos en el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, el código civil austriaco de 1811, elaborado en un ambiente todavía favorable al iusnaturalismo (baste decir que sus redactores fueron profesores de Derecho natural) resolvía el problema de las lagunas del Derecho mediante el recurso a los *natürliche Rechtsgrundsätze* (principios jurídicos naturales). Un recurso semejante, aunque finalmente descartado por «excesivamente filosófico», se había propuesto ya en el Proyecto del Título Preliminar del Código de Napoleón, que se remitía, a falta de ley precisa, a la ley natural. Sin embargo, ya se advierte un giro notable en el Código civil de los Estados sardos (el llamado Código civil albertino de 1837) y el Código civil italiano de 1865, los cuales, aunque influidos por el austriaco, utilizan una fórmula distinta que después sería adoptada por nuestro propio Código civil y por muchos Códigos iberoamerica-

6. Así lo afirman, entre otros, A. MONTSERRAT QUINTANA, *La visión luliana del mundo del Derecho*, Palma de Mallorca, 1987, pp. 180 y ss.; F. CERRILLO Y QUÍLEZ, «Principios de Derecho», en *Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Barcelona, 1967, p. 3111; R. PIÑA HOMS, *Alfonso el Sabio y Ramón Llull. Su concepción de la justicia y del orden social*, Palma de Mallorca, 1984, pp. 68-69; S. T. AZUA REYES, *Los principios generales del Derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 4. Naturalmente, aunque la expresión *principia iuris* tenga su origen en la obra luliana (cfr. entre otros lugares, pues la utiliza repetidamente, *Ars de Iure*, II, B, 3n. 437, 18 ub, 17), la noción a que alude era ya conocida, o al menos claramente intuida, desde mucho tiempo atrás. E. PATTARO, «Alle origini della nozione 'principi generali del diritto'», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., pp. 25-65, sitúa el origen del concepto que nos ocupa en los principios aristotélicos de la ciencia. De ahí lo habría tomado la ciencia jurídica romana para formular definiciones que después adquirirían sentido normativo (LABEON habría sido el primero en usar la noción de *regulae iuris* en este sentido).

nos; hablan concretamente de «principios generales del Derecho»⁷. Es una fórmula ambigua, pues aunque conserva cierta resonancia iusnaturalista, ya evita aludir expresamente a los principios del Derecho natural y admite todo tipo de interpretaciones. No ocurre lo mismo con la mención que de los principios hace el proyecto de Código civil italiano de 1936, que habla de «principios generales del Derecho vigente». Como se ve, aquí parece expresamente negada la posibilidad de que los principios jurídicos mencionados en el Código pudieran ser los del Derecho natural⁸. Finalmente, por si aún cabía alguna duda sobre el tipo de fundamento o fuente que el legislador italiano quería otorgar a los principios, el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código civil de 1942, todavía vigente, utiliza la fórmula inequívoca y algo redundante de «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». Queda así consagrada legislativamente la concepción positivista de los principios según la cual el fundamento de la vigencia de los mismos radica en el hecho de haber sido puestos y establecidos, bien explícitamente o bien de manera implícita, por el legislador.

En realidad, esa no es la única concepción positivista sobre los criterios de vigencia o pertenencia al Derecho de los principios. El positivismo jurídico, que como se sabe no es una corriente de pensamiento unitaria, ha mantenido al menos dos puntos de vista claramente diferenciados. Ambos tienen en común, sin embargo, que son fuertemente restrictivos en cuanto comparten una cierta reticencia o recelo respecto a a estos elementos del Derecho, los principios, que procedentes de la doctrina iusnaturalista parecen amenazar con introducir subrepticamente en el Derecho positivo

7. En realidad el Código de 1837 hablaba de «*principi generali del diritto*», mientras que el de 1865 lo hacía de «*principi generali di diritto*». M. JORI, «I principi nel diritto italiano», en *Sociologia del Diritto*, vol. X/2, 1983, p. 11, cree descubrir en ese cambio de redacción casi imperceptible la intención del legislador de excluir cualquier pretensión de universalidad y carácter natural de los principios, más allá del concreto orden jurídico positivo.

8. Vid. las protestas de G. DEL VECCHIO, «Riforma del Codice civile e principi generali di diritto», en *Riv. Int. di F. del Diritto*, vol. 17, 1937, pp. 53-58, contra la nueva fórmula que, en su opinión si se interpretara como equivalente a la de «principios generales del Derecho positivo» impediría en todos los casos, y también en los no previstos por la ley, «adoptar un criterio más alto y más justo, deduciéndolo de las razones intrínsecas del Derecho, tal como las siente la conciencia social de nuestro tiempo». Más adelante se consuela advirtiendo que la expresión «Derecho vigente» podría interpretarse latamente de modo tal que incluyese las normas «idealmente vigentes» en cuanto fundadas en la naturaleza, aunque no establecidas expresamente por el legislador. Esta interpretación, concluye DEL VECCHIO, haría coincidir la nueva fórmula con la antigua. Quizá alertado por las «maquinaciones interpretativas» del ilustre iusfilósofo, el legislador italiano introdujo poco después otra fórmula inmune a interpretaciones de ese tipo.

9. Así lo reconoce, por ejemplo, M. JORI, «I principi nel diritto italiano», *op. cit.*, p. 10: el positivismo jurídico «es indudablemente poco favorable a los principios». Ya F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 453, había apuntado, en una línea semejante, que al decaer el prestigio del iusnaturalismo individualista decayó también el prestigio de los principios generales del Derecho. «El predominio del positivismo jurídico vendrá a unir en igual condena el Derecho natural y toda regla no legislada». Sin embargo, J. IGARTUA SALAVERRIA, «Sobre "principios" y "positivismo legalista"», en *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 14, 1986, pp. 30 y ss., parece considerar un tópico infundado el «tan aireado recelo de los positivistas ante los principios».

elementos normativos ajenos al mismo y ajenos, por tanto, a la voluntad del poder político⁹.

La primera de estas dos concepciones positivistas podría adscribirse al positivismo jurídico de corte anglosajón, a la llamada Jurisprudencia analítica, y se caracterizaría por negar a los principios carácter de verdadero Derecho. Los principios, desde este punto de vista, no pertenecen al ordenamiento jurídico, sino que están situados más allá de las fronteras del mismo. Con todo, se les reconoce una influencia nada despreciable en la vida jurídica, en primer lugar porque los legisladores, a la hora de desarrollar el Derecho, pueden servirse de ellos como de «materia prima» o puntos de referencia orientadores, y en segundo lugar, porque los jueces, a la hora de colmar las lagunas del Derecho, suelen hacerlo orientando sus decisiones a partir de principios. Ahora bien, tanto los legisladores como los jueces cuando operan de ese modo apoyados en principios actúan dentro de su competencia discrecional. Es decir, los principios no les vinculan, no les obligan. Les ofrecen unos puntos de referencia normativa que ellos suelen aceptar pero que no están obligados a hacerlo. No lo están porque los principios, repito una vez más, no formarían parte del Derecho vigente, sino de otras esferas normativas como la moral social, por ejemplo, ajenas al Derecho y en relación a las cuales el Derecho es independiente.

