

## El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre *El Derecho dúctil*, de Gustavo Zagrebelsky)

Por ENOCH ALBERTI

Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Barcelona

En esta breve y modesta contribución al debate sobre el trabajo del profesor Zagrebelsky, al que fui amablemente invitado por la Facultad de Derecho de Albacete, quisiera simplemente referirme a uno de los temas que son abordados en el libro y que me parece central en el actual estadio de nuestro Derecho Constitucional: *el derecho por principios*. Esta es, entiendo, la cuestión sobre la que pivota por entero el provocador trabajo del profesor Zagrebelsky, en el que se ofrecen múltiples ángulos desde los que puede ser discutida, como corresponde a todo tratamiento inteligente, riguroso y atrevido de una realidad compleja como la que examina. Pero voy a limitarme a una sola de las posibles aproximaciones, aquella que se preocupa por la eventual eficacia de los principios constitucionales para generar reglas de aplicación directa, que se presentan generalmente como normas integradoras pero que fuerzan en muchas ocasiones, cuando no se oponen directa y frontalmente, a otras que se desprenden sin mayor esfuerzo interpretativo de la legislación ordinaria.

Me parece acertado y lúcido el diagnóstico del profesor Zagrebelsky sobre la actual situación del ordenamiento y del modo de operar los juristas en él y con él, caracterizada por la existencia de un *derecho por principios*, y su etiología me parece asimismo bien hallada, aunque quizá puedan también encontrarse factores diferenciales en los puntos de partida dogmáticos de Italia y España, que obligaran, en un examen más dete-

nido y minucioso, que aquí no es posible, a establecer también una cierta diversificación de causas. Pero en general me parece perfectamente atendible: la pérdida de la *idea* de soberanía conlleva la pérdida de la posición central de la ley, que se traduce en la doble separación de la ley respecto de los derechos y respecto de la justicia. La consecuencia es la muerte del positivismo (que recibe la crítica más cruel de nuestro tiempo: está anticuado) y la instalación en su lugar de un derecho por principios.

Quizá entre nosotros merezca destacarse aún otra causa posible de esta situación, que tiene que ver con la creciente complejidad de nuestro ordenamiento, complejidad que no nos es exclusiva, pero quizá sí más patente a la vista de la vertiginosa y profunda transformación que ha sufrido en los últimos quince o veinte años. Los principios, en efecto, permiten reducir el universo de normas positivas a unidades de manejo mucho más cómodo, para el que resultan innecesarias engorrosas operaciones y en las que todo adquiere un sentido lógico impecable, sin las molestas contradicciones de la realidad. No parece aventurado afirmar que la tentación del recurso a los principios crece de manera directamente proporcional a la complejidad del propio ordenamiento; o, lo que es lo mismo, que la complejidad constituye un factor que propicia el uso de los principios para tratar de evitar, precisamente, las dificultades a las que conduce la propia complejidad. Y ello no sólo por comodidad (o por incapacidad de los propios juristas), sino por una ley del propio ordenamiento, que exige una reducción a unidades simples que mantengan una relación de coherencia entre sí, en lo que podría llamarse la lógica de la reducción de la complejidad.

El manejo de un ordenamiento complejo a base de utilizar diestramente unos pocos principios presenta sin duda un gran atractivo, pero también enormes riesgos. Sobre ello quisiera hacer algunas observaciones.

La primera de ellas, acerca de la diversidad de los principios constitucionales, que, a mi juicio y en opinión que parece bastante extendida, no pueden ser incluidos sin más en una única categoría de la que se desprendan consecuencias homogéneas.

Para centrar la cuestión en nuestro propio texto constitucional, pródigo en la clase de proposiciones lingüísticas que identificamos *prima facie* con «principios», parece obvio que no cabe reconocer el mismo valor y efectos al artículo 1.1, primer inciso (Estado social y democrático de Derecho, como principios que la doctrina alemana reconoce como «estructurales»); al segundo inciso del mismo artículo (libertad, justicia, igualdad y pluralismo como «valores superiores» del ordenamiento); a los enumerados en el artículo 9.3 como principios del ordenamiento (legalidad, jerarquía, irretroactividad relativa, publicidad, seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad); al enunciado en el artículo 14, también como derecho fundamental (igualdad); a los contenidos en el artículo 25, bien de forma expresa (legalidad penal), bien implícita (*non bis in idem*), de tal forma que requieran el *afloramiento* por parte del Tribunal Constitucional; a los del capítulo III del título I, que la

propia Constitución una bajo la expresiva rúbrica de «Principios rectores de la política social y constitucional» y que, en general, establecen fines y orientaciones a la acción de los poderes públicos, y especialmente del legislador (bien sea marcándole objetivos que se considera deseable alcanzar —«los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos»—, bien estableciendo los criterios generales en los que deben inspirarse algunas de sus actuaciones —«la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad»—).

