



**UNIVERSIDAD DE JAÉN**  
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

## Trabajo Fin de Grado

# **Discrecionalidad Judicial**

Alumno: José Luis Higuera Robles

Tutor: Prof. D. Ramón Ruiz Ruiz

Dpto.: Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía.

# Índice:

Introducción.....	3
Introduction.....	4
Puntos de intersección entre la discrecionalidad judicial y los principios de derecho....	5
Distinción entre reglas y principios.....	9
Tesis de la demarcación fuerte vs tesis de la demarcación débil.....	11
La tesis de Ronald Dworkin.....	14
La tesis de Robert Alexy.....	16
Principios jurídicos.....	20
Principios implícitos y principios explícitos.....	25
Discrecionalidad judicial.....	29
Bibliografía.....	36

## **Introducción.**

A día de hoy, es innegable que el juez goza de una indudable y necesaria discrecionalidad, como consecuencia, entre otros factores, del creciente recurso a los Principios Jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe de algún modo ser fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Si bien antiguamente se consideró al juez como un mero aplicador del Derecho, quien se limitaba a reproducir las palabras de la ley, a día de hoy esta perspectiva no es mayoritariamente compartida, pues en una sociedad tan compleja como la nuestra son numerosos los casos en que el intérprete se ve obligado a suplir las lagunas jurídicas que puedan darse, bien por la vaguedad con que está redactada la norma aplicable, bien por no estar claro cuál de entre dos o más normas debe ser aplicada.

Esto provoca la consecuencia de que sea el juez el encargado de encontrar la respuesta correcta, o bien, encontrar una respuesta justa que tenga en cuenta la norma que debe ser ponderada, supliendo las lagunas que la misma pueda provocar.

La posibilidad de que para cada caso exista una respuesta correcta, ha sido uno de los temas que más debate ha provocado entre los juristas, pues al acudir a la discrecionalidad, se podría entender que da lugar a varias decisiones distintas aplicables a un mismo caso dependiendo del intérprete encargado de proveer una respuesta, en cuyo caso habría que determinar para empezar si es posible que exista más de una respuesta correcta para un mismo caso.

Para obtener una respuesta que, aunque discrecional, esté basada en Derecho, el intérprete debe acudir a los Principios Jurídicos, que serán las normas encargadas de dotar al Ordenamiento de completitud. Sin embargo, debido al gran grado de generalidad de los Principios, será una tarea ardua ponderar cuál de ellos debe ser aplicado, al igual que en multitud de casos más de un Principio podrán ser invocados, en cuyo caso el intérprete tendrá la labor de determinar el Principio que debe prevalecer sobre los demás para el caso determinado.

Para garantizar esta seguridad jurídica, y evitar la arbitrariedad, será necesario establecer límites a la discrecionalidad del intérprete. Estos límites se concretan más adelante, y si bien sirven para defender la seguridad jurídica, no pueden evitar que el juez haciendo uso de esta discrecionalidad cree Derecho, hecho que ha sido criticado por numerosos autores, pues supone una quiebra de la separación de poderes al permitir la creación de normas al poder judicial por medio de la interpretación.

Es por ello que estos límites actúan, impidiendo que la decisión adoptada pueda menoscabar cualquiera de los derechos de los particulares, obligando al juez a justificar su decisión así como a señalar el ajuste de la misma a Derecho.

## **Introduction.**

To today, it is undeniable that the judge enjoys of an undoubted and necessary discretionary nature, as a result, between other factors, of the increasing resource to the Juridical Beginning in the contemporary constitutionalism. Nevertheless, although it is true that this discretionary nature is inevitable, also the fact it is that it has to be controlled somehow to prevent from deriving in arbitrariness and supposing a threat by the beginning of equality and of juridical safety.

Although formerly the judge was considered to be a mere applicator of the Right, who was limiting himself to reproducing the words of the law, to today this perspective is not shared for the most part, so in a society as complex as ours there are numerous the cases in which the interpreter turns out to be forced to fulfill the juridical lagoons that could happen, well for the ambiguity with which the applicable norm is written, well for not being clear what of between two or more norms must be applied.

This provokes the consequence of which the judge is the manager of finding the correct answer, or, to find a just answer that bears in mind the norm that must be considered, fulfilling the lagoons that the same one could provoke.

The possibility that for every case a correct answer exists, has been one of the topics that more debate has provoked between the lawyers, since on having come to the discretionary nature, it might understand that it gives place to several different decisions applicable to the same case depending on the interpreter entrusted to provide an answer, in whose case would be necessary to determine to begin if it is possible that more than one correct answer exists for the same case.

To obtain an answer that, although optional, it is based on Right, the interpreter must come to the Juridical Beginning, which will be the norms entrusted to provide to the completitud Arranging. Due to the big grade of generality of the Beginning, it will be an arduous task to consider which of them must be applied, as in multitude of cases more than one Beginning they will be able to be invoked, in whose case the interpreter will have the work of determining the Beginning that must prevail over the others for the certain case.

To guarantee this juridical safety, and to avoid the arbitrariness, it will be necessary to establish limits to the discretionary nature of the interpreter. These limits materialize further on, and although they serve to defend the juridical safety, cannot prevent the judge making use of this discretionary nature from creating Right, fact that has been criticized by numerous authors, since he supposes a failure of the separation of powers on having allowed the norms creation the judiciary by means of the interpretation.

It is for it that these limits act, preventing the adopted decision from being able to reduce any of the rights of the individuals, forcing the judge to justify its decision as well as to indicate the adjustment of the same one to Right.

## **1. Puntos de intersección entre discrecionalidad judicial y principios de derecho.**

Como ya he mencionado, es básico comenzar hablando de los principios de Derecho y los puntos de intersección entre ellos y la discrecionalidad judicial. Según el profesor GUASTINI, estos puntos de intersección son siete, los cuales me parece interesante analizar.

El primero de ellos sería la identificación de los principios, ya que algunos principios se encuentran expresamente formulados como tales, además de identificados por las mismas autoridades normativas, a diferencia de otros principios, los cuales son considerados como tales debido a una valoración del intérprete<sup>1</sup>. En el último caso los intérpretes y, en particular, los jueces, identifican como principios ciertas disposiciones normativas en el momento de la misma interpretación, en ausencia de cualquier estatución expresa del legislador en tal sentido<sup>2</sup>. Un ejemplo de ello fue una decisión reciente de la Corte constitucional italiana, que atribuye el status de principio fundamental, decisión que es vinculante para la legislación regional. Esta operación que atribuye el valor de principio a una disposición que no se autocalifica como tal es consecuencia de la discrecionalidad. Aunque existen diversas doctrinas sobre este tema, parecen tener en común que la identificación de un principio como tal, comporta discrecionalidad.

Un segundo punto de intersección consistiría en la interpretación de las disposiciones que expresan principios. En este caso, la identificación de los principios comporta discrecionalidad por el hecho de que una misma disposición normativa puede ser interpretada tanto como una regla específica, como un principio. Un ejemplo de ello sería el siguiente: art. 14 de la Constitución, el cual dice que todos los españoles somos iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El citado artículo admite dos interpretaciones.

La primera de ellas sería de un modo negativo<sup>3</sup>. Es decir, si una ley distingue entre ciudadanos según el sexo, la raza o las otras circunstancias antes descritas, la consecuencia jurídica de este supuesto de hecho sería la ilegitimidad constitucional de la norma.

---

<sup>1</sup> V. Italia, *Disposiciones del principio de estabilidad*, Milán 1970.

<sup>2</sup> Cfr. R. Guastini, "*Principios de Derecho*", en *Digesto delle discipline*, vol. XIV, Turín, 1996.

<sup>3</sup> Cfr., por ejemplo, Corte const 28/1957.

La segunda interpretación entendería que la misma disposición expresa un principio de igualdad de un modo genérico, que pretende decir que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma, y que sólo se pueden tratar de forma diferente cuando existan circunstancias diversas en ambos casos<sup>4</sup>. Esto no quiere decir que no existan excepciones, puesto que la igualdad no debe ser entendida en un modo estricto, ya que una ley puede discriminar entre ciudadanos (por ejemplo, por razón de su sexo) sin ser constitucionalmente ilegítima, siempre y cuando coexistan unas circunstancias objetivas que exijan que el sujeto sea tratado de una forma diferente.

Los dos último párrafos sirven de apoyo al hecho de que la opción entre una y otra interpretación es una decisión totalmente discrecional, y, siendo la segunda de ellas la elegida, se produciría el efecto de conferir ulterior poder discrecional al órgano de la aplicación (en el ejemplo, el juez constitucional).

Continuando con los puntos de intersección, el tercero de ellos sería la concretización de los principios. Las controversias donde el determinado supuesto de hecho no se puede incluir dentro de una norma expresa, configuran lagunas del derecho. En estos casos, el juez está autorizado a recurrir a los principios del derecho con el objetivo de integrar el supuesto en derecho. La concretización deviene entonces necesaria, puesto que los principios no ofrecen por sí mismos una concreta solución. Luego, la concretización consistiría en recabar de un determinado principio una norma en él implícita, por lo que no sería el principio sino la norma particular emanada de él la que resolvería el conflicto y cubriría la laguna legal. Y no sería posible recabar una norma específica de un principio tras un razonamiento deductivo sin entrar en la subjetividad, por lo que la elección de las premisas empleadas es fruto de la discrecionalidad<sup>5</sup>.

Un cuarto punto de intersección, en el que la labor de interpretación adquiere notoria importancia, es la construcción de principios no expresos. Los principios expresos son aquellos que están explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa, de la cual pueden recabarse sin necesidad de entrar en una interpretación exhaustiva. Por el contrario, son principios no expresos aquellos que son fruto de la integración del derecho por obra de los intérpretes<sup>6</sup>.

Estos principios obtenidos mediante la integración y no mediante interpretación, no son producto de la arbitrariedad, pues el intérprete lo único que hace es razonar cual es el fin perseguido por la norma, su razón de ser, para evitar que un supuesto que puede deducirse quiso ser objeto de la norma no encuentre protección<sup>7</sup>. Un ejemplo de ello sería el principio dispositivo en el proceso civil. Podría decirse, siempre según Guastini, que en nuestra cultura jurídica hay tres posibles maneras de construir un principio.

La primera de estas técnicas consiste en la inducción de normas generales a partir de normas particulares. Para poder utilizar esta técnica primero habría que diferenciar

---

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo Corte const. 15/1960

<sup>5</sup> Cfr. R. Guastini "*Principios de derecho*", cit.

<sup>6</sup> V. Crisafulli, "*Disposiciones y normas*". En *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1964, pag. 197.

