

## PRINCIPIOS DE DERECHO Y DISCRETIONALIDAD JUDICIAL

I.	La identificación de los principios . . . . .	132
II.	Interpretación de las disposiciones que expresan principios . . . . .	135
III.	Concretización de los principios . . . . .	136
IV.	La construcción de los principios no expresos . . . .	137
V.	La ponderación de los principios constitucionales .	142
VI.	La interpretación orientada a principios . . . . .	147
VII.	Los principios constitucionales supremos . . . . .	150

## PRINCIPIOS DE DERECHO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL\*

En las páginas que siguen me propongo examinar de forma sumaria los puntos de intersección entre principios de derecho y discrecionalidad judicial.

A mi modo de ver, tales puntos de intersección son al menos siete:

1. La identificación de los (de algunos) principios: aquéllos que no son expresamente precalificados como tales por la misma autoridad normativa que los ha formulado.
2. La interpretación de las disposiciones que se supone expresan principios.
3. La “concretización” de los principios, es decir, su aplicación a casos concretos.
4. La construcción de los (de algunos) principios: los no expresos.
5. La ponderación de los principios, especialmente de los principios constitucionales.
6. La interpretación (no de los principios mismos, sino) de las disposiciones normativas que giran en torno a ellos.
7. La elaboración, por parte de la jurisprudencia constitucional, de la categoría de los principios supremos absolutamente inmodificables, así como la identificación de los principios supremos mismos.

\* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado del Tribunal Supremo, España.

## I. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Algunos principios se encuentran no sólo expresamente formulados sino también expresamente identificados como tales por las mismas autoridades normativas.<sup>1</sup>

Es el caso, por proponer un ejemplo, de los artículos 1o.-12 de la Constitución italiana (CI), que el propio constituyente quiso calificar como “principios fundamentales”; es el caso de la Ley 382/1978, “normas de principio sobre la disciplina militar”; como también de la Ley 335/1979, “principios fundamentales y normas de coordinación en materia de presupuesto y de contabilidad de las Regiones”, y, asimismo, el del artículo 1o. de la Ley 833/1978 (“instituciones del servicio sanitario nacional”), que contiene la rúbrica “los principios”, o el del artículo 22 de la Ley 93/1983 (“Ley cuadro sobre el empleo público”), que incluye la rúbrica “principios en tema de responsabilidad, procedimientos, y sanciones disciplinarias”, etcétera.

Otros principios, en cambio, son tales en virtud no de una expresa calificación de la autoridad normativa, sino de una valoración del intérprete.<sup>2</sup> En el sentido de que los intérpretes —y, en particular, los jueces— identifican como principios ciertas disposiciones normativas, precisamente en el momento de la interpretación, en ausencia de cualquier determinación expresa del legislador en tal sentido.<sup>3</sup>

Un sólo ejemplo entre mil: una decisión reciente de la Corte Constitucional italiana<sup>4</sup> atribuye el *status* de “principio fundamental”, vinculante para la legislación regional (a los efectos del artículo 117, I, CI), al artículo 3o. bis del decreto-ley 361/1987 (introducido mediante la Ley de conversión 441/1987), que dispone lo siguiente: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas plantas de tratamiento y almacenamiento de residuos conforme al resulta-

1 Italia, V, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milán, 1970.

2 Cfr. Guastini, R., “Principi di diritto”, *Digesto delle discipline civilistiche*, Turín, 1996, vol. XIV.

3 Por lo demás, no está excluido que los intérpretes realicen también la operación opuesta, es decir, que nieguen el *status* de principio a una disposición que el legislador ha calificado expresamente como tal.

4 Corte Constitucional 79/1996.

do de una conferencia *ad hoc*, en la que participan los responsables de los organismos regionales competentes y los representantes de los entes locales afectados; la conferencia recaba y valora todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; si fuera necesario, la aprobación del proyecto constituye una variante del instrumento urbanístico general. La disposición mencionada —hay que decirlo— no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio que circulan en la literatura.

La operación consistente en atribuir valor de principio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionalidad, por el hecho —ciertamente obvio— de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas específicas) están altamente controvertidos en la literatura.