Sin que sea éste el lugar para entrar en la polémica sobre el valor y la eficacia de los principios, que entre nosotros iniciaron hace ya algún tiempo, y entre otros, los profesores Aragón y Parejo, no cabe duda, a mi juicio, que de los indicados más arriba se desprende sin dificultad una heterogeneidad de estructura, tratamiento y consecuencias: hay principios que son reglas directas, y que como tales, pueden fundamentar una decisión, sin más justificación que la que prestan ellos mismos; hay principios que, al establecer un mandato finalista, limitan y habilitan la acción pública en un cierto (aunque vaporoso) sentido; hay principios, en fin, que contienen valores y que pueden indicar la posición o la actitud general que deben adoptar el intérprete y el operador jurídico para realizar su labor, aunque los contornos de tal posición resulten sumamente difuminados.

Esta pluralidad de consecuencias, que aparece a simple vista, obliga a una diversificación de la categoría «principios», que no podrá remitir a un tipo homogéneo de normas a las que pueda reconocerse un valor y unas consecuencias determinadas. Y, a mi entender, esta labor de diferenciación y categorización está aún por hacer.

Ello me lleva a la segunda observación que quisiera realizar, sobre el uso que se puede hacer —legítimamente— de los principios. Establecer el *suelo dogmático* de esta cuestión, a partir de unas categorías diversas y específicas de principios, resulta, creo, una labor imprescindible si se desea evitar dos cosas (objetivo que me parece de todo punto deseable, y que, no obstante, creo que no es compartido por el profesor Zagrebelsky): primera, la absoluta libertad de configuración del legislador, en cuyo caso los principios, como normas constitucionales, nada significarían y pasarían a convertirse en meros recursos retóricos para justificar el establecimiento de cualquier norma (la Constitución desempeñaría aquí el papel de principal suministrador de argumentos retóricos de legitimidad); y, segunda, la absoluta libertad de actuación del intérprete para utilizar los principios del modo que más convenga a sus fines, produciéndose con ello una configuración del Derecho aplicable por parte de los principios, libremente manejados por el aplicador. Entiendo que los principios, como proposiciones contenidas en el texto de una norma, están dotados de un valor prescriptivo determinado (aunque diverso) que no puede disolverse en manos del operador, que es lo que ocurriría si todos estos principios se

entienden como parte de un conjunto inarticulado del que es posible extraer sin reglas ni criterios los elementos que mejor se acomodan a un argumento o a una decisión establecida según otros parámetros.

Creo que existe un consenso bastante general sobre alguna de las cosas que pueden hacerse con los principios: a su tradicional papel como fuente integradora de las lagunas hay que añadir también su valor interpretativo, por el que pueden orientar la búsqueda del sentido de una norma, al permitir, y justificar, una toma de posición frente a la misma. Y también podría, probablemente, establecerse un consenso sobre lo que no puede hacerse con los principios: fundamentalmente, a los efectos que aquí interesan, creo que no pueden sustentar una regla (obtenida por vía directa o por vía de interpretación de otra norma) contraria a otra de igual rango normativo. Puede resultar difícil en ocasiones determinar la concreta existencia de la antinomia, pero, producida o apreciada ésta, la cuestión debe resolverse en favor de la norma de mayor rango (lo cual obviamente no ofrece dudas), o bien, en caso de igual rango entre la norma expresa y la norma principal que ha generado la que entra en contradicción, en favor de la primera (lo cual sí puede ofrecer mayor discusión, pero que, a mi al menos, me parece bastante razonable, aunque sea por el argumento de la *lex specialis*).

Admitida la existencia de zonas blancas y negras (aunque pueda discutirse su extensión), hay que reconocer también la presencia de una ancha zona gris, donde la función de los principios resulta aún más difusa y sujeta a controversias. Los principios constitucionales (y todos ellos, además), como cualquier otra norma constitucional de cualquier tipo, disponen de un valor negativo: no toleran la existencia de normas inferiores contrarias, de tal modo que se presentan como un límite a las posibilidades de legítima actuación del legislador, que no podrá dictar leyes que entren en contradicción con los principios. La formulación general de este valor negativo no ofrece ninguna duda, y en este sentido no se enmarca en la zona gris, sino en la más relucientemente blanca. Las dificultades nacen ahí no tanto del valor general del principio (valor normativo que le confiere el hecho *externo* de formar parte de la Constitución), como de su propia configuración interna y de su «densidad normativa». Y es ahí donde cobra sentido la diferenciación que antes se reclamaba entre diversos tipos de principios: no puede apreciarse de igual modo una vulneración del principio de legalidad penal que otra del principio del Estado de Derecho u otra del valor libertad. Y no sólo por dificultades en la apreciación, que crecerán en proporción al grado de generalidad del enunciado prescriptivo (en la medida en que se ensanchan y difuminan sus límites), sino porque será preciso una técnica de enjuiciamiento distinta, un modo de razonar, y por tanto de examinar la eventual autonomía diferente.