<sup>7</sup> Cfr. R. Guastini, "*Principios de derecho*", cit.

dentro de un supuesto de hecho entre los componentes esenciales y los accidentales, para de este modo poder aplicar la norma a un supuesto de hecho que sólo comprenda los elementos esenciales, convirtiendo la norma particular en una más general y así obtener un principio mediante universalización. La discrecionalidad entra en juego en el momento en que el intérprete distingue según su juicio entre la esencialidad o accidentalidad de los componentes.

La segunda técnica consiste en lo anteriormente mencionado, es decir, en deducir la ratio de una norma, los fines, valores e intenciones que persigue el legislador con ella, conjeturas que comportan carácter discrecional. El problema que esta técnica puede suscitar tendría lugar cuando una norma fuera idónea para producir diversos resultados, en cuyo caso se podría sostener que tanto para unos casos como otros la realización de tales resultados era el fin perseguido por la norma.

Una tercera técnica consistiría en la elaboración de una norma implícita de carácter instrumental a la actuación de un principio, para después poder elevar dicha norma al rango de principio, si bien aun cuando sean válidas dichas normas, no siempre constituirán principios.

La ponderación de los principios constitucionales constituiría el quinto punto de intersección. Comúnmente, dos principios pueden entrar en conflicto, sucediendo en la práctica que en un determinado supuesto de hecho sea posible la aplicación de dos principios, diferentes entre sí hasta el punto de que la aplicación de uno sería incompatible con la del otro, puesto que la aplicación de uno u otro principio darían lugar a diferentes resultados.

No hablamos de un conflicto que suponga una antinomia en abstracto, es decir, cuando dos principios producen consecuencias jurídicas incompatibles en un supuesto de hecho abstracto que se superponen conceptualmente. Por el contrario, nos referimos a antinomias en concreto, cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto, puesto que en la práctica una antinomia en abstracto resultaría más o menos sencilla de resolver al entrar a determinar la circunstancia o hecho que permite diferenciar dentro del supuesto de hecho concreto el principio que le será de aplicación.

También es posible que dos normas dispongan consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superpongan por completo, provocando así la llamada antinomia absoluta. Del mismo modo se produciría un conflicto cuando un supuesto de hecho entrara en el campo de aplicación de dos normas, llamándose antinomia unilateral.

Lo expuesto anteriormente sirve para llegar a la conclusión de que los conflictos entre los principios constitucionales no pueden ser resueltos de igual manera que los conflictos surgidos entre dos o más normas, debido a la inaplicabilidad tanto del criterio de que una norma superior deroga a otra inferior, como del criterio de que una ley posterior deroga a la anterior, puesto que ambos principios poseen el mismo rango en la

jerarquía de fuentes, al igual que son coetáneos. Por lo tanto, la técnica empleada para la resolución de tales conflictos es conocida como ponderación, consistente en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil<sup>8</sup>.

Esta jerarquía no es una relación de valor instituida por las propias fuentes, sino que es el intérprete el que, mediante discrecionalidad, ha de atribuir a uno de los dos principios en conflicto una mayor importancia, un mayor "peso", todo ello mediante un juicio de valor que implica subjetividad. Así, el principio que ha decidido el intérprete tiene mayor valor prevalecerá sobre el otro en el momento de la aplicación de uno u otro en el supuesto de hecho concreto.

Por lo tanto, esta ponderación no debe entenderse en el sentido de encontrar un punto de equilibrio que permita aunar ambos principios que en un principio parecen incompatibles, sino que debe entenderse que uno de los principios (el considerado de menor valor en el caso) ha de ser descartado, procediéndose a la aplicación del de mayor valor<sup>9</sup>.

Sin embargo, como señala el propio Guastini, no debe olvidarse que esta relación de valor es inestable, puesto que vale para el caso concreto, mientras que en otro caso podría darse el hecho de que el principio de mayor valor elegido en el primer caso sea descartado en el segundo, invirtiendo así sus papeles, debido a que las circunstancias concretas de cada caso serán determinantes a la hora de elegir la mayor importancia de un principio u otro, y serán tenidas en cuenta por el intérprete para decidir la aplicación del principio más justo. Esto supone que la resolución del conflicto no se hace de una vez por todas, ya que la solución solo valdrá para el caso concreto.

El sexto punto de intersección estaría dedicado a la interpretación orientada a principios. En resumen, los principios influyen no sólo en la interpretación de los mismos, sino en todas aquellas restantes disposiciones normativas que carecen de ese rango, ya que la evolución del derecho ha provocado que los intérpretes se alejen de una interpretación literal para propiciar una interpretación adecuada, aunque lo cierto es que un deber judicial de hacer interpretación adecuada, como tal, no existe<sup>10</sup>.

Podríamos entender esto de la siguiente forma: Si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas o incompatibles, siempre que sólo una de ellas sea conforme a un principio constitucional mientras que la otra esté en contraste con él, será de aplicación la primera, evitando así una antinomia y resultado de conceder una mayor importancia a los principios, de modo que resultaría más adecuada la norma que está conforme a uno de ellos.

---

<sup>8</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, pags. 87 y ss.; R. Guastini, *Distinguendo Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, 1996, pags. 142 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. G. Zagrebetsky, *Il diritto mite. Ley, Derecho y justicia*, Turín, 1992.

<sup>10</sup> R. Guastini, "Problemas del análisis lógico de las decisiones constitucionales", en *Análisis del Derecho, 1990 ricerche di giurisprudenza analítica*, 1990. Id., *Las Fuentes del Derecho e interpretaciones*, cit., pags. 309 y ss.



Este fenómeno se produce por la necesidad de interpretar una norma de un modo respetuoso con el fin de la misma, con su objeto, prevaleciendo así esta interpretación a la literal, ya que de modo lógico es más importante entender lo que el legislador pretendió al redactar la norma, que el sentido literal en que fue redactada, si bien no puede contradecirse lo que expresamente el legislador dispuso en dicha norma.

Podríamos concluir que aunque esta interpretación adecuada comporta discrecionalidad, no es un deber judicial, ya que la misma debe estar justificada, justificación que sólo se consigue cuando la interpretación es conforme al significado común de las palabras empleadas en la redacción de la norma o conforme a la intención del legislador, aunque en la práctica no siempre se de esta conformidad.

No debe olvidarse, que uno de los mayores problemas que conlleva esta interpretación adecuada, es la posibilidad de mantener en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones legales que expresen o puedan expresar normas inconstitucionales, o cuya interpretación conforme a la Constitución no sea defendida por la generalidad de los jueces.

Para finalizar este apartado, el séptimo y último punto de intersección entraría dentro de los principios constitucionales supremos. Gran parte de la doctrina está de acuerdo en que ciertas normas de la Constitución están por encima de otras normas incluidas en la misma, concluyendo que incluso entre las normas de una misma Constitución existe cierta jerarquía<sup>11</sup>. Estas normas que estarían por encima de las demás son identificadas con el nombre de principios constitucionales supremos, los cuales no son susceptibles de revisión constitucional, aunque esta exención no resulte expresa.

La explicación de que ciertos principios no sean susceptibles de revisión la encontramos en que una constitución no es un conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores, los cuales conforman la identidad de la misma constitución, y un cambio en tales principios no supondría la revisión de la constitución, sino la instauración de una nueva.

## **2. Distinción entre reglas y principios.**

Ciertamente existen diferencias entre las diversas normas integradas en el Ordenamiento Jurídico, diferencias que permiten catalogar a las normas teniendo en cuenta una gran variedad de criterios. Un ejemplo ilustrativo lo encontramos en el Derecho español, donde está clara la diferencia entre la Constitución y leyes y reglamentos, una diferencia que atendería a un criterio jerárquico, en cuanto toda la normativa está subordinada al respeto de la Constitución. Asimismo, dentro de las leyes y reglamentos podríamos

---

<sup>11</sup> Al respecto, F. Modugno, *“El Principio Constitucional supremo como parámetro de la legitimidad constitucional”*, en A. S. Agro, F. Modugno, *El principio de unidad del control de la jurisprudencia y la Corte constitucional*, Turín, 2ª ed 1991.

distinguir entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, decreto-ley, real decreto, orden ministerial...

Sin embargo en este apartado vamos a atender a los criterios doctrinales de clasificación de las normas, pudiendo destacar los criterios propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L.A. Hart.

En primer lugar Kelsen<sup>12</sup>, emplea una distinción entre normas primarias y normas secundarias. De este modo, las normas primarias serían aquellas que determinan la sanción, mientras que las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de dicha sanción. Según este criterio, una misma norma jurídica contiene dos expresiones del “deber ser”, es decir, una norma puede dar lugar a dos obligaciones dirigidas a dos sujetos distintos: por un lado, una norma contiene una obligación que podríamos considerar como el objeto de la norma, su razón de ser, puesto que nos referimos a la conducta que la norma establece como la debida, aquella conducta que debe ser realizada por el individuo para no incurrir en una infracción de esa norma. Por otro lado, esa misma norma establece que un segundo individuo debe ejecutar una sanción para el caso en que la conducta debida no sea observada por el primer individuo, es decir, que la norma sea incumplida. Por lo tanto, la parte de una norma que describe la conducta antijurídica de una norma es dependiente de la norma sancionadora, pues una norma sería difícilmente respetada sin una amenaza de sanción, resultando una norma ineficaz.

Por su parte, Hart<sup>13</sup>, también afirma la existencia de normas primarias y secundarias. Sin embargo, el criterio que el citado autor emplea para la distinción entre ambas difiere del dado por Kelsen. Por lo tanto, para Hart, las normas primarias serían aquellas que imponen una obligación a sus destinatarios, mientras que las secundarias serían aquellas normas encargadas de establecer las pautas para la creación, modificación o eliminación de las normas primarias, así como la forma en que se puede verificar su cumplimiento y, por último, la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento, es decir, la sanción que habría de soportar el individuo que incumpla la obligación contenida en la norma primaria.

El filósofo Manuel Atienza también trata el tema de las reglas y principios en uno de sus trabajos más destacados. Por un lado dice que “las normas de que se compone un ordenamiento jurídico pueden clasificarse en reglas y principios [...] las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc [...] y a las que cabe denominar directrices; o bien exigencias de tipo moral [...] estos serían principios en sentido estricto”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid. KELSEN, H. Teoría General del Derecho y del Estado. México: U.N.A.M., 1983. Pags 71 y 72.

<sup>13</sup> Vid. HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1990. Pp. 116 a 120.

<sup>14</sup>Atienza: *Tras la justicia*, o. cit., p.27.

Para Atienza, las normas que componen un ordenamiento jurídico pueden ser divididas en reglas y principios, pues refiriéndose a las normas en general señala que éstas “desde esta perspectiva, son precisamente directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas que se suelen llamar prescripciones”<sup>15</sup>.