Estaría fuera de lugar dar cuenta exhaustiva de las diversas doctrinas,<sup>5</sup> por ello me limitaré a dos ejemplos:

1. Algunos pretenden que el rasgo que caracteriza a los principios frente a las reglas radica en su peculiar estructura lógica. Las reglas serían normas hipotéticas, que conectan precisas consecuencias jurídicas a no menos precisos (clases de) supuestos de hecho; en cambio, los principios serían normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto de hecho, o, en cualquier caso, con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado.<sup>6</sup>

2. Otros pretenden que lo que distingue a los principios no es su contenido normativo sino, sobre todo, la posición peculiar que ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). Los principios serían normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas (del ordenamiento en su conjunto o de ese particular subsector).<sup>7</sup>

5 Cfr. también Guastini, R., “Principi di diritto”, *cit.*, nota 2.

6 Cfr., por ejemplo, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996.

7 Luzzati, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, 1990.

Ahora bien, es bastante probable que quienes se adhieren a la primera doctrina atribuyan el *status* de principios a disposiciones diversas de las que serán identificadas como principios por los partidarios de la segunda.

Además, para los partidarios de la primera doctrina, la identificación de un principio es necesariamente fruto de la discrecionalidad interpretativa (como veremos, al interpretar una misma disposición puede entenderse, alternativamente, que expresa una regla jurídica o bien un principio). Para los partidarios de la segunda, la identificación de un principio exige un juicio de valor acerca de la importancia relativa de las diversas disposiciones que componen el ordenamiento. En ambos casos, la identificación de un principio en cuanto tal (me refiero siempre a disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa) comporta discrecionalidad.

Para concluir sobre este punto, conviene observar que la identificación de los principios no es —como algunos podrían verse inducidos a pensar— un problema exquisitamente teórico-general o filosófico-jurídico, carente de consecuencias prácticas. Al contrario, la identificación de los principios (como, por otra parte, resulta de cuanto he dicho antes a propósito de una decisión constitucional) es un problema de derecho positivo.

Renuncio al intento de realizar un examen completo de las normas vigentes que hacen referencia a principios, y que, por consiguiente, exigen la identificación de los principios para su aplicación. Sólo recordaré que el artículo 117, I, CI —que autoriza a las regiones (con estatuto ordinario) a emanar “normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos en las leyes del Estado”— impone la distinción entre “normas” y “principios fundamentales”.<sup>8</sup> De otra parte, el artículo 3o. de la Ley Constitucional 3/1948, “Estatuto especial

8 La misma distinción del artículo 117, I, de la Constitución está reiterada por el artículo 9o., I, de la Ley 62/1953, según la modificación del citado artículo 17 de la Ley 281/1970, que dispone que “la emanación de normas legislativas por las regiones... se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales conforme resultan de las leyes que expresamente los establecen para cada materia o como se desprenden de las leyes vigentes”.

para Cerdeña”; el artículo 2o. de la Ley Constitucional 4/1948, “Estatuto especial para el Valle de Aosta”; así como el artículo 4o. del D. P. R. 670/1972, “Texto único de las leyes constitucionales concernientes al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige”, exigen que las correspondientes leyes regionales sean conformes a los “principios del ordenamiento jurídico del Estado”. De “principios e intereses generales que informan la legislación del Estado”, como límites a la legislación regional, habla también el artículo 17 del regio decreto legislativo 455/1945, convertido en Ley Constitucional 2/1948, “Estatuto de la Región siciliana”.

## II. INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES QUE EXPRESAN PRINCIPIOS

En una diversa perspectiva, la identificación de los principios comporta discrecionalidad también por el hecho de que una misma disposición normativa puede —a menudo, aunque no siempre— ser interpretada, de modo que resulta indiferente, como una regla específica o como un principio. El punto puede ser ilustrado con un simple ejemplo.

El artículo 3o., I, CI —“todos los ciudadanos... son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”— admite dos interpretaciones.

1. En la primera interpretación<sup>9</sup> expresa una regla específica. *Grosso modo* la siguiente: si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza, etcétera (supuesto de hecho), entonces es constitucionalmente ilegítima (consecuencia jurídica).

Por un lado, una regla semejante no admite excepciones: está excluido que una ley que discrimine según el sexo, la raza, etcétera, pueda ser conforme a la Constitución.