Precisamente a este punto de vista se va a enfrentar, como veremos más adelante, R. DWORKIN, profesor de origen norteamericano, actualmente catedrático de Jurisprudencia en Oxford y cuya obra, que, por cierto, ha provocado un enorme revuelo de fervientes adhesiones y feroces críticas, ha sido considerada con razón como la contribución más valiosa a la Teoría del Derecho en los últimos años¹⁰.

La segunda concepción positivista en relación a nuestro tema es la que vendría a defender el llamado positivismo legalista o continental. A diferencia de la primera, esta concepción no niega a los principios carácter de verdadero Derecho. Ciertamente, para cualquier autor adscrito al positivismo legalista sería inadmisibile negar la pertenencia de los principios al orden jurídico, habida cuenta de que aparecen expresamente reconocidos como fuentes del Derecho en códigos, constituciones y estatutos de Derecho internacional. Así pues, la segunda concepción positivista reconoce la pertenencia de los principios al Derecho, pero intenta reconducirlos a la categoría de preceptos jurídico-positivos, implícitos en las leyes y demás

10. M. PORRAS DEL CORRAL, *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1989, da cuenta en el primer capítulo de su libro de algunos de los juicios más significativos que ha merecido la obra del pensador norteamericano.

normas jurídicas e inducibles única y exclusivamente de ellas. En otras palabras, se consideran pertenecientes al orden jurídico vigente aquellos principios que puedan identificarse como tales a partir del propio Derecho positivo expreso, sin necesidad de recurrir a instancias normativas ajenas al mismo, tales como el Derecho natural, la moral social o las convicciones políticas dominantes.

Sentado lo anterior, restaba precisar qué procedimiento concreto podía considerarse idóneo para identificar a partir exclusivamente de un cierto Derecho positivo los principios jurídicos en él vigentes. Como ya hemos apuntado, el procedimiento que se propone a estos efectos es el de la abstracción lógica o inducción generalizante a partir de las normas jurídicas válidas en las que los principios estarían latentes o implícitos¹¹.

Resulta claro, entonces, que para la corriente de pensamiento a que nos referimos los principios jurídicos vendrían a constituir una especie de resumen del Derecho positivo a través de directivas generales. Siendo así, es comprensible que en algún momento (especialmente en Italia) se llegara a intentar una completa codificación de los principios, es decir, una enumeración legislativa formal y solemne de los mismos¹². Por desgracia para quienes se empeñaron en esa tarea, su esfuerzo nunca se vio recompensado con el éxito.

Al igual que, según anticipamos, a la primera concepción positivista sobre los principios se enfrentaría R. DWORKIN, podemos también anticipar que a ésta segunda se enfrentará J. ESSER, aunque, como intentaremos demostrar, su doctrina, al menos en lo que se refiere al tema que nos ocupa, no logra salir de la órbita del positivismo jurídico. Para ser más precisos, parece terminar acercándose de algún modo a la primera concepción positivista o, mejor, a una posición que parece combinar elementos de las dos concepciones positivistas sobre los principios

11. Ya la Escuela de la Exégesis confiaba en poder resolver todos los casos no previstos por el conjunto de las normas jurídicas explícitamente formuladas recurriendo a la capacidad nomogénica del propio ordenamiento (solución autointegradora por inducción). Cfr. F. TODESCAN, «A proposito dei principi generali del diritto nel sistema politico», en *Soggetto e principi generali del diritto*, loc. cit., p. 121. Entre los muchos autores que defienden la tesis a que nos referimos cabría citar a SCIALOJA, GROPALLI, CARNELUTTI, COVIELLO, FADDA, BENZA, CLEMENTE DE DIEGO, etc. Hay otros que, aun manteniéndose en esta misma corriente positivista, proponen procedimientos diferentes para la identificación de los principios vigentes, como, por ejemplo, el de la deducción a partir de los principios expresamente enunciados por el legislador (DEGNI) o el de la reconstrucción histórica (CHECCHINI).

12. Cfr. V. CRISAFULLI, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», *op. cit.*, p. 46, donde afirma querer contribuir con su artículo al fervor, entonces creciente (1941), de esos esfuerzos codificadores. En España aboga por la codificación de los principios, entre otros, F. PUIG PEÑA, «Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1956, vol. 40, p. 1050.

aquí mencionadas (concepciones que, dicho sea de paso, no son incompatibles)¹³.

Como es sabido, el pensamiento de J. ESSER sobre los principios jurídicos se expresa, con minuciosidad germánica, en un libro publicado en 1956 que lleva por título *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*¹⁴. Se trata de una obra amplia, muy densa y también algo embrollada, que tuvo un eco notable al menos en la doctrina europea continental. Hasta el punto de que algunos comentaristas, como FIKENTSCHER o ZACCARIA, la han elevado a la categoría de *Epomachendes Buch*¹⁵ («libro que hace época»). La respuesta que en él se ofrece a la cuestión del fundamento del vigor jurídico de los principios o de la pertenencia de un principio a un orden jurídico determinado difiere notablemente, como podremos comprobar, de la que alrededor de dos décadas más tarde adoptará R. DWOR- KIN, último gran tratadista de la problemática que nos ocupa y cuyo pensamiento sobre el tema tiende, a pesar de todo, a ser identificado con el de

13. Hay que advertir, en todo caso, que ya en la primera mitad de nuestro siglo algunos autores, principalmente italianos y españoles, habían criticado agudamente la concepción positivista de los principios jurídicos. Muchos de sus puntos de vista coinciden sorprendentemente con los que después veremos desarrollados por J. ESSER y R. DWOR- KIN. Cabe recordar, entre los más destacados, a G. DEL VECCHIO, «Sui principi generali del diritto», en *Archivio Giuridico*, vol. LXXXV, 1921, fasc. I, pp. 39-90 (hay trad. de J. OSSORIO MORALES, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, 3.ª ed.), que concibe los principios como aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho identificables por la razón humana investigando en sí misma y no incongruentes con las normas del Derecho positivo; a S. ROMANO en sus muchas veces reeditados *Corso di diritto internazionale* y *Corso di diritto costituzionale*, y A. LEVI, *Istituzioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1934, pp. 163 y ss., para quienes los principios jurídicos no pueden abstraerse del conjunto de las normas jurídicas positivas, sino de las actitudes, finalidad y estructura esencial de las instituciones del Derecho, consideradas en sí mismas y al margen de las normas concretas que las articulan jurídicamente; lo cual es tanto como colocar el fundamento de la vigencia de los principios no únicamente en el propio Derecho, sino además en la vida social en que las instituciones están enraizadas y encuentran su sentido y propósito. En cuanto a los españoles, destaca D. DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 320-325; *Las normas jurídicas y la función judicial*, Madrid, Reus, 1917, pp. 77 y ss., que sitúa el fundamento del vigor jurídico de los principios en la moral social o en las valoraciones políticas. En efecto, convencido de que el Derecho no puede autoalimentarse, como pretendía cierto tipo de positivismo, sino que ha de participar de las orientaciones y estímulos de todas las esferas sociales, reconoce vigencia jurídica a los principios que resulten de los imperativos de la conciencia social y admite, cuando examina las razones que determinarían dicha vigencia, que los principios «pueden imponerse por su misma evidencia». Cabe citar también, entre otros, a F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 460 y ss., que concibe los principios jurídicos como el Derecho natural asumido por cada comunidad o grupo social y no cristalizado en reglas. Vendrían a ser, pues, a su juicio, las convicciones jurídicas de cada pueblo; o a J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1975 (11 ed.), t. I, vol. I, p. 473, que conecta a los principios (al menos a muchos de ellos) con la ideología política dominante en cada grupo social.

14. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1956 (hay trad. de E. VALENTI FIOL, Barcelona, Bosch, 1961). Si hemos de creer a F. DE CASTRO, nota crítica al libro de J. ESSER antes citado, que titula «Fuentes del Derecho e interpretación jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 242, hasta la segunda guerra mundial el problema de los principios generales del Derecho sólo fue abordado cuidadosamente por las doctrinas española e italiana.

15. Cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 94 (n.). Como recuerda el propio ZACCARIA (p. 74), el «monumental libro» de ESSER, que él considera un clásico de la literatura jurídica, fue muy altamente valorado por la doctrina. F. WIEACKER, por ejemplo, lo calificó de «genial y extraordinario», y P. SCHWERDTNER como «el más importante fenómeno de la postguerra en la literatura jurídica».

ESSER¹⁶. Seguramente, la identificación se debe al hecho, ya antes apuntado, de que ambos autores, al mismo tiempo que expresamente afirman distanciarse de las concepciones iusnaturalistas, presentan sus doctrinas como sendas críticas al positivismo jurídico. Sin embargo, como ya sabemos, no se dirigen contra la misma versión de la concepción positivista. La de DWORKIN se enfrenta a la versión del positivismo jurídico anglosajón o Jurisprudencia analítica, y más concretamente a la doctrina de H. HART, que representa un positivismo jurídico ya muy evolucionado y matizado, mientras que la de J. ESSER hace objeto de su crítica a la versión del positivismo legalista continental, que representa una postura algo más primitiva o rígida. Eso explica que, tras su crítica, acabe ESSER colocado en una actitud que, a mi juicio, no es incompatible con la positivista de HART.

Pero entremos ya sin más preámbulos a examinar la doctrina del profesor alemán. ESSER, que se considera autor realista en cuanto pretende dar cuenta fielmente de la práctica jurídica real, no podía aceptar la concepción artificiosa en su simplicidad que del Derecho ofrecía el positivismo legalista¹⁷. Una concepción que proclamaba la autosuficiencia de las leyes y demás reglas válidas de Derecho para resolver todos los conflictos jurídicos sin necesidad de recurrir a valoraciones político-morales externas al propio sistema, consagrando así en realidad el monopolio del Estado sobre las fuentes del Derecho. Esa concepción cerrada del orden jurídico reflejaría mal, a juicio de ESSER, la vida real del Derecho moderno, enfrentado a la necesidad de resolver problemas ético-jurídicos mediante el uso de principios valorativos; principios en los que, por cierto, se fundamenta un número cada vez mayor de sentencias judiciales. Tales principios no tendrían su origen en el propio sistema jurídico positivo como pretendería cierta táctica positivista que ESSER califica de «miope»¹⁸, sino en el orden o escala de valores ético-políticos de cada época, en las energías configuradoras de la conciencia social, en la naturaleza y finalidad de las instituciones, en la lógica de las cosas, en el sentido común, en las necesidades sociales y económicas que contribuyen a determinar las tareas que el orden jurídico debe realizar en cada caso, etc. En definitiva, los principios jurídicos enraizarían o se hallarían implícitos en el ambiente social valorativo que envuelve al Derecho. La pregunta que surge de inmediato es la de si podría reconocérseles carácter jurídico, habida cuenta de que son efectivamente aplicados por los jueces para resolver litigios. Si la respuesta fuera

16. Cfr., por ejemplo, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, op. cit., p. 80, que halla «singulares analogías» por virtud de sus respectivas concepciones sobre los principios entre las doctrinas de ESSER y DWORKIN.

17. Tiende a ser aceptado por los estudiosos del tema el carácter antipositivista de la obra de ESSER. Así, por ejemplo, J. A. GARCIA AMADO, «Derecho y racionalidad. La teoría del Derecho de J. Esser», en *Colección de Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Doctor Don José Pérez Montero*, Oviedo, 1988, p. 549, que considera el libro de ESSER antes citado como «un decisivo ataque al positivismo legalista». Más rotundo, y a mi juicio menos preciso, es G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza...*, op. cit., p. 73, al considerar «radicalmente antipositivista» el edificio teórico de ESSER.

18. Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, op. cit., p. 13.

afirmativa, se estaría reconociendo al mismo tiempo que no existe una frontera clara entre el Derecho y los otros elementos normativos de la vida social, fundamentalmente el orden normativo moral; y tal es la idea anti-positivista por excelencia. Pues bien, ESSER resuelve la cuestión negando que esos principios o postulados éticos que tan decisivo papel representan en la vida del Derecho tengan *per se*, gracias a la evidencia de su buen sentido o a la pertinencia de su contenido, verdadero vigor jurídico y sean en consecuencia directamente aplicables por sí mismos a la resolución de conflictos¹⁹. Sólo podrían adquirir auténtico carácter o vigor jurídico, es decir, sólo gozarían de vigencia indiscutible como Derecho positivo cuando recibieran el espaldarazo o sanción formal de alguna instancia autorizada para crear Derecho, bien fuera ésta el legislador al plasmarlos en sus leyes o la sociedad en general al reflejarlos en la costumbre, o especialmente los jueces y tribunales al asentarlos en los precedentes judiciales²⁰.