Sin embargo, aparte de esta clasificación, existe otra distinción doctrinal que si bien no aparece reflejada en ningún texto legal o normativo, es de una gran importancia para la Teoría del Derecho. Nos referimos así a la distinción entre reglas y principios, ambas categorías incluidas en el concepto de normas jurídicas, puesto que ordenan, permiten o prohíben determinadas conductas humanas, pero que difieren en gran medida por una multitud de factores, en especial en su forma de aplicación y en el modo en que se resuelven situaciones de contradicción entre ellas, es decir, en caso de conflicto de normas.

### **La tesis de la demarcación fuerte vs la tesis de la demarcación débil.**

La distinción entre reglas y principios es uno de los temas más debatidos en los últimos años, tema que ha provocado diferentes soluciones ofrecidas por numerosos teóricos del Derecho. Algunos consideran que el debate fue iniciado por Ronald Dworkin en su artículo “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, incluido en 1967 en su obra “Los derechos en serio”<sup>16</sup>. Por el contrario, otros autores como Atienza y Ruiz Manero<sup>17</sup>, destacan que este tema fue abordado anteriormente al artículo de Dworkin, por otros teóricos tales como Walter Winburg en Austria o Josef Esser en Alemania, en las décadas de los cuarenta y los cincuenta, respectivamente.

Aunque existen numerosas diferencias en los que los teóricos piensan acerca de los criterios que deben ser empleados para la distinción entre principios y reglas, podemos afirmar que las opiniones pueden ser divididas a grandes rasgos en dos tesis principales:

a) La tesis de la demarcación fuerte. Según esta tesis, la principal diferencia entre reglas y principios no se refiere al grado de generalidad, sino que es una diferencia cualitativa, es decir, que reglas y principios pertenecerían a categorías diferentes<sup>18</sup>.

Esta tesis se basa principalmente en la última noción wittgensteniana de regla, que establece que solo hay dos posibles vías de actuación: la regla puede ser seguida o no, sin que quepa una tercera alternativa. Esto no quiere decir que en las reglas no se puedan formular todo tipo de excepciones, como por ejemplo cuando dos reglas entran en conflicto entre sí y se resuelve aplicando la regla posterior en el tiempo, si bien en este caso la regla que cede no forma parte del orden jurídico.

---

<sup>15</sup> Manuel Atienza: *Introducción al derecho*, México: Fontamara, 2007 (1985), p. 25.

<sup>16</sup> Vid. DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.

<sup>17</sup> Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Sobre principios y reglas*. En: *Doxa*, 1991, nº10. P. 101.

<sup>18</sup> ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 1985, pp. 71 y ss.

Ahora bien, los principios son cualitativamente distintos al hablar del peso de su carácter vinculante. Así, como publicó Francisco Laporta, las características de los principios que permite diferenciarlos de las reglas pueden enumerarse de la siguiente forma:

1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo razones *prima facie*.
2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen.
3. Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible.
4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales<sup>19</sup>.

Por lo tanto, mientras que en las reglas estará establecido de antemano cual debe estar por encima de la otra en caso de conflicto, los principios muestran sólo la dirección en la que debería buscarse la solución, por lo que cuando hay un conflicto entre principios no podemos encontrar un orden jerárquicovinculante existente que muestre la forma en que se ha de resolver, sino que habrá que atender a cuál es el principio de mayor peso en el caso concreto.

b) La tesis de la demarcación débil. Esta tesis también está conectada con el pensamiento wittgensteniano. Según esta tesis, los principios y las reglas guardan entre sí una relación de parecido, y la principal diferencia con la tesis anterior es el criterio que utiliza para la distinción entre ellos, esta vez de grado, no cualitativa, y aunque ambos desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, si bien a parte de esta generalidad no habría más características para diferenciarlos según esta tesis. Esta generalidad se refiere al hecho de que los principios son normas que expresan valores, sin concretar las pautas de actuación que han de seguirse, dando al legislador la obligación de respetar los mismos, si bien eligiendo el modo adecuado de hacerlo, puesto que mientras una regla ha de ser aplicada cuando se produzca el supuesto de hecho que la misma describe, en el caso de los principios habrá que atenerse a cada caso concreto para valorar el principio que debe prevalecer, es decir, que hasta que no se produzca el caso será imposible determinar qué principio o principios han de ser ponderados para resolver la cuestión litigiosa<sup>20</sup>.

Sin embargo, desde un punto de vista lingüístico, ambas tesis, incluso la tesis de la demarcación débil, resultan controvertidas, pues todas las normas jurídicas pueden llegar a ser susceptibles de ser inaplicadas desde este punto de vista. En palabras de Neil MacCormick: “Cualquier formulación de disposiciones jurídicas por obra de la

---

<sup>19</sup> LAPORTA, F. *Legal principles*. 1999, pp. 4 y ss.

<sup>20</sup> AARNIO, A. *Reglas y principios en el razonamiento Jurídico.*, 2000, p. 594.

doctrina, o de una argumentación forense, o como parte de un conocimiento basado en un sistema experto, es presumiblemente inaplicable bajo ciertas circunstancias”<sup>21</sup>.

Por su parte, el teórico Giovanni Sartor analiza la cuestión de la inaplicabilidad de las normas jurídicas exponiendo lo siguiente: “Toda norma posee las características que Dworkin atribuye a los principios: es inaplicable en una serie de circunstancias no predeterminadas en abstracto, y permanece siendo válida aunque resulte contradicha por normas prevalentes en casos particulares”<sup>22</sup>. Esto no quiere decir que el citado autor considere que no existe ninguna diferencia entre reglas y principios, sino que como él mismo expone: “La distinción entre reglas y principios, si se funda sobre la inaplicabilidad, no es una división entre categorías de normas con diferentes estructuras lógicas, sino, a lo sumo, una distinción empírica y una diferencia de grado, dependiendo del nivel de predominio de características que toda norma posee hasta cierto punto: sólo podemos decir que una norma es una regla en la medida que su antecedente contiene términos descriptivos precisos, y que es un principio en cuanto su antecedente contiene términos imprecisos o valorativos, y su prioridad es indeterminada”<sup>23</sup>.

A esto debemos añadir, que no todas las reglas están dotadas de total precisión, pues puede darse el caso de que una regla, al igual que los principios, exija ponderación. En este sentido Ronald Dworkin establece que los principios poseen un diferente status lingüístico cuando son comparados con las reglas, pero además son válidos en virtud de consideraciones morales en lugar de ser válidos en virtud de un actor de poder. Por su parte, Robert Alexy afirma que los principios son la reformulación normativa de un valor en todo caso, lo cual no obsta para que determinadas normas que revistan el carácter de reglas puedan ser una reformulación de un valor también, al menos en parte<sup>24</sup>.

Podríamos concluir que el punto de vista lingüístico coincide al menos en parte con la tesis de la demarcación débil, pues establece que la diferencia entre reglas y principios es una diferencia de grado, y no cualitativa como sugiere la tesis de la demarcación fuerte, y el principal argumento que da para ello es la facilidad con que podemos comprobarlo si clasificamos las normas jurídicas de tal forma que encontremos en un extremo una regla típica, y en el otro un principio típico, quedando entre ambos extremos una gran variedad de normas que no revisten claramente la forma de reglas ni de principios, pudiendo considerar a éstas formas “mixtas”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup>MacCormick, N.: *Defeasibility in Law and Logic.*, En: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning* (ed. By ZenonBankowski, Jan White and Ulrike Hahn).1995, pp. 199 y ss

<sup>22</sup>Aarnio, A.: *Reglas y principios en el razonamiento jurídico.* Cit, pag 594.

<sup>23</sup>Íbidem.

<sup>24</sup>Aarnio, A.: *Reglas y principios en el razonamiento jurídico.* Citpag. 595.

<sup>25</sup>Íbidem.

## La tesis de Ronald Dworkin.

El punto principal que el teórico del Derecho Ronald Dworkin quiso abarcar con su tesis es la existencia de una única respuesta correcta para todo caso jurídico, a diferencia de los autores Hart y Kelsen. Estos últimos autores señalaban en sus teorías positivistas la posibilidad de casos no regulados, fundamentalmente por la vaguedad del lenguaje del Derecho. Por lo tanto, las teorías positivistas van en contra de la posibilidad de una única respuesta correcta para cada caso concreto, pues si un caso cayera en un espacio vacío del sistema jurídico, es decir, si a la hora de aplicar un caso encontráramos una laguna normativa, el juez o intérprete debería decidir la solución del caso por medio de fundamentos extrajurídicos.

Dworkin se contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico, ofreciendo en su lugar un modelo de principios. Según este modelo, además de reglas, encontramos principios en el sistema jurídico, y serán estos principios jurídicos los encargados de ofrecer una única respuesta correcta en aquellos casos en que las reglas no están capacitadas para tal efecto. Sin embargo, el propio autor reconoce que no existe ningún procedimiento expreso del que podamos hacer uso para llegar de forma inequívoca hacia la única respuesta correcta. Por lo tanto, corresponde al juez acercarse lo máximo posible a este ideal, y, para ello, debe estar equipado, en palabras de Dworkin, con “supermanskill, learning, patience and acumen”, es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, lo que le convertiría en un intérprete capaz de hallar la única respuesta correcta, lo que Dworkin llama “Hércules”<sup>26</sup>.

A la hora de distinguir entre reglas y principios, el criterio empleado con más frecuencia por Dworkin es el de la generalidad<sup>27</sup>. Según este autor, mientras que los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, las reglas son normas con un grado de generalidad relativamente bajo. La norma de que todos gozan de libertad de creencias sería un ejemplo de norma con un grado alto de generalidad. Lo citado anteriormente entraría en la denominada tesis débil de la separación, pues al considerar la generalidad como punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es inevitable llegar a la conclusión de que la diferencia entre ambas categorías de normas es tan sólo una diferencia de grado.

Los criterios que emplea Dworkin para la distinción se basan principalmente en dos argumentos. El primero de ellos dice que mientras que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada, los principios no. Por lo tanto, una vez que se haya dado el supuesto de hecho de una regla, se pondera la validez de la regla, pues siendo válida deben aceptarse las consecuencias jurídicas emanadas de la misma, mientras que siendo inválida no será tenida en cuenta para la decisión. A esto se refiere Dworkin al establecer que las reglas son aplicables en todo-o-nada, una vez producido el supuesto de hecho de una regla sólo existen dos posibles vías de actuación. Por el

---

<sup>26</sup>Alexy, R.: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 140.

<sup>27</sup>Alexy, R.: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 141

contrario, aun cuando la formulación de un principio sea aplicable al caso, no tiene por qué ser determinante para la solución, sino que se limitaría a ofrecer razones que hablarían en favor de una u otra decisión.