A este valor negativo, cabe añadir aún otro, de carácter positivo: los principios disponen, a mi juicio de modo además principal, de una función habilitante, en la medida en que pueden justificar el sacrificio (con diver-

sos y *proporcionales* grados de intensidad) de derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos. En la argumentación constitucional, éste es el sentido que cobran, principalmente, los «principios rectores de la política social y económica», configurados como mandatos finalistas que fijan ciertos objetivos a los poderes públicos, cuya persecución justifica la limitación de otros derechos e intereses constitucionalmente garantizados (muy singularmente, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa). Tales principios constituyen así la *justificación razonable* de medidas que, orientadas a lograr la satisfacción de los objetivos y finalidades que expresan, limitan, restringen, modulan o condicionan derechos constitucionales. En la moderna interpretación constitucionalista, que opera esencialmente con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad, los principios constitucionales juegan un papel de la máxima trascendencia, pues constituyen piezas clave del juicio de constitucionalidad, esto es, del modo de razonamiento a través del cual se dota de sentido a la Constitución y ésta se proyecta hacia el ordenamiento.

Esta función de los principios implica que debe ponderarse entre los objetivos y fines que los mismos indican y los derechos y otros intereses constitucionales que deben o pueden ser sacrificados para su obtención, y en qué medida. La cuestión reside en este punto, y en primer lugar, en determinar quien debe realizar tal ponderación: ¿el legislador o el juez? Y creo que puede fácilmente decirse que tal ponderación corresponde principalmente al legislador, como poder político, pues en ello consiste esencialmente la naturaleza de su función. Pero, en la medida en que los principios están (expresa o implícitamente) en la Constitución, éstos se erigen en límite de las posibilidades de actuación de los poderes políticos, y corresponde por tanto al Tribunal Constitucional la apreciación de dichos límites. Y para ello, tendrá también necesariamente que ponderar entre principios y derechos, o, lo que es lo mismo, justificar la restricción o la modulación de derechos en base a la consecución de ciertos objetivos indicados en normas principales. Pero el juicio de adecuación y proporcionalidad que da cauce a esta ponderación no es *ex novo*, sino simplemente revisor: el juez constitucional no tiene como misión encontrar la relación de adecuación y proporcionalidad más conveniente (que sólo puede establecerse desde parámetros políticos), sino que debe indagar si la que ha establecido el poder político resulta conforme a la Constitución, esto es, se mueve dentro de los límites que ella misma fija, recurriendo para ello a un doble juicio de razonabilidad y de proporcionalidad.

Pero no es ésta la posición en la que se encuentra el juez (en eso consiste su independencia y reside la fuerza de su poder), no puede revisar la ponderación realizada por el legislador. La sujeción directa e inmediata a la ley, consagrada entre nosotros en el artículo 117 de la Constitución, implica a los efectos que aquí interesa, que el juez ordinario no puede hacer entrar a los principios constitucionales en un proceso de debate con las reglas legales que conduzca a resultados interpretativos contrarios a los que se desprendan de manera directa de estas últimas. Los principios

constitucionales, que deben orientar la interpretación del ordenamiento por parte del juez, no pueden ser utilizados para obtener reglas que entren en contradicción con otras expresamente establecidas por el legislador. Ello sería tanto como sustituir la ponderación que la Constitución encomienda al poder político. Todo ello, desde luego, no significa volver a una trasnochada y siempre falsa concepción del juez como mera boca de la ley, como instrumento neutral en la aplicación del derecho, pero significa que tampoco resulta apropiada (y exacta) una concepción en la que el juez aparezca, para utilizar una expresión del profesor Zagrebelsky, como «señor del Derecho», como parece manifestarse, al menos tendencialmente, en los últimos tiempos, y de la mano precisamente de la concepción del *derecho por principios*, y de la consideración de éstos como el nuevo derecho natural. Hay que distinguir con claridad la función del juez ordinario de la del juez constitucional, y quizá ello deba hacerse en una línea que, por un lado, redibuje (probablemente en sentido restrictivo) el ámbito del primero y, por otro, desvincule al segundo de la función jurisdiccional en sentido estricto y pase a considerarle más como un *nuevo poder*, como una institución estatal de nuevo cuño que debe encontrar una formulación conceptual adecuada de su función, que no es, obviamente, reconducible a la jurisdicción.

Por ello, los principios presentan no sólo un valor diverso *intrínseco* en función de las también diversas categorías que en su seno puedan establecerse por su densidad normativa, sino también en función de su *destinatario*, del agente que opere con ellos: el legislador pondera, el Tribunal Constitucional revisa y el juez orienta la aplicación de la ley, sin contradecirla. Desde esta perspectiva, creo inadecuado establecer una función general de los principios, que no contemple esta doble diferenciación, y, muy especialmente, la existente entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Los principios no pueden presentarse como criterios que se ponen a disposición de los jueces, en situación de libre concurrencia, para que éstos opten entre los mismos para adoptar una actitud ante el caso que deben resolver.

Cuestiones concretas:

1. Posibilidad y conveniencia de distinguir entre diversas categorías o tipos de principios, para establecer igualmente una diferenciación en cuanto a su concreto valor normativo. En su caso, criterios para una tal distinción.

2. Posibilidad y conveniencia de distinguir el valor de los principios en función del destinatario de la norma: legislador, Tribunal Constitucional y jueces ordinarios.

Albacete, diciembre de 1995