Así las cosas, los principios que operan en la vida del Derecho podrían clasificarse en dos grandes categorías: la de aquéllos que indiscutiblemente constituyen Derecho positivo por estar incorporados expresa o implícitamente en el sistema jurídico, y la de aquéllos otros (prepositivos) que, aunque potencialmente son tan utilizables como los primeros para resolver conflictos, no han sido dotados todavía de autoridad formal de Derecho y deambulan extramuros del sistema jurídico esperando cristalizar en la sentencia de algún juez obligado a realizar valoraciones ético-políticas para resolver nuevos problemas jurídicos. Tal como presenta ESSER su concepción y contra lo que a primera vista pudiera parecer, esta segunda clase de principios tiende a prevalecer sobre la primera e, incluso, sobre la ley. Efectivamente, cuando la judicatura comprueba que las necesidades de la vida jurídica no se satisfacen adecuadamente mediante las leyes y los principios ya vigentes (que por el hecho mismo de estar expresamente formulados corren el peligro de esclerotizarse, impidiendo el remozamiento de las instituciones), se ve obligada a extraer otros nuevos del magma social de valores que envuelve al Derecho positivo. Se trata de una labor ardua, porque el juez ha de comprobar la coherencia del nuevo principio con el todo social valorativo; ha de formularlo, dotándolo así de su *vera efigie*; ha de fijar su alcance y jerarquía; ha de desarrollarlo y moldearlo adaptándolo a las necesidades cambiantes a través de sucesivos precedentes; etc.²¹.

Si añadimos a lo anterior que esos principios, mientras todavía sean elementos externos al ordenamiento, no vinculan jurídicamente al juez, advertiremos que ESSER los concibe como productos de la discrecionalidad judicial, es decir, como manifestaciones claras de la creación judicial de Derecho. Los principios nacerían, pues, en cuanto elementos del orden

19. *Ibid.*, p. 340. En otro lugar (p. 154) afirma que «declarar que incluso los principios no reconocidos son ya parte del sistema "existente" es un gesto supersticioso comparable al altar erigido *Deo ignoto*».

20. *Ibid.*, pp. 169-170.

21. *Ibid.*, pp. 190, 354.

jurídico, de la práctica judicial de resolución de conflictos, y a través de ella penetrarían en el Derecho²². Dicha práctica, expresada en precedentes vinculantes, sería el verdadero fundamento de la autoridad jurídica, esto es, de la vigencia de los principios del Derecho. Dicho en palabras del propio ESSER, «el precedente no es sólo el medio a través del cual se hace visible un principio hasta ahora mal comprendido. No, el principio no existiría sin el precedente»²³. Lo que aquí afirma implícita pero indudablemente es que verdadera fuente del Derecho son más bien los precedentes judiciales que los principios, puesto que al penetrar en el ineludible terreno de la valoración social y política (o sea, metajurídica) el juez no cuenta, se dice, con la asistencia de técnica alguna y queda convertido en árbitro²⁴. Se atribuye, por tanto, a los jueces cierta capacidad para crear Derecho, puesto que se deja en sus manos un amplio poder de control sobre la comunicación entre el orden jurídico y el orden social de valores ético-políticos. El propio ESSER plantea la objeción de si realmente puede considerarse a los jueces competentes para asumir esa función; porque parece claro que, al menos en el sistema europeo continental, no se reconoce a los jueces autoridad jurídica para producir Derecho nuevo. Lo que les autoriza es, en opinión de ESSER, el hecho de que legitimen su creación apoyándose en principios fundados objetivamente que ellos habrían «descubierto»²⁵. Ahora bien, sabemos que esos principios no poseen autoridad jurídica *per se*. Si tampoco los jueces la poseen, ¿cómo es entonces que el juez aplicando principios que no forman parte del Derecho positivo (puesto que está creando Derecho) pueda aparecer automáticamente investido de esa autoridad? Dicho de otro modo, ESSER afirma, por una parte, que los principios no valen *per se*, sino por haber sido incorporados en algún precedente judicial; y, sin embargo, sostiene, por otra, que los precedentes no obligan por su propia autoridad formal, sino por los principios que contienen²⁶. Este es un claro argumento circular tendente a ocultar el hecho de que se está atribuyendo a los jueces una facultad que no les compete: la de crear Derecho.

De todo lo anterior puede deducirse que si bien nuestro autor advierte la importancia de los principios en la vida jurídica, no parece capaz de

22. *Ibid.*, pp. 316, 325, 340, 342, 363, 441. Reconoce también ESSER que la doctrina contribuye a dotar de forma jurídica (que no de vida) a esos principios, extrayéndolos de la casuística judicial y estructurándolos sistemáticamente. De hecho, los principios vendrían a ser para él sistematizaciones de la casuística judicial (p. 348).

23. *Ibid.*, p. 361.

24. *Ibid.*, pp. 159-160. En otro lugar (p. 172) se afirma expresamente que los principios no son fuentes del Derecho en el sentido de verdades existentes en potencia que deben ser descubiertas o valoradas fuera de lo que ha recibido una realización institucional. Las verdaderas fuentes del Derecho serían el poder legislativo y la jurisprudencia, puesto que no se limitan a operar con materiales dotados de autoridad. Son ellos lo que acogiendo y conformando ciertos materiales les otorgan autoridad jurídica.

25. *Ibid.*, p. 12 (las comillas son de ESSER). Cfr. también p. 365. En las pp. 175-176 se declara abiertamente que los principios no son en sí mismos fuentes de Derecho. Son los elementos que convierten en fuentes, por el hecho de orientarlos, a los actos judiciales creadores de Derecho.

26. *Ibid.*, pp. 349-350.

hallarles el lugar específico que les corresponde en el sistema de fuentes del Derecho y termina así devaluándolos en alguna medida. En el fondo, sólo los considera expresión de las convicciones o de las voliciones que manifiestan los jueces en su labor de resolución de problemas jurídicos concretos. Voliciones ciertamente no arbitrarias, sino dependientes de su comprensión de los fines del ordenamiento y de las necesidades del tráfico jurídico²⁷. Si ESSER otorga, aunque sólo aparentemente, tanta importancia a los principios generales del Derecho es porque cree necesario apelar a ellos para que resulte admisible la creación judicial de Derecho bajo la apariencia de no ser tal creación, sino aplicación de ciertos elementos de indiscutible raigambre jurídica. Pero, como ya sabemos, los principios, según la opinión de ESSER, no valen por sí mismos y en consecuencia no son vinculantes para los jueces ni tienen vigor jurídico alguno mientras los propios jueces no los hayan adoptado; de manera que su uso no puede considerarse coherentemente una aplicación o hallazgo de Derecho, sino una creación o invención del mismo²⁸. En suma, ESSER concibe de un modo puramente instrumental los principios generales del Derecho. Le sirven para dar cobertura a su verdadero ideal: un Derecho de juristas, un Derecho en el que el factor decisivo no sean las reglas ni los principios, sino la voluntad de los jueces, auxiliados por la doctrina, de resolver los litigios apoyados en sus propias convicciones valorativas rectamente orientadas, y en su consciencia de los objetivos ordenadores del sistema jurídico (de sus normas e instituciones) y de las necesidades del tráfico.