El segundo argumento empleado por Dworkin se basa en la dimensión de peso o importancia presente en los principios y de la cual carecen las reglas. Esto es claramente visible cuando hablamos de la colisión entre normas. Si la colisión o conflicto de normas se da entre reglas, es decir, cuando por ejemplo una regla manda lo que otra prohíbe, una de ellas será necesariamente inválida, siempre y cuando no se establezcan excepciones que permitan aplicar una de ellas en ciertos casos sin que ello suponga un obstáculo para la aplicabilidad de la otra regla en circunstancias diferentes. En lugar de la invalidez necesaria de una de las normas en caso de conflicto, cuando dos principios entran en colisión, el intérprete deberá valorar cuál es el principio de mayor importancia o peso en el caso concreto, y, aunque uno de ellos será el único aplicable en el caso, esto no quiere decir que el otro principio devenga inválido, pues nada impide que el principio de menor peso se convierta en el de mayor peso y, por lo tanto, en el aplicable, al entrar en conflicto de nuevo con el mismo principio que en su momento lo desplazó, siempre y cuando existan circunstancias que expliquen este cambio<sup>28</sup>.

Puede pensarse que el primer argumento dado por Dworkin, es decir, el hecho de que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada, pierde validez si tenemos en cuenta aquellos casos en que se introduce una nueva excepción en una regla hasta entonces inexistente con ocasión de una nueva decisión. Sin embargo, en tal caso, el segundo argumento, en el que se sostiene que los conflictos de reglas se resuelven de una forma totalmente distinta a los conflictos que puedan surgir entre conflictos, ofrecería unos criterios adecuados para establecer una distinción.

La tesis de Ronald Dworkin es una crítica de gran relevancia que ataca principalmente a las dos tesis básicas del positivismo jurídico, a saber, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y la tesis de la Discrecionalidad Judicial<sup>29</sup>.

La primera de estas tesis defiende que la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral, sino que su validez habrá de ser conforme a lo que el teórico Hart denomina la “regla de conocimiento”. Dworkin sostiene lo erróneo de esta tesis fundamentalmente por la existencia de principios en el Ordenamiento Jurídico, cuya pertenencia al mismo viene dada precisamente por la adecuación de su contenido a la moral. Por lo tanto, para Dworkin, sería la existencia misma de los principios lo que permitiría la introducción de la moral en el Derecho, pues los mismos no serían otra cosa que una exigencia de justicia, equidad, o cualquiera otra dimensión de la

---

<sup>28</sup>Alexy, R.: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 141.

<sup>29</sup> Ruiz Ruiz, R.: *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014, p. 33.

moralidad, siendo este uno de los argumentos más utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre Derecho y moral.

Sin embargo, los argumentos empleados por Dworkin para la crítica del positivismo han encontrado una amplia respuesta por parte de diversos juristas. Así, Gregorio Peces-Barba<sup>30</sup> señala que los valores, principios y derechos no son Derecho hasta que no sean incorporados al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el Derecho: El Derecho mora y el Derecho judicial. Por tanto, en palabras del citado autor “no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la ‘regla de reconocimiento’, y yo la ‘norma fundante básica de identificación de normas’. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores, y los derechos, [...] no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad [...]. Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorporan al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así, se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista”.

### **La tesis de Robert Alexy.**

Robert Alexy considera que la distinción entre reglas y principios es totalmente necesaria para la teoría de los derechos fundamentales, ya que afirma que sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión, y tampoco una teoría suficiente sobre el papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico<sup>31</sup>. Alexy, al igual que Dworkin, establece dos criterios de diferenciación entre reglas y principios, y aunque comparte algunas similitudes con los criterios de Dworkin, Alexy no reconoce la validez del primer argumento empleado por el citado autor (el criterio que establece que las reglas son aplicadas en la forma todo-o-nada), si bien está de acuerdo con el segundo criterio empleado por Dworkin.

Para Alexy, el núcleo de la diferencia entre reglas y principios consiste en que los principios son “mandatos de optimización”. Es decir, los principios se caracterizan por ser normas que ordenan que algo se cumpla en la mayor medida posible, permitiendo el cumplimiento de ellos en diversos grados, siendo las posibilidades jurídicas lo que determina la posibilidad de su cumplimiento, y no sólo las posibilidades fácticas. Por el contrario, las reglas se caracterizarían por ser normas que exigen un cumplimiento pleno, lo cual quiere decir que si una regla es válida, es obligatorio hacer exactamente lo que la regla ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y

---

<sup>30</sup> PECES-BARBA, G. Prólogo a SANTAMARÍA IBEAS, J.J. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Universidad de Burgos-Dykinson, 1997. P. 13.

<sup>31</sup> Vid. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: C.E.C., 1997. Pp. 81-98.



jurídicamente. Por lo tanto, si se exige la mayor medida posible de cumplimiento teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, nos encontramos ante un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, nos encontramos ante una regla<sup>32</sup>.

El segundo criterio empleado por Alexy se apoya en los conflictos de reglas y colisiones de principios y en la forma en que éstos se resuelven para obtener un criterio de distinción adecuado. Para analizar este segundo criterio, Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional Alemán<sup>33</sup>.

En la primera decisión se trata de un conflicto entre una norma jurídica del Estado federal (Bund) y una norma de un *land*(*BverfGe*). La norma jurídica del land prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto “El Derecho federal prevalece sobre el Derecho del land” (Artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn), mientras que declara nula la norma jurídica del land. Este es un caso clásico de un conflicto de reglas. Las dos normas son contradictorias. Una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. La contradicción se elimina declarando una norma nula, por tanto, no válida, y expulsándola así del orden jurídico.

De manera enteramente distinta procede el tribunal en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto (BverfGE). Las normas en colisión son, por un lado, la norma del Artículo 2, apartado 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y, por otro lado, el principio del Estado de Derecho, en cuanto que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarla sencillamente de prohibida. Si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral simplemente como obligatorio o, cuando menos, permitido. El tribunal habría, por tanto, podido resolver el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental, o bien el deber. Si hubiera hecho esto habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. El proceder del tribunal sin embargo es de un tipo enteramente distinto. No habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una *tensión*, y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida. El caso ha de ser resuelto más bien a través de una

---

<sup>32</sup> RUIZ RUIZ, R. *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014, p. 38.

<sup>33</sup> ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 142.

ponderación, con lo cual todo depende de si “el interés del inculpaado contrario a la celebración en el caso concreto pesa de un modo claro esencialmente más que los intereses a cuya protección debe servir la medida estatal”. Este es un caso prototípico de colisión de principios. El factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido.

En definitiva, mientras que en el caso de contradicción de reglas corresponde valorar cual debe ser declarada válida y, por tanto, debe permanecer en el Ordenamiento Jurídico, en los casos de colisión de principios ambos principios son declarados válidos tanto al inicio como al final, entrando el intérprete tan sólo a valorar cuál de ellos es el de mayor importancia o peso en el caso concreto, sin determinar en ningún momento que uno de los principios deba prevalecer siempre ante el otro y en todos los supuestos, pues ambos principios seguirán permaneciendo en el Ordenamiento Jurídico y, en caso de un posterior conflicto entre ellos, si bien la anterior decisión sobre la preponderancia de uno de ellos podrá ser tomada en cuenta para la solución, no será en ningún caso determinante, pues en el nuevo caso nada obsta para que se inviertan sus papeles, de tal modo que el principio considerado en la decisión anterior el de mayor peso sea ahora el de menor peso y viceversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso. En conclusión, “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso”<sup>34</sup>.

Por lo tanto, ¿sería posible la única respuesta correcta para cada caso que planteaba Ronald Dworkin? Esto es lo que trata de explicar la teoría del discurso. La pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia aseguraría la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. Robert Alexy trató de formular este sistema de forma explícita a través de un sistema de 28 reglas. Las reglas se extienden desde aquéllas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquéllas que expresan la idea de universalizabilidad, entre otras cosas asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la misma consideración en el discurso, hasta aquéllas que rigen para la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas<sup>35</sup>. Este sistema de reglas no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que además sirve de base para la justificación y crítica de éstas en el marco del sistema jurídico en su conjunto.

Por lo tanto, el hecho de que para cada caso exista o no una única respuesta correcta dependería esencialmente de que el discurso práctico llevara a una única respuesta correcta, lo cual podría conseguirse si su aplicación supusiera una garantía de

---

<sup>34</sup> Ruiz Ruiz, R. *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*. 2012, p. 157

<sup>35</sup> ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 150.

consenso. Sin embargo, a simple vista es fácil entrever que, bajo condiciones reales, varias de las exigencias del discurso se pueden cumplir tan sólo en parte o, más bien, de forma aproximada, lo cual ya supondría la exclusión de consenso para cada cuestión. De modo que una única respuesta correcta sólo se podría admitir si recurrimos a cinco idealizaciones, enumeradas por Robert Alexy, las cuales serían las siguientes.

En primer lugar, tiempo ilimitado, pues el intérprete necesitaría meditar la cuestión sin límite o plazo alguna para llegar a la única respuesta correcta. Sin embargo, el tiempo ilimitado por sí sólo no garantizaría la llegada a la única respuesta correcta, por no hablar de los graves perjuicios que supondría para la eficiencia y eficacia de nuestro sistema jurídico la supresión de los plazos para resolver, además de provocar una gran inseguridad jurídica. En segundo lugar, el intérprete precisaría información ilimitada, lo cual no puede ser otra cosa que una utopía en el sistema jurídico actual. Esta información ilimitada permitiría conocer absolutamente todos los detalles relevantes para cada caso, por lo que la decisión se basaría totalmente en hechos objetivos y conocidos por las partes, sin ninguna duda acerca de su veracidad. En tercer lugar sería necesaria una claridad lingüística conceptual ilimitada, lo cual evitaría el problema de la vaguedad con la que están redactadas algunas normas, poniendo de relieve lo que el legislador quiso exactamente decir con cada norma. Las dos últimas idealizaciones necesarias para la consecución de una única respuesta correcta para cada caso serían la capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y la carencia de prejuicios ilimitada, que garantizaría la total imparcialidad del intérprete y la igualdad real.