Por otra parte, una regla semejante tiene un supuesto de hecho cerrado: está excluido que (a los efectos de esta norma) una

<sup>9</sup> Cf., por ejemplo, Corte Constitucional 28/1957.

ley pueda ser constitucionalmente ilegítima cuando discrimine por razones diversas del sexo, la raza, etcétera.

2. En la segunda interpretación (la hecha propia por la Corte Constitucional a partir de los años sesenta),<sup>10</sup> la misma disposición expresa un genérico principio de igualdad, que quizá pudiera formularse así: los casos iguales deben ser tratados de un modo igual, y los casos diversos deben ser tratados de un modo diverso.

Por un lado, este principio admite excepciones; en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente legítima aunque discrimine entre ciudadanos, por ejemplo, según el sexo (el legislador debe tratar de modo diverso situaciones objetivamente diversas).

Por otro, este principio tiene un supuesto de hecho abierto; en efecto, no está excluido que una ley pueda ser constitucionalmente ilegítima porque discrimine según criterios diversos de sexo, raza, etcétera (el legislador debe tratar de un modo igual situaciones objetivamente iguales).

Obsérvese que no sólo es obviamente discrecional la opción entre la primera y la segunda interpretación, sino —además— la elección de la segunda tiene el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación (en este caso, el juez constitucional).

### III. CONCRETIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

El artículo 12, II, disposición preliminar del Código Civil, establece: “Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se tomarán en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso continua siendo dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

Las controversias que no pueden ser decididas con una “precisa disposición”, es decir, con una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Así pues, la disposición men-

10 *Cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 15/1960.

cionada invoca los principios como instrumentos de integración del derecho en presencia de lagunas (por ejemplo, el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber experimentado inútilmente el argumento analógico).

Sin embargo, los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, “concretización”.

Pongamos un ejemplo para aclarar la cuestión. Supongamos convenir que, a pesar de las apariencias, el llamado “daño biológico” *no* constituye un daño no patrimonial a los efectos del artículo 2059 del Código Civil, y que por tanto el Código Civil no prevé disciplina alguna sobre la reparación del daño biológico. De ello puede concluirse que el Código Civil presenta una laguna. ¿Cómo colmarla? Cabe entender que la laguna deba ser colmada recurriendo al principio de tutela de la salud (artículo 32, CI).<sup>11</sup>

Pero es evidente que tal principio no es por sí suficiente para resolver alguna controversia en la materia, puesto que no dice nada acerca de la reparación del daño biológico. Se puede usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, sólo a condición de recabar de él una norma particular (implícita), idónea, ésta sí para colmar la laguna y regular el supuesto que se pretende disciplinar.

La construcción de esta norma específica constituye, precisamente, la “concretización” del principio. Pero, de otra parte, no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad.

#### IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS NO EXPRESOS

Son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación.

11 Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, 2, 54.

Por ejemplo —partiendo de que la cuestión de si una determinada disposición expresa un principio o una regla es a veces opinable— pueden considerarse principios expresos del ordenamiento italiano: el de igualdad (artículo 3o., I, CI); el de irretractividad de la ley penal (artículo 25, II, CI); el principio de *neminen laedere* (artículo 2043, Código Civil); el llamado de interpretación estricta de la ley penal (artículos 1o., Código Penal y 14, Disposición Preliminar del Código Civil); el de legalidad en la jurisdicción (artículo 101, II, CI), y otros que cabría citar.

Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición,<sup>12</sup> es decir, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino elaborados o “construidos” por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio no expreso, no se convierten en legisladores, sino que asumen que tal principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.<sup>13</sup>

Por ejemplo, son principios no expresos del ordenamiento italiano: el de tutela de la confianza, el principio dispositivo en el proceso civil, el de conservación de los documentos normativos, el de la separación de poderes, (quizá) el principio de legalidad en la administración, los llamados principios del orden público, el conocido como principio del *favor* en derecho laboral, etcétera.