En todo caso, la concepción del orden jurídico que se desprende del pensamiento de ESSER²⁹ se ajusta sin demasiadas dificultades a cierta con-

27. De ahí que descalifique (*ibid.*, p. 2) como mito basado en el platonismo que impregna la teoría jurídica la idea de que exista tras el Derecho positivo un cuerpo de principios jurídicos. En otro lugar (p. 9) afirma que los principios son «invenciones» de los jueces.

28. *Ibid.*, pp. 105-106, donde se reconoce que los jueces crean Derecho cuando aplican un principio (no lo descubren).

29. La interpretación que hemos presentado hasta ahora de la concepción de ESSER sobre los principios se basa en su obra principal sobre el tema: *Principio y norma...*, op. cit. Es necesario recordar, sin embargo, que el pensamiento de nuestro autor se reformula en obras posteriores en sintonía con la hermenéutica existencial. Concretamente, en su libro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum V., 1970, se manifiesta claramente la nueva actitud. Cabe preguntarse si en esta obra aparece alterada la concepción sobre los principios jurídicos correspondiente a su libro principal y que hemos sintetizado en el texto. En realidad, la obra por la que ahora nos preguntamos no se dedica al tema específico de los principios jurídicos, aunque su autor alude a ellos lo bastante frecuentemente como para poner en evidencia que su pensamiento de fondo no ha variado sustancialmente en el punto que nos interesa. Ciertamente, algunas de sus ideas se presentan más matizadas. En ocasiones parece insinuar, por ejemplo, que los jueces al introducir principios o valoraciones se mantienen dentro del sentido del Derecho y por lo tanto no lo estarían creando, sino aplicando. Cfr., por ejemplo, pp. 191 y 212. Sin embargo, junto a concesiones de ese tipo pueden encontrarse también afirmaciones que reproducen la concepción expuesta en *Principio y norma...* Así, por ejemplo, aunque admite que el Derecho se apoya en el orden social de valores, insiste en que sólo sobre la base del orden de valores no se pueden adoptar decisiones jurídicas positivas (p. 166). Afirma también que cuando los jueces se apoyan en principios prepositivos y especialmente morales lo que están haciendo es salir fuera del Derecho positivo para perfeccionarlo (pp. 183-184). En definitiva, parece seguir apoyando la autoridad de los principios en las competencias que corresponden a los jueces (p. 188).

cepción positivista³⁰. Según esa concepción, que, como digo, sería común a nuestro autor y a una cierta versión del positivismo jurídico, el Derecho estaría integrado por un conjunto de normas y principios positivos perfectamente identificables. Como no podrían ofrecer respuesta adecuada para todos los casos, sería necesario hacer uso de otras instancias normativas, básicamente la moral social, cuyos elementos, sin embargo, no serían jurídicamente vinculantes ni formarían parte del Derecho de no mediar un acto formal de adopción por parte de los jueces al plasmarlos en sus sentencias. Quedaría así descartada toda posible conexión necesaria directa entre el Derecho y la moral, puesto que se colocan fuera del sistema jurídico los principios que, de no haber sido desterrados de la órbita del ordenamiento, probarían la existencia de un *continuum* entre el Derecho y esas otras esferas normativas de la vida social.

Podemos, en fin, afirmar que si bien la tesis de ESSER sobre los principios supuso una dura crítica al positivismo legalista, corriente que negaba la existencia de lagunas en el Derecho considerándolo completo en sí mismo y excluía, congruentemente con lo anterior, la discrecionalidad judicial, es perfectamente conciliable con la concepción de H. HART, principal representante de una versión más refinada del positivismo jurídico a la que aludimos más atrás. HART, siguiendo la tradición del positivismo jurídico anglosajón, ya clara en la obra de J. AUSTIN, que en esto se aparta del positivismo legalista continental, no tiene inconveniente alguno en reconocer la discrecionalidad o capacidad de crear Derecho de que gozan los jueces cuando el conjunto de las normas jurídicas válidas no ofrece una respuesta clara para el caso ante ellos planteado. Esto último ocurriría, en su opinión, con bastante frecuencia, debido a que las reglas, por su generalidad, adolecen de una consustancial indeterminación o «textura abierta», en tanto que son incapaces de prever una respuesta particularizada para cada uno de los infinitos casos problemáticos que la vida real futura se encarga de urdir. Cuando el juez se enfrenta a uno de tales casos dudosos en los que el Derecho positivo calla, o al menos balbucea, ha de traspasar las fronteras de lo jurídico y crear Derecho para el caso. No significa eso que goce automáticamente de una soberana prerrogativa de elección y pueda, prescindiendo incluso de la «fuerza gravitacional» del Derecho, resolver la cuestión según sus preferencias personales o al azar. Tendrá que hacer uso de valores, convicciones e intereses sociales, propósitos u objetivos políticos, principios de moralidad y justicia o cualesquiera otros elementos que pudieran considerarse «buenas razones» para una decisión. En cualquier caso, todas esas pautas, que encajarían perfectamente en lo que HART denomina «fuentes jurídicas permisivas», no vincularían jurídica-

30. Ya F. DE CASTRO, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, op. cit., p. 255, considera la concepción de ESSER como una vuelta al positivismo, calificándola de «positivismo judicialista» (p. 240) y de «neopositivismo jurisprudencialista» (p. 255). Y ello porque excluye del Derecho a la moral y al Derecho natural, dimensiones normativas cuya aplicación no considera obligatoria sino discrecional para los jueces.

mente al juez a decidir conforme a ellas; entre otras cosas porque no podrían eximirle de hacer uso de su discrecionalidad, puesto que se vería obligado a elegir, según su criterio de lo que es mejor, entre las numerosas pautas, a veces contradictorias, hipotéticamente aplicables³¹. No es necesario insistir en la compatibilidad, salvando todas las distancias, de esta actitud doctrinal con la de ESSER antes sintetizada. Por esa razón muchas de las críticas que dirige DWORKIN contra la doctrina de HART son, en gran medida, aplicables a la de ESSER.