Aún con todo esto, Robert Alexy señala que, ni aún con la concurrencia de las citadas idealizaciones, podemos asegurar la existencia de una única respuesta correcta para todos los casos. A parte, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita con seguridad llegar en cada caso a la única respuesta correcta. No obstante, esto no quiere decir que se deba renunciar a la idea de una única respuesta correcta, sino que toda la argumentación anterior sirve para determinar su *status* con más precisión. Por lo tanto, los respectivos participantes del discurso jurídico, deben elevar la pretensión de que su respuesta es la única respuesta correcta, presuponiendo de este modo que es una idea regulativa. Esta idea regulativa presupone que si bien no existe para cada caso una única respuesta correcta, es innegable que existe para ciertos casos, por lo que es aconsejable buscarla en un afán de acercarse lo máximo posible a esta idea en caso de que no llegue a existir. Por lo tanto, “las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas

correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas”<sup>36</sup>

### 3. Los principios jurídicos.

El tema de la caracterización de esta categoría de normas ha sido uno de los temas más discutidos por los juristas, debido al grado de ambigüedad y vaguedad que rodea al propio término de principio, lo cual ha desembocado en una pluralidad de significados que son atribuidos al mismo. Sin embargo, como señala García Figueroa, podríamos llegar a una noción de principio, pues “quizás las diferencias entre los autores respondan más a la asignación estipulativa de la centralidad a cierta propiedad en perjuicio de otras, que a una genuina discrepancia ontológica”<sup>37</sup>.

El citado autor explica este hecho<sup>38</sup> poniendo de manifiesto la versatilidad de los principios, pues han sido necesarios para realizar tareas de gran relevancia y disparidad, como sellar el Ordenamiento Jurídico, en orden de garantizar su plenitud, así como conferirle unidad y coherencia. Estas tareas redundan en un mismo fin, contribuir a economizar el sistema, y en definitiva a justificar el rechazo del positivismo jurídico.

Otro factor que influye en la dificultad de definir los Principios Jurídicos es el hecho de que su concepción haya cambiado notoriamente en los últimos tiempos. En su etimología latina, *principium* es una palabra compuesta. Por un lado, *pris*, significa antiguo y valioso, y por otro, *cpse* encuentra tanto en el verbo *capere*, con el significado de asir, coger o tomar, y en el sustantivo *caput*, donde significa cabeza<sup>39</sup>. Si hablamos del término griego, José Ferrater sostiene que la traducción más adecuada de principio sería el término *arch*<sup>40</sup>. El significado del mismo varía en cuanto se refiere a primacía en tiempo, rango o lugar<sup>41</sup>. Primacía en tiempo denota el punto de un nuevo inicio en una secuencia temporal. Por su parte, primacía en rango tiene como sentidos dominio, ámbito, fundamento y autoridades. Por último, primacía de lugar refiere el punto de origen o de partida.

No obstante, a pesar de la dificultad de encontrar una definición exacta, sería imprudente negar su existencia. En palabras de Miguel Reale, “podemos afirmar que los principios son –verdades fundantes– de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de

---

<sup>36</sup> ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. 1988, p. 151.

<sup>37</sup> Vid. GARCÍA FIGUEROA, A., *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Vid. *Íbidem.*

<sup>39</sup> Sánchez de la Torre, A., *Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica*, en *Los principios generales del derecho*, Madrid: RAJL, Actas, 1993, p. 17.

<sup>40</sup> Ferrater Mora, J., *Diccionario de filosofía*, vol. III, Barcelona: Ariel, 2001, p. 2907.

<sup>41</sup> Horst Balz y Gerhard Schneider: *Diccionario exegético del nuevo testamento*, vol. I, Barcelona: Sígueme, 1996, p. 485. También *Diccionario manual griego (griego clásico-español)*, Barcelona: Vox, 2002, p. 88.

orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de Investigación y de praxis”<sup>42</sup>.

Si acudimos al significado ofrecido por el diccionario de la Real Academia Española, veremos que dice que principio es “comienzo, origen”, o bien el “punto que se considera como primero en una extensión”, lo cual pone de manifiesto que dicha extensión parte necesariamente de un primer punto y nos lleva a un segundo punto. Otros significados se refieren a la derivación del sustantivo principio del verbo principiar, cuyo significado es “dar comienzo a una cosa”.

Si enlazamos esto con el significado que pretendemos atribuir al término desde un punto de vista más jurídico, podemos decir que *principio* tiene inherente un punto de inicio y un nexo con aquello que se pretende sostener o afianzar. Según Roberto Islas, hace referencia a un cimiento o afianzamiento y un nexo que relaciona este cimiento con aquello que se quiere sostener o afianzar. El argumento que pretende señalar el citado autor sobre esta base sería que un principio jurídico es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello con que se deba relacionar<sup>43</sup>.

Si bien los principios fueron considerados tradicionalmente como normas implícitas (los llamados principios generales del Derecho), es decir, normas de carácter residual cuya finalidad era la de garantizar (o al menos intentarlo) la plenitud del Derecho, hoy día esa concepción ha sido cambiada debido al innegable carácter normativo atribuido en la actualidad a las constituciones, así como a la inclusión dentro de las mismas de una gran cantidad de principios explícitos<sup>44</sup>. En este sentido, proclama el profesor Ramón Ruiz que los principios son considerados “normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales (...) que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores”<sup>45</sup>.

El hecho de que la noción de principios se haya visto impedida por la ambigüedad de la misma, provocando una gran discusión sobre su exacto significado, es algo sobre lo que se ha pronunciado Aarnio<sup>46</sup>. Dicho autor sostiene la posibilidad de reducir las dificultades conceptuales efectuando una distinción entre varios tipos de principios. En efecto, algunos autores emplean el término “principio” como sinónimo de los denominados principios-valor o principios-objetivo. Otros, sin embargo, llaman “principios” a normas prácticamente iguales a las reglas, como el

---

<sup>42</sup> Reale, M., *Introducción al Derecho*; IXª ed., Ed. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1989, p. 138.

<sup>43</sup> Islas Montes, R., *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. Año XVII, Montevideo, 2011, p. 400.

<sup>44</sup> Vid. Ruíz Sanz, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid: Dykinson, 2002. Pp. 103-104.

<sup>45</sup> RUÍZ RUÍZ, R., *Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Junio, 2010. Pp, 119-132.

<sup>46</sup> Vid. AARNIO, A., Op. Cit., pp. 595-596.

principio que dicta que “Nadie puede beneficiarse de ilícito que ha cometido”, que a pesar de ser un principio es claramente semejante a una regla.

Según Aarnio, la distinción entre los diversos tipos de principios debe ser efectuada del siguiente modo:

a) En primer lugar, tendríamos los principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico, por ejemplo el principio del estado de Derecho, la presunción del legislador racional y el principio de la propiedad privada. Los valores ideológicos básicos incluyen también, entre otros, principios morales que expresan concepciones generales sobre la familia, las relaciones sexuales y el cuidado de los niños.

Si bien estos principios se expresan también en normas legales, o constituyen explícitamente las bases de las instituciones jurídicas, en pocas ocasiones son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas.

b) Los principios jurídicos positivos. En este caso, o bien están expresamente recogidos en las normas legales o, al menos, se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. A menudo son valores o principios-objetivo. Sin embargo, estos últimos no agotan la categoría de los principios jurídicos positivos, y, siempre según Aarnio, podemos encontrar dentro de los mismos las siguientes modalidades:

i) Los principios formalmente válidos que se recogen expresamente en los textos legales, como los principios que regulan derechos humanos básicos, sociales o políticos: la libertad de expresión y asociación, la igualdad y la seguridad social. Algunos se manifiestan también en el ámbito jurídico-privado, como la protección del trabajador en el Derecho laboral, y el principio de buena fe en el Derecho de contratos.

ii) Las generalizaciones jurídicas que, a diferencia de los anteriores, no se encuentran normalmente especificadas en los textos legales, sino que se fundan en la denominada “inducción”, sea lo que ésta sea desde el punto de vista teórico, mediante la cual un estudioso o un juez generaliza a partir de varias normas individuales (reglas), un principio que abarca a todas ellas.

iii) Los principios relativos a la toma de decisiones, como la máxima *audiatur et altera pars*, o *nulla poena sine lege praevia* el principio de legalidad del Derecho penal que incluye la prohibición de la analogía *in malam partem*. Muchos de estos principios han sido tácitamente aceptados en la comunidad jurídica e institucionalizados en la tradición jurídica occidental, y, como tales, forman parte del Ordenamiento Jurídico, justificando a su modo las decisiones jurídicas. Algunos principios de este tipo han sido, no obstante, explícitamente recogidos en las leyes.

iv) Por último, están los principios extrasistemáticos: si bien sólo las normas jurídicas son formalmente válidas, aun así, los principios morales pueden ser

significativos en el razonamiento jurídico, al modo de las denominadas fuentes posibles [*may-sources*] del Derecho. En un contexto jurídico, el argumento moral “extra-jurídico” se convierte en jurídicamente relevante.

A juicio de Atienza y Ruiza Manero<sup>47</sup>, el concepto de “Principio Jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, es decir, de norma que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma pragmática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del Ordenamiento Jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, entre otras; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del Ordenamiento Jurídico o de un sector del mismo.

Esto no quiere decir que los citados autores sostengan que una norma deba acogerse de forma completa a uno de estos significados, ni que el hacerlo a uno implique la imposibilidad de acogerse a otro. Por el contrario, ambos afirman que los anteriores rasgos descritos tienden a solaparse entre sí. De hecho, podemos encontrar un ejemplo de norma en la Constitución española que podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas, pues en su artículo 51 dice que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Por lo tanto, ante la dificultad de extraer unos caracteres precisos que sean comunes a todos los principios, sucede en la práctica la posibilidad de convertir reglas en principios y principios en reglas mediante la interpretación. Sin embargo, siguiendo de nuevo a Atienza y Ruiz Manero, podemos extraer unas determinadas características comunes a la gran mayoría de los Principios Jurídicos, que serían la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad<sup>48</sup>.

En primer lugar, la fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento Jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. Según el profesor Ramón Ruiz, hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad de una norma: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen

---

<sup>47</sup> Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., Op, cit., p. 29.

<sup>48</sup> Vid. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., Sobre principios y reglas., Op. Cit., p. 29.

finés u objetivos respecto a otras; y, por último, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social<sup>49</sup>.

Por su parte, la generalidad de una norma alude a la amplitud del campo de su aplicación, pues tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. Un ejemplo lo podemos ver en el Derecho privado, donde adquiere gran importancia el principio de buena fe, y, sin embargo, no podemos encontrar una enumeración *numerus clausus* de los comportamientos que se consideran contrarios a la buena fe.

La vaguedad es frecuentemente confundida con la generalidad. No obstante, decir que una norma es vaga quiere decir que, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. Vaguedad que deviene necesaria, pues, según Endicott “la vaguedad es un rasgo esencial del Derecho [...] no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas”.<sup>p181</sup> Por ejemplo, en relación con el artículo citado en el párrafo anterior, no siempre es fácil juzgar si una determinada acción se encuentra sujeta a las actuaciones debidamente consideradas dentro de la buena fe. Otro ejemplo de principio que reúne estas tres características a la vez (generalidad, fundamentalidad y vaguedad) lo encontramos en el Artículo 6 de la Constitución española, que dice: “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”.