Los principios no expresos son fruto no de interpretación (es decir de adscripción de sentido a específicos textos normativos), sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Se obtiene un principio de una norma singular cada vez que se formula la hipótesis de una *ratio*, es decir, un fin, como perseguido por la norma, o de un valor que la justifica. Pero también, son principios elaborados a partir de una norma singular por

12 Crisafulli, “Disposizione (e norma)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1964, XIII, p. 197.

13 Cfr. Guastini, R., “Principi di diritto”, *cit.*, nota 2.

ejemplo, el principio conocido como de razonabilidad o no arbitrariedad de la legislación (que la Corte Constitucional encuentra en el artículo 3o., I, CI), el principio de libertad de las formas negociales (que la doctrina prevalente extrae del artículo 1325 del Código Civil), etcétera.

Como extraídos de una multiplicidad de normas, pueden citarse, por ejemplo, el principio de tutela de la confianza y el principio dispositivo en el proceso civil. El primero se obtiene de las disposiciones sobre el error como causa de nulidad del contrato (artículo 1428, Código Civil), de las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto de terceros y a los acreedores (artículos 1415 y 1416, Código Civil), de las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación del poder (artículo 1396, Código Civil), etcétera. El segundo se extrae de los artículos 2907, fracción I y 2697 del Código Civil; 99 y siguientes del Código Procesal Civil; de la disciplina de la transacción (artículos 1965 y ss., Código Civil), etcétera.

Para algunos, son principios implícitos en el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ejemplo, la llamada “norma general exclusiva” (o principio de libertad: todo lo que no está expresamente prohibido está permitido), el principio de certeza del derecho, el principio de conservación de los documentos normativos.

Ahora bien, es posible sostener, como hipótesis, que en nuestra cultura jurídica se hace uso de, al menos, tres diversas técnicas de construcción de principios.

1. Una primera técnica de construcción consiste en la “inducción” de normas generales —mediante abstracción, generalización, o universalización, según se quiera denominar— a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Es el mismo procedimiento intelectual mediante el cual, en particular en la cultura jurídica del *Common Law*, de una decisión individual y concreta se recaba una norma general y abstracta (*la ratio decidendi*). Por ejemplo, de la decisión que condena a un cervecero escocés a indemnizar a un cliente que ha encontrado en la cerveza restos de un caracol descompuesto, es posible remontarse indistintamente a la norma conforme a la cual los productores escoceses de cerveza en botellas opacas tienen la obligación de operar con la diligencia necesaria para evitar que los caracoles muertos puedan acabar en el

Pongamos que la norma particular, N, que se toma como punto de partida, conecta la consecuencia jurídica, Z, a un supuesto de hecho complejo, F, que se realiza cuando se presentan conjuntamente las circunstancias A, B y C. La estructura de la norma N será por tanto: “Si A y B y C, entonces Z”. Ahora bien, la construcción del principio consiste en esto: en primer lugar, se distinguen dentro de los elementos (A, B y C) que caracterizan al supuesto de hecho F, los componentes esenciales de los accidentales;<sup>15</sup> en segundo lugar, se construye un supuesto de hecho F1 que no comprende los componentes accidentales (y que por esto mismo es más general que F); en tercer lugar, se formula el principio que conecta la misma consecuencia jurídica Z al supuesto de hecho F1. El paso clave de esta operación es, naturalmente, el primero: la distinción —completamente discrecional— entre los componentes accidentales, de los que se hará abstracción, y los componentes esenciales, que entrarán, en cambio, a componer el supuesto de hecho del principio. El principio, obtenido por universalización, tendrá un contenido diverso según que, al construirlo, se haga abstracción sólo del componente A (“si B y C, entonces Z”), o bien sólo de B (“si A y C, entonces Z”), o sólo de C (“si A y B, entonces Z”), o de A y B (“si C, entonces Z”), o de A y C (“si B, entonces Z”), o, en fin, de B y C (“si A, entonces Z”).

2. Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones —a los fines, las intenciones,

producto; a la norma que impone a los productores de cualesquiera alimentos y bebidas la obligación de usar la diligencia necesaria para evitar que cualquier sustancia nociva pueda acabar en el producto; etcétera. Es claro que la primera norma no tendría aplicación en el caso de que el cervecero implicado fuese galés; la segunda no sería aplicable al supuesto de que la cerveza hubiera sido contaminada con restos de lagarto y así sucesivamente. El ejemplo fue tomado de Twining, W. y Miers, D., *How to do Things with Rules*, 2a. ed., Londres, 1982.