La principal crítica de DWORKIN contra las tesis del positivismo hartiano es la que se enfrenta al reconocimiento de la discrecionalidad judicial. Es decir, se enfrenta a la creencia de que los jueces, para decidir los llamados «casos difíciles», los casos no previstos por el Derecho, gozan, a semejanza de los legisladores, de una cierta discrecionalidad o competencia para crear Derecho. DWORKIN, en una de sus distinciones más afortunadas, diferencia dos tipos de discrecionalidad o dos sentidos en que esta expresión puede usarse. A veces se hablaría de discrecionalidad en un sentido débil o impropio, expresando la idea de que las normas que alguien debe emplear no pueden aplicarse de forma mecánica o automática, sino que le obligan a hacer uso, en mayor o menor medida, de sus propias facultades de apreciación o discernimiento. Sería el tipo de discrecionalidad que tendría un sargento, por poner el mismo ejemplo de DWORKIN, al que cierto teniente le hubiera ordenado formar una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. No gozaría de libertad de elección, porque estaría obligado a seleccionar a quienes en mayor grado poseyeran la cualidad mencionada. Pero presumiblemente no siempre será fácil descubrir quiénes son los cinco soldados más experimentados, de manera que si el sargento quiere cumplir escrupulosamente la orden tendrá que hacer uso de su juicio y reflexionar sobre qué implica tener experiencia en el oficio de las armas, extrayendo de esa reflexión los criterios dignos de tenerse en cuenta para poder determinar que unos soldados tienen más experiencia que otros. En este sentido débil o impropio, nadie puede dudar de que los jueces gozan de una amplia discrecionalidad a la hora de aplicar el Derecho. Lo que DWORKIN niega es que gocen de discrecionalidad en sentido fuerte o estricto. Gozaría de tal discrecionalidad, que es la auténtica, quien no está vinculado por pauta alguna a la hora de adoptar una decisión. Retomando el ejemplo anterior, el sargento tendría discrecionalidad si se le hubiera ordenado simplemente que seleccionara un puñado de hombres para formar una patrulla. En tal caso, sería libre para decidir los criterios que habrían de guiar su elección. En el ámbito del Derecho, los jueces gozarían de discrecionalidad fuerte o auténtica si ante un determinado con-

31. Cfr. H. L. A. HART, «Problems of the Philosophy of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 106-107; «Introduction» a los *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., p. 7. Sobre las «fuentes jurídicas permisivas» cfr. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 246-247 (hay trad. de G. R. CARRIO, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 312).

flicto jurídico no previsto por el Derecho explícitamente formulado pudieran adoptar decisiones que, aunque no fueran completamente arbitrarias y caprichosas, sino sensatas y justificadas de algún modo, no dependieran de pautas jurídicamente obligatorias³².

Como hemos anticipado, DWORKIN niega rotundamente que los jueces dispongan de esa discrecionalidad fuerte, lo cual es tanto como negar que tengan competencia para crear Derecho *ex novo*. Las principales razones que esgrime son las siguientes: cada vez que un juez decidiera un caso discrecionalmente legislaría *ex post facto*, es decir, de forma retroactiva, conculcando el derecho de los litigantes a que se les aplique el Derecho existente (el mismo que se aplica a los otros ciudadanos) y no uno improvisado o creado *ad hoc*. En efecto, cuando un juez decide discrecionalmente, «la parte perdedora resultaría castigada no por haber incumplido algún deber que ya tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho»³³, lo cual parece injusto. Por otra parte, decidiendo discrecionalmente, los jueces estarían invadiendo la prerrogativa de crear Derecho, prerrogativa o función que en una sociedad democrática debe quedar reservada para los hombres y mujeres elegidos a esos efectos por la mayoría de la población y responsables ante ella; es decir, para los legisladores y no para los jueces. Finalmente, si se examina el lenguaje de los jueces se advertirá que siempre presentan sus decisiones en los casos difíciles como emanadas del Derecho convenientemente escudriñado y no como invenciones de su ingenio salomónico ni, mucho menos, como productos de su libre arbitrio o deseos y preferencias subjetivas. Podrá argüirse que tal lenguaje tiene mucho de mera retórica³⁴, pero lo que se descalifica aquí como mera retórica es en realidad la expresión de una idea sin la cual los procesos judiciales y, en general, la vida jurídica difícilmente podrían justificarse ante los ojos de los ciudadanos: la idea, exigida por la propia naturaleza de lo jurídico, de que existe una auténtica obligación de los jueces de fundar siempre sus decisiones en el Derecho, aunque muchas veces ello no sea posible sin hacer uso de lo que antes denominamos discrecionalidad débil o impropia.

La negativa de DWORKIN a reconocer a los jueces discrecionalidad fuerte o auténtica sería vana si ante el caso difícil el Derecho realmente enmudeciera por completo; porque dado que el juez está obligado a resolverlo a pesar de todo en la mayor parte de los órdenes jurídicos vigentes, no tendría otro remedio que proceder discrecionalmente, por muy injusto, antidemocrático y hasta antijurídico que ello fuera. Pero ocurre que el Derecho nunca deja de ser elocuente cuando se plantean conflictos jurídicos aunque sean difíciles. En estos últimos casos, simplemente cambia de tono y donde las reglas jurídicas no alcanzan operan, según DWORKIN, otras voces más sutiles: las de los principios.

32. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 84 y ss.

33. *Ibid.*, p. 150.

34. Cfr. H. L. A. HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en «Sistema», vol. 36, 1980, p. 10.

Pocos dudan de la presencia de multitud de principios subyacentes a las normas e instituciones de cualquier orden jurídico. Como dice DWOR- KIN, los profesores de Derecho los enseñan, los textos jurídicos los citan, los historiadores del Derecho los celebran y los jueces hacen uso de ellos, entre otras cosas, para resolver los casos difíciles³⁵. Ciertamente, si, como ha quedado afirmado, los jueces carecen de discrecionalidad fuerte o auténtica, los casos difíciles, los casos no previstos explícitamente por el ordenamiento sólo podrán resolverse conforme a Derecho a partir de los principios jurídicos, principios que en consecuencia no constituirán pautas que el juez sea libre de aplicar o no aplicar, sino pautas jurídicamente obligatorias. DWOR- KIN se esfuerza en recalcar esta tesis aportando argumentos adicionales que, a decir verdad, a veces parecen más ingeniosos que convincentes. Comienza afirmando que en la naturaleza de los principios no hay nada que los incapacite para obligar a los jueces³⁶. La existencia de esa obligación se constata al evidenciar que los litigantes creen, con razón, tener derecho a que los principios jurídicos vigentes se apliquen a sus casos en cuanto son elementos constitutivos del orden jurídico, de modo que si el juez no los aplica a pesar de su pertinencia, los litigantes y sus abogados le criticarán por haber cometido un error. Más adelante sostiene DWOR- KIN que si no se reconociera la obligatoriedad de los principios tampoco podrían considerarse obligatorias las normas. En efecto, la experiencia enseña que, en ocasiones, los jueces rehusan aplicar ciertas reglas sustituyéndolas por determinados principios. También ocurre frecuentemente que los jueces, sin llegar a anularlas, alteran ciertas reglas al interpretarlas a partir de un proceso argumentativo basado en principios. De estos hechos cabe ofrecer dos interpretaciones distintas: o bien se considera que los principios son obligatorios y determinan cuándo pueden los jueces anular o alterar una regla de Derecho vigente, o bien se interpreta que los principios no son obligatorios; de modo que si a pesar de todo prevalecen sobre las reglas anulándolas o alterando su interpretación, será porque las reglas tampoco obligan jurídicamente a los jueces. Naturalmente, la segunda interpretación es inadmisibles; luego, si se quiere evitar, habrá de reconocerse carácter jurídicamente vinculante a los principios.