Si examinamos detenidamente el ejemplo, podemos ver que la fundamentalidad es uno de sus caracteres, en especial la anteriormente citada fundamentalidad axiológica. Esto quiere decir, que el cambio de este precepto afectaría sustancialmente al resto del Ordenamiento Jurídico, y en concreto que es una norma que contiene un valor político (el amor a la patria) y ético (ser justos y benéficos) sobre los cuales se asientan nuestra estructura política y social. La vaguedad y la generalidad del ejemplo resultan bastantes obvias, pues en cada caso habría que entrar a determinar si la conducta realizada puede realmente considerarse contraria a este precepto, revistiendo gran dificultad la tarea por el hecho de contener directrices tan abstractas, con la consecuencia de que una decisión al respecto pudiera parecer subjetiva si no cuenta con la debida argumentación, dando en estos casos gran importancia a la labor de interpretación.

Esto desemboca, como señala Barranco Avilés<sup>50</sup>, en una imprecisión que reviste a esta categoría de normas. Además, son numerosos los casos en que los principios remiten a conceptos no específicamente jurídicos, los cuales contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias. Si bien de ello se puede extraer la ventaja de dotar al lenguaje jurídico de una gran capacidad inclusiva (cualidad que reviste especial

---

<sup>49</sup> RUIZ RUIZ, R. *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014, p. 49.

<sup>50</sup> BARRANCO AVILÉS, M.C. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 20.



importancia en materia constitucional), es especialmente problemático si tenemos en cuenta que estamos ante “el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos”.

### **Principios implícitos y principios explícitos.**

El principal criterio utilizado para la clasificación de los Principios Jurídicos, es aquel que distingue entre principios explícitos e implícitos –comúnmente denominados principios generales del Derecho-. Los primeros aparecen recogidos en un texto normativo, es decir, han sido expresamente citados por una fuente de producción jurídica. Por el contrario, los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del Ordenamiento Jurídico –aunque para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del Derecho Natural-.

Los principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues sin ellos podrían aparecer lagunas en el Ordenamiento Jurídico, y no menos importante, son utilizados para resolver conflictos entre normas y determinar cuál debe ser la aplicable al caso concreto. Por su parte, el Tribunal Constitucional español se refiere a ellos de la siguiente forma: “Los principios generales del Derecho, no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores, los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias”<sup>51</sup>. La consecuencia derivada de este precepto se ve reflejada en el grado de discrecionalidad que se permite a los operadores jurídicos, lo que provoca problemas desde el punto de vista de su juridicidad o su integración en el Derecho.

Para poder entender qué debemos considerar integrado en el concepto de principio implícito, el autor Federico de Castro y Bravo los clasifica en tres categorías<sup>52</sup>. Los derechos generales se podrían dividir entre los del derecho natural, que son eternos, inmutables y perfectos; los tradicionales, como las costumbres y las aspiraciones de la colectividad; y, por último, los que se manifiestan en las leyes políticas.

Algunos autores han agrupado a los distintos derechos generales en función de a la rama del Derecho privado a la que pertenecen. Por el contrario, señala García Máynez, que si en vez de dividir los principios generales del Derecho atendiendo a este criterio hacemos uso de un criterio material en un sentido más amplio, podremos obtener la siguiente clasificación:

- a) Principios generales de derecho substancial: que establecen máximas para la conducta de los particulares (como, por ejemplo, la prohibición de actos que impliquen el llamado abuso de un derecho). Estos principios están principalmente dirigidos a los ciudadanos.

---

<sup>51</sup> STC 290/ 2000, de 30 de Noviembre (voto particular de Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Rafael de Mendizábal Allende).

<sup>52</sup> Cfr. Castro y Bravo, F., de; op. Cit. Pp. 452 y ss.

- b) Principios generales de derecho procesal, dentro de cuyo grupo podemos incluir las reglas de carácter hermenéutico (por ejemplo: el de no juzgar dos veces el mismo caso). Principios que deben respetar los intérpretes o jueces.
- c) Principios generales de organización (por ejemplo el de heterotutela en los ordenamientos estatales, el de la separación de poderes en el Estado de Derecho o el de la irretroactividad de las leyes). Principios que están dirigidos al legislador<sup>53</sup>.

Otro criterio empleado para la clasificación de los principios generales, es aquel que atiende a la extensión del ámbito de validez de los mismos. Esto es, que no todos los principios generales lo son del mismo modo, pues difieren en el grado de su generalidad. A parte, dicha generalidad es relativa, pues la misma norma puede considerarse como principio general respecto de otra más específica o como norma específica respecto de otra más general.

Este criterio es el que atiende el autor Bobbio, quien defiende que los principios generales del Derecho se dividen en:

- a) Principio de un instituto (como el de la indisolubilidad del matrimonio en el derecho italiano o el de la irrevocabilidad de las donaciones).
- b) Principios de una materia (por ejemplo, el que estatuye que la carga de la prueba corresponde a quien hace valer su derecho).
- c) Principio de una rama jurídica (verbigracia, el del favor rei en derecho penal o de la progresividad del impuesto en derecho fiscal).
- d) Principio de todo un orden jurídico (como por ejemplo, el de la libertad de contratación de un régimen inspirado en la ideología liberal o el de respeto a la vida de la comunidad)<sup>54</sup>.

De todo esto podemos deducir la dificultad de conectar tales principios con el Derecho natural, hecho que la doctrina tradicional tacha de necesario. Como indica Díaz Roca<sup>55</sup>, la doctrina oscila en torno a dos posturas básicas: la iusnaturalista, para la que equivalen pura y simplemente al Derecho natural, siendo así normas que no tienen una formulación positiva ni están sancionadas por ninguno de los poderes del Estado, pero tienen una indudable vigencia y virtualidad como expresiones de verdades jurídicas universales por la recta razón; y la positivista, que sostiene que los principios implícitos sirven de fundamento a un Derecho positivo dado, pero que no tienen carácter metajurídico, sino que se obtienen mediante un proceso de abstracciones lógicas sucesivas de ese propio Derecho positivo.

No obstante, hoy en día, esta discusión es más teórica que práctica, pues en la realidad, unos principios del Derecho natural no podrán ser invocados más que en la medida en que coincidan sustancialmente con los principios básicos del Ordenamiento vigente. En

<sup>53</sup> Cfr. García Máynez, E.: op. Cit., p. 319.

<sup>54</sup> Cfr. Bobbio, N., *Principios Generales del Derecho*, En *Novisimo Digesto Italiano*. P. 894 y 895. Citado por Eduardo García Máynez: *Filosofía del Derecho*. Op. Cit., p. 320.

<sup>55</sup> Vid. DÍAZ ROCA, R. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997., p. 229.

esta línea se pronuncia Rafael de Asís, para quien “los principios implícitos son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas. Se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y [...] su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen”<sup>56</sup>. En este sentido, los principios generales del Derecho estarían relacionados bien con normas jurídicas, bien con decisiones jurisprudenciales; ésta es, además, como señala el citado autor, la visión que se identifica con la utilización que de ellos hacen los jueces y tribunales.

A pesar de lo anterior, como señala Rodríguez Calero<sup>57</sup>, es importante subrayar que los órganos jurisdiccionales crean nuevas normas a través de esta racionalización de las normas jurídicas que forman parte del sistema jurídico. No se trata, por tanto, de un enunciado normativo a interpretar, sino de la creación de una nueva norma jurídica que ha de resolver un supuesto no regulado.

Lo anteriormente citado puede generar dudas respecto a la legitimidad judicial, pues este proceso no puede ser ya concebido como la puesta en marcha de una investigación dirigida a obtener una respuesta del Derecho para un caso conflictivo que se supone regulado expresa e implícitamente por él. En palabras de M. Saavedra, “esto es lo que el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen del juez: sumisión exclusiva al imperio de la ley y a unos determinados criterios metodológicos. Pero si en el proceso de obtención judicial del Derecho intervienen otros elementos, más aún, si esos elementos se incrustan en dicho proceso desde su raíz, condicionando el recurso a unos u otros métodos, orientando la búsqueda del significado de las normas y del sentido de los hechos, e incluso dirigiendo las construcciones doctrinales y dogmáticas, entonces al juez le corresponde, como artífice de la decisión, una responsabilidad que no cabe trasladar exclusivamente a la ley. Y ello ocurre aunque actúe correctamente, es decir, aunque actúe como el Estado de Derecho y el sistema jurídico exigen de él”<sup>58</sup>.

En respuesta a esta objeción, como dice el profesor Ramón Ruiz, que “si bien los principios implícitos son construidos por el intérprete, lo cierto es que éste no goza de libertad absoluta en su elaboración, pues ha de tener en cuenta el conjunto de normas que forman parte del sistema jurídico; y si se produce un cambio normativo en la regulación de una determinada materia, el intérprete se ve complejido a establecer una racionalización de esa nueva legislación, fijando un Principio Jurídico que haga coherente ese conjunto de reglas entre sí y con respecto al resto del Ordenamiento”<sup>59</sup>. De lo anterior podemos deducir, que el intérprete no tiene la posibilidad de crear nuevo contenido en Derecho según su propio criterio, sino que por el contrario ha de basar todas sus decisiones en argumentos jurídicos sólidos, sin contar con que estos casos en

---

<sup>56</sup> ASÍS ROIG, R., Op.cit., p. 11.

<sup>57</sup> Vid. RODRÍGUEZ CALERO, J.M. *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*. Madrid: Dykinson, 2004. P. 112.

<sup>58</sup> SAAVEDRA, M. *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*. México: Fontamara, 1994. P. 85.

<sup>59</sup> RUIZ RUIZ, R. *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014, p. 54.

que el intérprete realiza esta labor son exclusivamente aquellos en que pueda aparecer una laguna jurídica que deba ser solventada.

El hecho de que los principios generales del derecho dan lugar a la discrecionalidad del operador jurídico es defendido por Rodríguez Calero<sup>60</sup>. El mismo sostiene que la determinación de que un supuesto no encuentra una respuesta en las normas concretas del Ordenamiento, reglas o principios explícitos, entraña una valoración en cierta medida discrecional, pues el operador podría optar por utilizar mecanismos interpretativos que implicarán la búsqueda de respuestas en los propios enunciados del mismo. En segundo lugar, continúa Rodríguez Calero, el hecho de que un operador jurídico considere que existe una laguna jurídica, y que ninguna respuesta pueda ser encontrada en una norma, y opte por este método en lugar de cualquier otro, ya implica discrecionalidad. Por último, también puede suceder que dos o más racionalizaciones de las normas jurídicas sean igualmente plausibles, pero ofrezcan soluciones distintas; fundamentalmente, las consecuencias que se desprenden de la adopción de cada Principio Jurídico, lo cual implica también una amplia discrecionalidad. Por lo tanto, si bien el operador ha de justificar cada una de sus elecciones, es innegable que dependiendo del operador encargado de proveer una respuesta, existirían diferentes soluciones. Y aunque las diferentes respuestas puedan ofrecer una solución correcta a pesar de sus diferencias, podemos afirmar que la misma entrañará cierto grado de subjetividad.