15 Esto, a su vez, supone la previa identificación de la *ratio* de la norma; considerar esencial un componente del supuesto de hecho, por ejemplo, el componente A, no es cosa diversa de suponer que A sea la razón (o una de las razones) que han inducido al legislador a conectar al supuesto de hecho en cuestión precisamente la consecuencia Z y no otra. Cfr. Bobbio, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Turín, 1938; Lazzaro, G., *Argomenti dei giudici*, Turín, 1970.

los valores— del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas).<sup>16</sup>

Tales conjeturas en torno a las razones del legislador son obviamente discrecionales. Es raro que una norma responda a un fin unívoco y bien definido. Todo resultado que una norma (si es observada y/o aplicada) puede producir es susceptible de ser asumido como razón de ser de tal norma. Si una cierta norma es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener tanto que la *ratio* de la norma es la realización de R1 como que es la realización de R2.<sup>17</sup>

3. Una tercera técnica de construcción consiste, por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio (previamente reconocido como tal); y, por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio.<sup>18</sup>

En fin, debe tenerse en cuenta, ante todo, que no todas las normas que son condiciones necesarias de actuación de un principio pueden considerarse válidas por esto sólo; y, además, que

16 La distinción entre esta técnica de construcción y la precedente no es neta, desde el momento en que ambas exigen una conjetura en torno a la *ratio* de una o más normas.

17 Por ejemplo, la norma (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (artículo 89, 1, CI) puede ser reconducida indiferentemente al menos a dos fines distintos: poner al jefe del Estado a salvo de toda responsabilidad política, o bien garantizar un control gubernamental sobre los actos del presidente. La norma (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (artículo 109, CI) puede ser justificado: con el (más general) principio de igualdad frente a la ley (artículo 30., 1, CI); con el fin de perseguir todos los delitos, al margen de cualquier consideración de utilidad; o con el fin de garantizar la neutralidad política del Ministerio Público. El artículo 11, 1, Disposición Preliminar del Código Civil (que expresa a su vez un principio: el de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido a cualquiera de tres fines diferentes: garantizar la estabilidad de las relaciones agotadas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos y garantizar a cada uno la previsión de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Una norma que establece un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indiferentemente a aumentar los ingresos del Estado, o a desincentivar las actividades productivas de renta. Y, así, otros muchos ejemplos que cabría traer a colación.

18 Un ejemplo se encuentra en la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de las partes en el proceso: la *par conditio* de las partes, considerada como un principio sin el cual no tendría plena actuación el derecho de defensa, del artículo 24, 2, CI. Cfr. Pizzorusso, A., “Le principe de galité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne”, *Etudes et documents du Conseil d’État*, núm. 48, p. 459.

las normas en cuestión, aun cuando sean válidas, no necesariamente constituyen principios.

## V. LA PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1.

Ahora bien, los conflictos entre principios —ejemplo paradigmático: los conflictos entre principios constitucionales (sobre los que se centra lo que sigue)—presentan generalmente (no siempre y, por tanto, no necesariamente) tres características que merecen ser reseñadas.

1. En primer lugar, los conflictos entre principios —en particular, entre principios constitucionales— son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.

2. En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias “en concreto”. Este punto requiere alguna explicación.

Se da una antinomia “en abstracto” (o necesaria) cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos, es decir a clases de supuestos de hecho (concretos), que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. De suerte que la antinomia puede ser identificada ya en el plano de la interpretación textual, “en abstracto”, es decir, sin que sea necesario representarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida “en abstracto”, con independencia de cualquier supuesto concreto, desde el momento en que la cla-

se de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

Por el contrario, se da una antinomia “en concreto” (o contingente) cuando —en el momento de la aplicación— dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente para los que el derecho prevé consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada sólo en sede de aplicación de las normas al caso concreto (al que, precisamente, se dé la circunstancia de que ambas sean aplicables). Imaginemos que una primera norma disponga: “Los ciudadanos deben pagar los impuestos”, y una segunda norma disponga: “Los desempleados no deben pagar ningún impuesto”. Los supuestos de hecho abstractos a que las dos normas se refieren —respectivamente, “ciudadanos” y “desempleados”— carecen de relación desde el punto de vista conceptual, pues que existan o no de hecho ciudadanos sin empleo es algo contingente. Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presenta hasta el momento en que se trata de decidir si la obligación tributaria grava —supongamos— a ciudadanos empleados o a extranjeros y apátridas desempleados. Pero, cada vez que esté en discusión la obligación tributaria de un ciudadano desempleado, comparece una antinomia. Esto sucede por la simple razón de que, aun siendo diversos los dos supuestos de hecho abstractos, existen supuestos de hecho concretos que entran dentro del campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos sin empleo pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de los desempleados. En cambio, de hecho, no se presentaría ninguna antinomia si la clase de los desempleados estuviera vacía, es decir, si no existieran ciudadanos en situación de desempleo. Por tanto, puede decirse, las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo.