También se ocupa nuestro autor de refutar algunas posibles objeciones que pudieran lanzarse contra esa tesis. Podría argumentarse, por ejemplo, y de hecho se ha argumentado frecuentemente, que los principios no pueden considerarse estrictamente obligatorios porque no proporcionan por sí solos un resultado único a cada litigio y porque su autoridad y peso es discutible. Es cierto que los principios por su propia naturaleza, replica DWOR- KIN, no operan de igual modo que las normas: no imponen de manera casi mecánica un cierto resultado siempre que concurren determinadas circunstancias, sino que se limitan a orientar la decisión en algún sen-

35. Cfr. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 80.

36. *Ibid.*, pp. 88 y ss.

tido, «aunque no en forma concluyente». Eso obligará al juez a sopesar y evaluar los diversos principios aplicables a cada caso y, en general, a ejercer ampliamente su propio discernimiento, lo cual no significa, como ya explicamos antes, que sea libre para decidir a voluntad: está obligado a seguir la línea trazada por los principios pertinentes debidamente confrontados y sopesados. Obligación que no puede considerarse disuelta por el mero hecho de que algún otro juez, tras realizar las mismas operaciones, pudiera acceder a decisiones distintas.

Una vez sentado que los jueces carecen de verdadera discrecionalidad y que los principios jurídicos les vinculan, resta determinar cuáles son en concreto tales principios. Es el problema de los criterios de pertenencia de los principios al Derecho, tema central de este trabajo. DWORKIN viene a sostener que la vigencia de los principios no se basa ni en la ley ni en los precedentes judiciales, «sino en un cierto sentido de conveniencia u oportunidad que se desarrolla con el tiempo»³⁷. De forma más explícita, afirma en otro lugar que los principios se consideran observables porque contienen «una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»³⁸. ¿Quiere esto decir que cualquier principio moral valdría automáticamente como Derecho? La respuesta afirmativa supondría, como es obvio, una completa fusión entre Derecho y moral; pero no es esa la tesis de DWORKIN. El añade otro requisito que modifica las cosas notablemente: ningún principio, por muy alto que sea su valor moral, puede considerarse vigente en un determinado orden jurídico si no es coherente con dicho orden jurídico. Para poder afirmar que un principio determinado forma parte de un cierto orden jurídico será necesario hallarle, en palabras de DWORKIN, algún «apoyo institucional» o, lo que es lo mismo, habría que hallar sentencias judiciales en que el principio hubiera sido citado, leyes que lo ejemplificaran, etc. Cuanto más grande fuera su presencia o apoyo institucional, «tanto más peso podríamos reclamar para el principio»³⁹. En otro lugar expresa nuestro autor más claramente su tesis proponiendo lo que, a su juicio, sería el modelo o manera ideal para la determinación de los principios provistos de verdadero vigor jurídico. Se requeriría previamente proceder a la identificación de todo el entramado de instituciones jurídicas y normas válidas del Derecho de que se trate. Logrado lo anterior, habría que preguntarse qué sistema de principios y en qué orden de preferencia sería necesario traer a colación para explicar y justificar del mejor modo posible

37. *Ibid.*, pp. 94-95.

38. *Ibid.*, p. 72. Todavía en *Law's Empire*, Cambridge (Mas.)-London, Harvard Univ. Press, 1986 (citamos por la trad. de C. FERRARI, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 93) afirma que «los principios pueden ser parte del Derecho... sólo porque son atractivos desde el punto de vista moral».

39. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 95. En otros lugares de su obra, DWORKIN parece hacer depender el peso relativo del principio no tanto de su mayor o menor coherencia con las prácticas jurídicas existentes, sino de su mayor o menor capacidad para justificarlas, presentándolas «en su mejor luz» (o lo que sería casi equivalente, lo hace depender de su jerarquía en el esquema de principios capaz de ofrecer esa justificación).

la existencia de todo ese material de Derecho positivo antes identificado. Cada uno de los elementos pertenecientes a dicha estructura de principios podría considerarse indudablemente un principio vigente del Derecho⁴⁰. DWORKIN reconoce que llevar a cabo satisfactoriamente este procedimiento de identificación de principios exigiría de los jueces un esfuerzo y una capacidad verdaderamente sobrehumanos, hercúleos, que difícilmente poseerán de hecho. Pero este inconveniente no debe inducirnos a excluir dicho procedimiento. Nada impide que constituya una especie de idea regulativa. Algo difícilmente alcanzable pero capaz de justificar la práctica real de los jueces que se oriente hacia ella.

Conviene ahora profundizar en el tipo de justificación que los principios deben ofrecer del resto del material jurídico-positivo para que puedan considerarse principios vigentes del Derecho. Según la opinión de DWORKIN, no podría ser, por ejemplo, una justificación o explicación de tipo histórico o sociológico que respondiera a la pregunta por los motivos o intereses sanos o malsanos de quienes lo crearon, sino que habría de ser una justificación o fundamentación de tipo moral, capaz de mostrar el material jurídico positivo como una construcción coherente basada en «las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad»⁴¹. Parece lógico, en efecto, que haya de ser una justificación moral, porque todo orden jurídico constituye en esencia un entramado de derechos y deberes de los miembros de una comunidad política y algo así sólo puede justificarse mediante razones de carácter moral⁴². De hecho, el orden jurídico no es un sistema normativo completamente autónomo, sino un subsistema del político-moral que le da sentido.

En definitiva, DWORKIN combina dos criterios distintos para determinar la vigencia de los principios: el criterio de la coherencia, según el cual no podrían considerarse principios jurídicos aquellos que no sobrepasaran ni siquiera el umbral mínimo de adecuación al Derecho explícitamente formulado, y el criterio, complementario del anterior, de la justificación, según el cual sólo serían principios jurídicos aquellos que además de adecuarse al Derecho explícito fueran capaces de «presentarlo en su mejor luz», es decir, de ofrecerle el enfoque moral más esclarecido o convincente. Puede pensarse que el primero de estos criterios se asemeja al propuesto por el positivismo legalista, aunque el positivismo legalista no exigía sólo cierta adecuación entre cada principio y el Derecho explícitamente formulado, sino que cada principio pudiera inferirse inductivamente del

40. *Ibid.*, p. 128: «Un principio es un principio de Derecho si figura en la teoría del Derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión».

41. *Ibid.*, p. 129.

42. En opinión de DWORKIN, los derechos, sean del tipo que sean, son siempre «criaturas de la moralidad». Cfr. «A Reply by Ronald Dworkin», en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, p. 256.