En este sentido se pronuncia Javier Ansuátegui, quien dice que a la hora de tomar una decisión fundamentada en los principios explícitos “el juez va a utilizar elementos diferentes a los que el legislador ha puesto de manera explícita en sus manos, es preciso redoblar los controles de su actividad [...] desde el momento en que la referencia al aséptico silogismo es insuficiente, hay que ir más allá. Hay que someter al juez a exigencias de legitimación que afectan directamente no sólo al sentido de su decisión, sino al desarrollo del proceso a través del cual ha tomado esa decisión, ha ejercido en definitiva su función. Por eso las exigencias argumentativas que se imponen al juez son especialmente graves”<sup>61</sup>.

Por lo tanto, la función determinante de los principios jurídicos, como señalan Atienza y Ruiz Manero es la de ser aplicados para resolver casos. En su función regulatoria limitan la obtención del resultado, que este se produzca en apego a la ley, esto es, que la norma *stricto sensu* sea construida derivadamente de otras normas y que su aplicación quede enmarcada dentro de los fines de las normas de donde se construyó.

Puede que su función regulatoria quede de manifiesto cuando al aplicar la ley el aplicador persigue un fin distinto al establecido por ella, con lo que comete un ilícito, no por desviarse de lo que la ley le permite hacer, sino por desviarse del principio jurídico que la regula y limita. En palabras de Atienza y Ruiz Manero, “la idea de desviación

---

<sup>60</sup> Vid. RODRÍGUEZ CALERO, J.M., Op. Cit., p. 52.

<sup>61</sup> ANSUÁTEGUI, J., *Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma*. En: El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano. Madrid: Dykinson, 2006, p. 554.

aparece [...] como el ejercicio de la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador [...] existe desviación no solo cuando el fin perseguido es ajeno al interés general (y, por tanto, ilícito, pues la actuación de la Administración, de los poderes públicos, solo se justifica si persigue esa finalidad), sino incluso cuando se trata de fines públicos, fines generales, pero diferentes a los legalmente establecidos”<sup>62</sup>.

Respecto a la relación entre principios jurídicos y los casos que se someten a consideración de los jueces, Roberto Islas sostiene que debe abandonarse la clasificación tradicional de caso fácil y caso difícil. En su lugar, la clasificación que permitiría ubicar los casos no solo en relación con la ley sino además con los principios, sería aquella que distingue entre el caso igual, el caso diferente y el caso distinto<sup>63</sup>.

Según el citado autor, el caso igual sería aquel que es sometido a consideración del juez en el que para su resolución tan sólo es necesario aplicar la ley. El caso diferente es aquel sometido a consideración del juez en el que para su resolución aplica, además de la ley, los principios jurídicos. Por último tendríamos el caso distinto, en el que la resolución se valdría exclusivamente de los principios.

De esto último podemos deducir, que el caso distinto sólo se produce una vez, pues “al ser resuelto la resolución que éste genera forma fuente del derecho en la solución de otros casos, específicamente para el caso igual y el caso diferente, pero no del caso distinto, en el que solo se aplican principios jurídicos”<sup>64</sup>.

Esta clasificación se relaciona con la doble función de los principios jurídicos anteriormente mencionada, es decir, la función determinante del contenido normativo y la función reguladora en la aplicación de las normas, pues resulta evidente que en el caso igual los principios jurídicos exigen de la ley su exacto cumplimiento, en el caso diferente buscan equilibrio con la ley, y en el caso distinto su plena realización.

### **Discrecionalidad judicial.**

La concepción de intérprete también ha sido uno de los conceptos que más ha variado a lo largo de su historia. Más que su concepto, su función. En efecto, antiguamente el juez no era considerado “más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”, como afirma Montesquieu<sup>65</sup>. Por tanto, podemos deducir que en un principio la actividad del intérprete se limitaba a reproducir lo escrito en los textos normativos, eliminando toda posible interpretación que se apartara del sentido estricto y literal de la norma. Es decir, su única tarea consistía en determinar la norma aplicable al caso concreto, debiendo estar expresamente prevista la conducta ilícita y su posterior consecuencia jurídica. No obstante, cuando Montesquieu escribía estas palabras en el siglo XVIII, es probable que

---

<sup>62</sup>Atienza y Manero: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta, 2000 o. cit., pp. 99 y 109.

<sup>63</sup> Roberto Islas Montes: *El caso distinto, un caso para el juez constitucional*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.

<sup>64</sup> Roberto Islas Montes: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 409.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU. De l'Esprit des lois. Gallimard. París: 1995. P. 331.

ya no se ajustaran totalmente a la realidad y no fuera más que una ilusoria idealización de la labor judicial.

Indudablemente, en un mundo tan complejo social y jurídicamente como el actual, el juez goza de una necesaria discrecionalidad, como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la ya mencionada vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los Principios Jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo.

A pesar de esta notable evidencia, a día de hoy aún hay quien cree que cuando un tribunal interpreta una norma y dicta una sentencia en virtud de tal interpretación, no está haciendo otra cosa que poner de manifiesto el verdadero significado de esa norma; es decir no está añadiendo nada a la norma, sino revelando su auténtica significación; que lo que aplica al caso no es más que la ley en sí misma y no su interpretación de la ley, que, en definitiva, no está actuando más que como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley. Lo que motiva esta creencia es la necesidad de seguridad jurídica, pues si bien la discrecionalidad sirve exactamente para evitar lagunas jurídicas, algunos encuentran en ella un peligro, pues se podría pensar que el juez tiene una vía abierta para alejarse de Derecho e imponer sus ideales personales. En palabras de Martínez García, “la jurisprudencia tradicional se servía de la ficción de univocidad para mantener el ideal de la seguridad jurídica”<sup>66</sup>.

En esta misma línea se pronuncia Devlin, quien opina que los propios jueces no quieren decidir de forma distinta, ya no solo porque el Derecho sea tan vinculante para ellos como para los litigantes (puede que incluso más), sino porque si se alejasen de la ley para tomar una decisión, podrían provocar un sacrificio de la apariencia de imparcialidad, incluso en el que caso de que hubieran resuelto justamente, y, por consiguiente, provocarían un sentimiento de justicia individual en el sujeto perdedor del litigio, mientras que si su decisión se ajusta completamente a la ley, será el propio Derecho el considerado culpable. En palabras de Devlin, “¡y cuántos litigantes derrotados han aliviado sus heridas con el pensamiento de que el Derecho es un cretino!”<sup>67</sup>.

Según Hart, si bien se ha reconocido que la aplicación mecánica del Derecho resulta irrealizable, ha tomado fuerza la idea que puede resultar deseable un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, moderar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Es decir, la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e inevitable indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado deseable<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *Derecho e incertidumbre*. En: Anuario de Filosofía del Derecho, nº28, 2012, p. 106.

<sup>67</sup> Vid. DEVLIN, “*Judges and Lawmakers*”, *The Modern Law Review*, vol. 39, nº 1, 1976, p. 4.

<sup>68</sup>Hart, H:L:A; *El Concepto de Derecho*, 1963 op. Cit, pp. 160 y 162.

El propio Kelsen se pronuncia respecto a este tema, estableciendo que “si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el Derecho por interpretar, y por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco [...] la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales [...] tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo”, toda vez que – concluye- “no existe genéricamente ningún método según el cual uno, entre los varios significados lingüísticos de una norma, pueda ser designado como el correcto”<sup>69</sup>.

Si bien para los ilustrados funcionaba un modelo judicial basado en una gran cantidad de normas dispares, o, como señala Angeles Galiana, un sistema “compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias y en cierta medida inaplicables”<sup>70</sup>, pronto se vio la necesidad de crear una normatividad unitaria, sistemática y precisa dictada por el poder soberano, que respondiera a criterios de racionalidad, para lo cual se valdría de un instrumento esencial, el código, en el que nada quedaría al arbitrio del intérprete, convirtiéndose así en garante de la seguridad jurídica. El principal motivo era evitar la creación del Derecho por vía de la interpretación y, en definitiva, crear normas fijas e inmutables garantes de la seguridad jurídica, pues toda consecuencia jurídica derivada de un hecho sería conocida para los ciudadanos, quienes “por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su aplicación regular”<sup>71</sup>.

Sin embargo, la creación de un código no fue suficiente para dar respuesta a la totalidad de litigios que surgían en una sociedad tan compleja y con un Derecho continuamente en cambio. Este problema se acentuó con el paso del Estado liberal al Estado social, descentralizado y globalizado, que propició una multiplicación y dispersión de las fuentes normativas, con el consiguiente incremento de la producción de todo tipo de normas, dando lugar a “una legislación fragmentada en una multitud de normas desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas”<sup>72</sup>.

Consecuentemente, en nuestros días el juez –y especialmente el constitucional- goza de una importante y necesaria discrecionalidad. En esta línea señala Añón Roig<sup>73</sup>, que hay quienes opinan que la discrecionalidad es un aspecto a la vez central e inevitable del Derecho. Central porque los sistemas jurídicos contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores jurídicos para realizar los objetivos legislativos de carácter más general; e inevitable porque el paso de las normas a la acción, o de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpreten, realicen y

---

<sup>69</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*. México D.F.: U.N.A.M., 1986. Pp. 351-352.

<sup>70</sup> GALIANA SAURA, Á., Op. Cit., p. 12.

<sup>71</sup> *Ibidem.*

<sup>72</sup> *Ibidem.*

<sup>73</sup> Vid. AÑÓN ROIG, M.J. *Notas sobre discrecionalidad y legitimación*. Vol 15/16. Alicante: Doxa, 1994. P. 902.

adopten decisiones. Esta discrecionalidad se da en todas aquellas áreas en las que se confiere un poder de decisión, y donde en mayor o menor medida ese poder puede determinar también los criterios con los cuales se ejerce un abanico de competencias.

### ¿Qué es la discrecionalidad judicial?

Al respecto de la definición y las características de la discrecionalidad judicial, son numerosas las posiciones que se han adoptado, al igual que son numerosas las definiciones dadas por los diversos autores a lo largo del tiempo. Sin embargo, si analizamos todos los argumentos, podemos encontrar algunas características comunes que nos permiten delimitar sus características así como comprender gran parte de su contenido.