3. En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual, o, según la terminología de A. Ross, “parcial-parcial”.<sup>19</sup> También en este caso parece oportuno hacer alguna precisión.

A veces, dos normas, N1 y N2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de manera que cada supuesto de hecho concreto que entre en el campo de aplicación de N1 entrará también en el campo de aplicación de N2. Este tipo de antinomia se llama absoluta (o “total-total”). Si, por ejemplo, una norma califica de lícito y otra califica de ilícito el divorcio, la antinomia será del tipo absoluto.

Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las dos normas, N1, está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra, N2, de manera que habrá supuestos de hecho que entran sólo en el campo de aplicación de N2, y supuestos de hecho que entran también en el campo de aplicación de N1; el conflicto nace sólo en relación con estas últimas. Este tipo de antinomia se llama unilateral (o “total-parcial”). Si, por ejemplo, una norma califica de ilícito el aborto y otra califica de lícito el aborto terapéutico, la antinomia será del tipo unilateral.

Otras veces, las dos normas, N1 y N2, disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente. Así, hay supuestos de hecho disciplinados sólo por N1, supuestos de hecho disciplinados sólo por N2, y supuestos de hecho disciplinados por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación con estos últimos. Este tipo de antinomia se llama eventual (o “parcial-parcial”). Si, por ejemplo, una norma N1 impone un tributo a los productores de vino tinto, una segunda norma N2 atribuye la “denominación de origen controlada” a ciertos vinos blancos y tintos, y una tercera N3 exime del impuesto a los productores de vino con denominación de origen controlada, la an-

19 Ross, A., *Law and Justice*, Londres, 1958. Hay traducción española, de Carrió, G. R., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

tinomia entre NI y N3 —o, si se prefiere, entre N1 y el combinado dispuesto por N2 y N3— será de tipo eventual.

Por consiguiente, la conclusión es que los conflictos entre principios —o al menos los que se dan entre principios constitucionales— no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas. No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*, porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*, porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) estatuidos por un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio *lex specialis derogat generali*, porque —cuando se trate de una antinomia del tipo eventual— no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie.

La técnica apropiada —y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales— para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación.<sup>20</sup>

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.

A) Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor.<sup>21</sup> Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor “peso”, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe —no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino— en el sentido de que se deja de lado.

20 Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, pp. 87 y ss.; Guastini, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, 1996, pp. 142 y ss. (trad. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999).

21 Cfr. Guastini, R., *Distinguendo...*, cit., nota 20, pp. 331 y ss.

Obsérvese que, en este contexto, “ponderar” *no* significa atemperar, conciliar, o algo por el estilo, es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, y que —de algún modo— aplique o sacrifique parcialmente a ambos.<sup>22</sup> La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

B) Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso.

En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría la aplicación del principio P2, entonces, en el caso concreto, se prescindirá del principio P2, mientras que, en el caso concreto, se aplicará el principio P1.<sup>23</sup>

Pero téngase en cuenta “en el caso concreto”. Nada impide que, en caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2.

22 Una cosa es ponderar dos principios, es decir “sopesarlos”, para decidir cuál de los dos, por tener mayor “peso” o valor, debe ser aplicado y de cuál, por tener menor “peso” o valor, debe prescindirse; otra es “atemperar” dos principios. Como ejemplo de atemperación o conciliación entre principios, puede mencionarse la regla conforme a la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, frustrando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos producidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables (*cfr.*, por ejemplo, Casación 43/1981 y 340/1988). Los principios atemperados son, obviamente, el de la libertad contractual y el de la obligación de buena fe en los negocios.