Derecho explícito. Naturalmente, la coincidencia queda definitivamente disuelta cuando se añade el segundo criterio, por cuya virtud la identificación de los principios vigentes y su «peso» o autoridad respectiva depende de argumentos morales. Remite, en fin, a otra esfera normativa, la de la moral, que queda así conectada estrechamente con la del Derecho. Es más, DWORKIN afirma expresamente que «todos los principios de moralidad política que tienen vigencia en la comunidad en cuestión, por lo menos son principios jurídicos»⁴³. Y, a la inversa, añade que todos los principios jurídicos «son siempre principios morales por su forma»⁴⁴, lo cual no significa que sean siempre buenos o correctos, sino simplemente que sirven de base para decidir quién tiene derechos y quién tiene deberes. Como se ve, los principios funcionarían en el pensamiento de DWORKIN como portillos libremente abiertos en las murallas tan trabajosamente levantadas por el positivismo jurídico entre la moral y el Derecho. Aún más: puede afirmarse que, en último término, en el pensamiento de DWORKIN el Derecho viene a disolverse casi completamente en la moral social y política, en cuanto los principios, que como sabemos vienen a condensar la moralidad apta para justificar la práctica jurídica (la moral en la que se inspira la historia institucional: la moralidad política), se configuran como las auténticas fuentes del Derecho. Literalmente afirma nuestro autor en su última obra que «las proposiciones de Derecho son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad»⁴⁵. O en otro lugar, que «nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas»⁴⁶. Según se desprende de estas afirmaciones, de claro sabor iusnaturalista, parece que DWORKIN acaba considerando que una norma es válida si y sólo si se ajusta a la moralidad que inspira la vida jurídica. Naturalmente, el Derecho queda así configurado como algo que nada se parece a un sistema cerrado de reglas y que difiere también de un sistema de reglas abierto a la penetración de principios que las complementen. «No hay nada a lo que se pueda llamar "el Derecho" en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica»⁴⁷, dice textualmente el propio DWORKIN. Es, en definitiva, la moralidad política lo que en última instancia determina qué derechos y deberes tienen los ciudadanos. Se

43. Cfr. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 470. En la p. 468 había sostenido que «el problema de si un determinado principio cuenta (en la decisión de lo que es el Derecho)... incluye un juicio sobre la bondad del principio en la moralidad política».

44. *Ibid.*, p. 469.

45. Cfr. R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 164.

46. *Ibid.*, pp. 177-178.

47. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 470. En *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 289-290, se afirma que el Derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios porque es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Una actitud que otorga a cada ciudadano la responsabilidad de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad y qué requieren en circunstancias nuevas.

lograría así, según cree nuestro autor, el objetivo de progresar hacia un futuro mejor sin dejar de respetar el pasado.

Así como afirmamos que el tratamiento que daba ESSER a los principios implicaba una cierta devaluación de los mismos, puede, por el contrario, sostenerse que DWORKIN les otorga una estimación tan alta que prácticamente acaba viendo en ellos el verdadero Derecho. Este extremo tampoco nos parece satisfactorio, entre otras cosas porque olvida que los principios, por muy importante que sea su función en la vida del Derecho, son siempre elementos que operan en los intersticios que deja abiertos inevitablemente la insuficiencia connatural a las reglas jurídicas y su necesidad de interpretación. Algo que opera sólo intersticialmente, algo en gran medida dependiente de otros elementos jurídicos, no puede constituir el criterio básico de determinación del Derecho. Así lo pone en evidencia la práctica jurídica real, en la cual la referencia primera de jueces, abogados y ciudadanos son siempre las reglas válidas. Sólo cuando su interpretación suscita dudas o cuando se constata su insuficiencia para resolver ciertos problemas se hace preciso volver la vista hacia los principios. Este modo de operar resulta mejor descrito mediante el modelo, expresamente rechazado por DWORKIN, del sistema de reglas y principios. Modelo que, por lo demás, no es menos atractivo desde el punto de vista de «lo que debería ser» que el algo solipsista adoptado por aquél; porque, entre otras cosas, permite alcanzar amplios grados de acuerdo en la comprensión de lo que exige el Derecho en cada caso, puesto que al menos sobre las reglas no hay gran dificultad en determinar cuáles son válidas. Esta amplia posibilidad de acuerdo es, sin duda, un bien valioso. Sin ella difícilmente podría aspirarse a uno de los valores jurídicos básicos: el de la seguridad. Por su parte, el modelo propuesto por DWORKIN, en el que probablemente cada sujeto y también cada juez llegaría en muchos casos a resultados distintos a la hora de identificar las exigencias del Derecho, convierte al orden jurídico en un laberinto de desencuentros⁴⁸.

Por lo demás, si se reconduce el papel de los principios a sus justos cauces, creemos que la doctrina de DWORKIN es, en general, acertada. Acierta al negar la discrecionalidad judicial en sentido estricto⁴⁹; acierta al insistir en el carácter jurídicamente vinculante de los principios, y acierta al ofrecer un método plausible para identificar los principios vigentes. Un método que sin prescindir ilusamente de la realidad positiva del Derecho

48. Cfr. G. POSTEMA, «"Protestant" Interpretation and Social Practices», en *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, p. 301, que considera la propuesta de DWORKIN, calificada por su mismo autor de «protestante», porque permite la libre búsqueda individual de la verdad jurídica, como insuficientemente intersubjetiva o interactiva y por eso insuficientemente política.

49. Como bien apunta F. DE CASTRO, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, op. cit., p. 251, la idea de la discrecionalidad judicial en sentido estricto ha repugnado a la conciencia jurídica ya incluso en épocas en las que los jueces gozaban de más amplios márgenes de libertad de acción que en la nuestra. Así, por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política de corregidores*, cap. X, libro II, esp. par. 9 ss. y 18, tacha de inicuos, perjuros y tiranos a los jueces que no juzgan por las leyes sino por su albedrío.

pone en contacto al orden jurídico con la moral social y política. Se pone así de manifiesto la comunicación existente entre ambos órdenes normativos. Una comunicación que ha de considerarse no contingente sino necesaria, pues viene exigida por la propia naturaleza de los principios, en cuanto procedentes de aquella zona situada más allá del Derecho positivo explícito en la que se encuentran sus propósitos y sentido; sentido y propósitos que, inevitablemente, participarán de los valores, convicciones y objetivos de la vida social o sistema social del que el Derecho es un subsistema. En suma, los principios jurídicos, aunque plasmados en las normas e instituciones jurídico-positivas y coherentes con ellas, tienen su raíz (y su desarrollo) en el ámbito de las valoraciones ético-políticas; es decir, son partículas del ambiente moral de cada sociedad. Por esa razón, cuando el operador jurídico hace uso de ellos, el Derecho se «autointegra» y se «heterointegra» al mismo tiempo. Se autointegra porque aplica elementos implícitos en el Derecho positivo, y se heterointegra porque la correcta aplicación de tales elementos presentes en germen en el Derecho no sería posible sin indagar su auténtico sentido, cosa que exige reconstruir el conjunto del que forman parte: el conjunto de valoraciones ético-políticas imperantes en la sociedad de que se trate.