23 *Cfr.* Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turín, 1992. Hay traducción española de Gascón Abellán, Marina, *El derecho díctil. Ley, derechos, justicia*, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios en litigio sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto, y, por tanto, la solución del conflicto en casos futuros resulta imprevisible.<sup>24</sup>

Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.

## VI. LA INTERPRETACIÓN ORIENTADA A PRINCIPIOS

Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal —la más cierta y previsible— y propiciando una interpretación adecuada.

La interpretación adecuada es una especie del género de la interpretación sistemática y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias.<sup>25</sup> Supongamos que una disposición admita

24 Para aclarar este punto será útil ofrecer un par de ejemplos. Primer ejemplo: en algunas ocasiones la Corte Constitucional italiana ha considerado que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 234/1988, 143/1989, 103/1991, etcétera, sobre inadmisibilidad de un conflicto entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de diversas regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad); en otras ocasiones, en cambio, ha entendido que el principio de autonomía regional debe ceder ante el principio de igualdad (*cfr.* Corte Constitucional 58/1959, 142/1969, sobre incompetencia de las regiones en materia penal; Corte Constitucional 109/1957, 6/1958, sobre incompetencia de las regiones en materia de relaciones civiles). Segundo ejemplo: a veces la Corte ha entendido que el principio de igualdad formal del artículo 3o., 2, CI (*cfr.* Corte Constitucional 210/1986, sobre ilegitimidad de la prohibición del trabajo nocturno de la mujeres; Corte Constitucional 422/1995, sobre ilegitimidad constitucional de las cuotas en las listas electorales); otras veces, por el contrario, ha resuelto que el principio de igualdad sustancial debe prevalecer sobre el de igualdad formal (*cfr.* Corte Constitucional 109/1993, sobre la legitimidad de acciones positivas en favor del empresariado femenino; Corte Constitucional 13/1977, sobre legitimidad constitucional de un trato más favorable para los trabajadores en el proceso de trabajo).

25 Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, pp. 381 y ss.; *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2a. ed., México, 2000, pp. 71 y ss.

dos interpretaciones contrapuestas, S1 y S2, tales que S1 sea conforme con un principio y S2 se halle en conflicto con este mismo principio. Ahora bien, si la disposición en cuestión fuera entendida en el sentido S2, sería inevitable el surgimiento de una antinomia. Pero la antinomia se evita, si, en cambio, se entiende tal disposición en el sentido S1. Esta última es, precisamente, la interpretación adecuada.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas, de modo que la primera sea conforme a un principio constitucional, mientras que la segunda esté en contraste con él, se hace interpretación adecuada eligiendo la primera interpretación y rechazando la segunda.

Las sentencias de la Corte Constitucional llamadas “interpretativas” son otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación adecuada. Tanto las sentencias interpretativas estimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición en su totalidad, y se limita a declarar ilegítima una de sus posibles interpretaciones), como —todavía de manera más clara— las sentencias interpretativas desestimatorias (la Corte evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución).<sup>26</sup>

Pero se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuada también en las resoluciones mediante las que un juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión es manifiestamente infundada porque la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación adecuada —al menos cuando no sea conforme al sentido común de las palabras y/o a la intención del legislador— es fruto de una opción discrecional, en consecuencia, altamente discutible, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del de la oportunidad política. Lo cierto es que —aunque amparado por muchos pronunciamientos jurisprudenciales y por

26 Guastini, R., “Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali”, *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1990; *Id.*, *Le fonti del diritto...*, cit., nota 25, pp. 309 y ss.

algunos juristas— un deber judicial de hacer interpretación adecuada, como tal, no existe.<sup>27</sup>

Al interpretar la ley, los jueces no tienen otra obligación que la de atribuirle el sentido “hecho evidente por el significado propio [es decir, común] de las palabras según la conexión de éstas y por la intención del legislador” (artículo 12, 1, Disposición Preliminar del Código Civil). De este modo, la interpretación adecuada, lejos de resultar obligatoria, está justificada sólo cuando coincide con el significado común de las palabras o con la intención del legislador, que no siempre es el caso (la presunción, en la que a veces se apoya la interpretación adecuada, de que el legislador es respetuoso con la Constitución y no tiene intención de violarla, carece de fundamento).

Sobre todo, es lícito sostener que, frente a una disposición legal que admite una sola interpretación contraria a la Constitución, el juez —lejos de tener la obligación de hacer una interpretación adecuada— tiene más bien la obligación de promover una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte. Ello, por la simple razón de que, evidentemente, no puede decirse “manifestamente infundada” (artículos 1o., Ley Constitucional 1/1948 y 23, 2, Ley 87/1953) una cuestión de legitimidad constitucional sobre una disposición susceptible de expresar una sola norma en contraste con la Constitución.

Desde el punto de vista de la oportunidad política, es también lícito entender que la interpretación adecuada (especialmente si es realizada por jueces ordinarios, pero también cuando la realiza la Corte Constitucional con decisiones “interpretativas desestimatorias”) no sólo no es obligatoria, sino además perjudicial. En efecto, esta técnica interpretativa no produce otro resultado que el de mantener *con vida disposiciones legales que pueden expresar normas inconstitucionales, y cuya interpretación conforme a la Constitución por parte de la generalidad de los jueces no puede decirse asegurada.*<sup>28</sup>

27 Guastini, R., “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, *Analisi e diritto* 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996. Traducido en Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*.

28 En efecto, las decisiones desestimatorias carecen de eficacia general, erga omnes: sus efectos se circunscriben al caso decidido. Al menos, tal es la opinión dominante, de

## VII. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SUPREMOS

Conforme a una jurisprudencia ya consolidada de la Corte Constitucional, “se comparte la idea de que existe una jerarquía entre normas y normas de la misma Constitución, que permite identificar (como por lo demás en todo cuerpo de disposiciones ordenadas en sistema) un orden conducente a conferir preeminenencia a algunas respecto de otras”.<sup>29</sup>

En particular, según la Corte, en la Constitución hay algunos principios —llamados “principios supremos del ordenamiento constitucional”— que tienen un “valor superior” respecto a las restantes normas de rango constitucional.<sup>30</sup> En consecuencia, los principios en cuestión no son en modo alguno susceptibles de revisión constitucional.

Es preciso subrayar que, según lo admitido por la propia Corte, tales principios *no* son “expresamente mencionados [en el texto constitucional] entre los sujetos al procedimiento de revisión constitucional”. En otras palabras, la doctrina de los principios constitucionales supremos se resuelve en la construcción de un límite a la revisión constitucional totalmente inexpresso, e incluso carente de cualquier base textual. Se trata, por consiguiente, de un caso evidente de creación jurisprudencial de derecho (constitucional).<sup>31</sup>

En efecto, el fundamento de tal doctrina no se encuentra en alguna disposición constitucional sino en una arbitraria cons-

la que disiente Ruggeri, A., *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milán, 1990.

29 Corte Constitucional 175/1971. Naturalmente, al expresarse de este modo, la Corte establece una jerarquía axiológica entre las normas constitucionales.

30 Al respecto, Modugno, F., “I principi costituzionali supremi como parametro nel giudizio di legittimità costituzionale”, en Agró, A. S. y Modugno, F., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 2a. ed., Turín, 1991; Luciani, M., “La revisione costituzionale in Italia”, en Association française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, Aix-en-provence-París, 1993.

31 Corte Constitucional 1146/1988. *Cfr.*, también, Corte Constitucional 183/1973, 170/1984. Se trata de los mismos principios que operan como “contralímites” a la incorporación del derecho comunitario al ordenamiento interno. *Cfr.* Cartabia, M., *Principi inviolabili e intergrazione europea*, Milán, 1995; Donati, F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1995.

trucción dogmática (tácitamente hecha suya por la propia Corte), según la cual:<sup>32</sup>

1. Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.
2. El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.
3. El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.
4. En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).

Por otra parte, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos).<sup>33</sup>

32 Guastini, R., “Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza”, *Ragion pratica*, núm. 3, 1994.

33 Obsérvese que la Corte crea derecho constitucional no sólo cuando *incluye* un determinado principio (por ejemplo el derecho a la tutela jurisdiccional, Corte Constitucional 232/1989) en la lista de los principios supremos, sino también cuando *excluye* otro de la misma lista (por ejemplo, la Corte no reconoce como principio supremo la reserva de ley, de manera que no considera que la reserva de ley actúe como “contralímite” a la incorporación del derecho comunitario en el ordenamiento interno).