A juicio de Julio Virgolini y Mariano Silvestroni, uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho “...está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del Juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función”<sup>74</sup>. En esta línea, Rafael Asís sostiene que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho”<sup>75</sup>. Tratando de concretar sus elementos, aunque dentro de la misma sucesión de ideas, señala Lifante que “resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad implica un cierto margen de libertad en la toma de decisiones”<sup>76</sup>. Intentando concretar los parámetros del debate, Aarnio sostiene que “en el fondo, el debate se centra en si el Derecho suministra siempre una única respuesta correcta, tesis de la completitud del Derecho o, por el contrario, se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios extrajurídicos”<sup>77</sup>.

De todo lo anteriormente dicho se puede deducir que la discrecionalidad consiste en una libertad para la toma de decisiones, y, según Lifante<sup>78</sup>, esa libertad consiste en la elección entre varias alternativas, y, además, en la ausencia de estándares jurídicos aplicables, es decir, ausencia de regulación para determinados casos. Por tanto,

---

<sup>74</sup> VIRGOLINI, J. Y SOLVESTRONI, M.: *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*. Revista especializada en justicia juvenil restaurativa, nº 2.

<sup>75</sup> ASÍS ROIG, R.: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995. P. 281.

<sup>76</sup> LIFANTE VIDAL, I.: *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Revista Doxa nº 2, Madrid, 2002, pp. 416-418

<sup>77</sup> AARNIO, S.: *Lo racional como razonable. Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, 1991. Pp. 31-35 y 209-210.

<sup>78</sup> LIFANTE VIDAL, I.: *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica...*, Ob. Cit. Madrid, 2002, pp. 422-425.



podemos concluir que la discrecionalidad judicial consiste en un cierto margen de libertad en la decisión judicial producido por la indeterminación del Derecho.

### **Causas de la discrecionalidad judicial.**

Como ya se ha comentado anteriormente, las lagunas jurídicas es un hecho innegable, es decir, el Derecho no ofrece normas capaces de dar una respuesta para cada caso que se presenta, en cuyo caso es el operador jurídico el encargado de resolver la cuestión litigiosa basándose en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas.

Por otro lado, podríamos hablar de casos de conflicto de normas, es decir, aquellos casos en que el Derecho ofrece dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso y que conllevan a soluciones incompatibles entre sí. En estos casos es nuevamente el operador jurídico quien debe dar una respuesta única al caso concreto, basándose de nuevo en algo más que en las normas jurídicas positivas<sup>79</sup>.

Ya dejada clara la importancia de los Principios Jurídicos en el anterior capítulo, podemos ahora afirmar que la interpretación y aplicación de dichos principios, que funcionan como criterios de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo, como señala Zambrano<sup>80</sup>. En esta línea, Dworkin advierte que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una “lectura moral de la constitución”<sup>81</sup>. Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de peso e importancia que hace que su aplicación no sea “a todo o nada”, sino que admita diferentes grados de cumplimiento (los mandatos de optimización que comentaba Alexy). Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente.

Nos encontramos aquí pues con un tema preocupante, pues se deja en manos del intérprete la posibilidad de resolver un conflicto teniendo en cuenta criterios propios, al no ser posible la mera aplicación de una norma, en cuyo caso el juez no tendría más que reproducir el supuesto de hecho contenido en la norma y la consecuencia jurídica que de él se deriva. Como dice el profesor Ramón Ruiz, “los jueces cumplen una importante función de promotores de la confianza colectiva en el Derecho, en el sistema, en las instituciones”. Por lo tanto –continúa Ramón Ruiz- “es necesario que las decisiones judiciales transmitan de manera eficiente una sensación de corrección normativa, de

---

<sup>79</sup> ETCHEVERRY, J.: *Discrecionalidad judicial*, En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, p. 1391.

<sup>80</sup> Cfr. ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, passim.

<sup>81</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, En: *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

transparencia decisonal y mecanismo eficaz de resolución de conflictos, al punto que sean aceptables aun por quienes no han resultado favorecidos por la decisión”<sup>82</sup>.

### **Límites a la discrecionalidad judicial.**

Las decisiones judiciales discrecionales, entendidas en parte como potestades delegadas, se encuentran especialmente limitadas, en primer lugar, porque en la mayoría de los casos sólo son ejercidas para disponer sobre un caso en particular.

Como señala Hart, dichas decisiones normalmente también están limitadas por cortapisas jurídicas que no alcanzan a los poderes legislativos<sup>83</sup>. Por ello, cuando el Derecho guarda silencio, se vuelve contradictorio o resulta poco claro para establecer cómo ha de resolverse un caso, los jueces no arrinconan precisamente sus libros jurídicos y empiezan a legislar sin mayor guía del Derecho. Por el contrario, al decidir tales casos, citan algunos principios recogidos en las Constituciones, o se remiten a principios generales del Derecho, o tienen en cuenta anteriores decisiones de otros tribunales sobre casos similares, o apelan a algunos objetivos o propósitos generales que alguna área del derecho existente persigue, o toman en cuenta diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Todos estos criterios institucionalizados apuntan hacia una determinada respuesta para el caso.

Si bien la decisión discrecional se caracteriza por ser en alguna medida libre, supone que siempre ha de optarse por una resolución que no sea arbitraria o no justificada. Nuevamente Hart, reconoce dicha pretensión, pues el mismo presenta al Derecho como un conjunto de reglas que son aceptadas, y no meramente impuestas, como guía del comportamiento propio y crítica del comportamiento ajeno<sup>84</sup>.

Alexy avanza más sobre esta idea al explicar que todos los ordenamientos jurídicos históricos exhiben y formulan una pretensión de ser correctos o justos. Para Alexy, la fundamentación del deber de fundamentar las afirmaciones normativas se encuentran en las reglas que están en la base de los actos del habla. Por ello, si alguien afirma algo y se niega a fundar lo que afirma –sin justificar esta negativa- es posible entonces replicarle: “no deberías afirmarlo”<sup>85</sup>.

En definitiva, un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para un caso, es

---

<sup>82</sup>RUIZ RUIZ, R. *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014, p. 24.

<sup>83</sup> Cfr. HART, H.L.A. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, op. Cit., pp. 6 y 9.

<sup>84</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, op. Cit., pp. 111 y ss.

<sup>85</sup> Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit. Pp. 133 y ss., y pp. 208 y ss.

que dicha determinación sea correcta o justa como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos<sup>86</sup>.

A pesar de todo lo anteriormente dicho, ninguno de estos límites puede impedir que los jueces deban en parte crear nuevo Derecho cuando deciden discrecionalmente. Por ello, puede resultar útil ofrecer nuevos criterios, los cuales no sean negativos en el sentido de que eviten la no-incorrección o la irracionalidad, o que establezcan pisos y techos dentro de los cuales ha de decidirse discrecionalmente, sino que por el contrario ofrezcan pautas positivas que guíen el último paso de la decisión discrecional para evitar que éste sea meramente arbitrario o, como mínimo, no resulte debidamente iluminado.

Lo característico o distintivo de una teoría del Derecho centrada en las virtudes de la decisión judicial es que no se preocupa principalmente por ofrecer criterios de lo que debe contar como una decisión adecuada a Derecho, correcta o justa, para luego, a partir de allí, inducir la imagen de lo que se espera de un buen juez. En cambio, una teoría centrada en las virtudes parte de ellas y desde allí se iluminan las buenas decisiones. Con este tipo de explicación no se pretende rechazar los modos tradicionales de la aproximación a la teoría de la decisión judicial; sino, por el contrario, complementarlas o permitir que pueda ofrecerse una completa explicación de dichas decisiones<sup>87</sup>.

En conclusión, como señala Serna<sup>88</sup>, al margen de la importancia de la virtud de la justicia para la teoría de la decisión judicial, sin duda es la virtud de la prudencia la que posee mayor potencial explicativo en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente. Justamente, dicha virtud podría explicar o iluminar el camino completo que discurre desde los criterios o pautas generales a las decisiones discrecionales particulares.

---

<sup>86</sup>ETCHEVERRY, J.: *Discrecionalidad judicial*, En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, p. 1409.

<sup>87</sup>Cfr. Solum, Lawrence, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, *Metaphilosophy*, vol. 34, 2003, p. 184.

<sup>88</sup> Cfr. Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, op. Cit., p. 90.

## **Bibliografía:**

- AARNIO, A. *Reglas y principios en el razonamiento Jurídico.*, 2000
- ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993
- ANSUÁTEGUI, J., *Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma*. En: El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano. Madrid: Dykinson, 2006
- AÑÓN ROIG, M.J. *Notas sobre discrecionalidad y legitimación*. Vol 15/16. Alicante: Doxa, 1994
- ATIENZA: *Introducción al derecho*, México: Fontamara, 2007 (1985),
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Sobre principios y reglas*. En: Doxa, 1991, nº10
- BARRANCO AVILÉS, M.C. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004
- DEVLIN, “*Judges and Lawmakers*”, The Modern Law Review, vol. 39, nº 1, 1976
- DÍAZ ROCA, R. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997.
- DWORKIN, R., *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, En: Freedom’s Law, Cambridge, Harvard University Press, 1996
- ETCHEVERRY, J.: *Discrecionalidad judicial*, En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2
- GUASTINI, “*Problemas del análisis lógico de las decisiones constitucionales*”, en *Analisi e diritto 1990 ricerche di giurisprudenza analítica*, 1990.
- HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1990
- ISLAS MONTES: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011
- KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: U.N.A.M., 1983
- LIFANTE VIDAL, I.: *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Revista Doxa nº 2, Madrid, 2002
- MACCORMICK N.: *Defeasibility in Law and Logic.*, En: Informatics and the Foundations of Legal Reasoning (ed. By ZenonBankowski, Jan White and Ulrike Hahn).1995

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., *Derecho e incertidumbre*. En: Anuario de Filosofía del Derecho, nº28, 2012

MODUGNO, “*El Principio constitucional supremo como parámetro de la legitimidad constitucional*”, en A. S. Agro, F. Modugno, *Il principio di unitá del controllo sulle leggi nella giurisprudenzadella Corte costituzionale*, Turín, 2ª ed 1991

PECES-BARBA, G. Prólogo a SANTAMARÍA IBEAS, J.J. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Universidad de Burgos-Dykinson, 1997

RUIZ RUIZ, R.: *De los principios jurídicos, la discrecionalidad judicial y el control de constitucionalidad*. 2014

SAAVEDRA, M. *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*. México: Fontamara, 1994

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica*, en *Los principios generales del derecho*, Madrid: RAJL, Actas, 1993

VIRGOLINI, J. Y SOLVESTRONI, M.: *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*. Revista Justicia para crecer. Revista especializada en justicia juvenil restaurativa, nº 2.

ZAGREBETSKY, *Il diritto mite. Ley, Derecho, Justicia*, Turín, 1992

ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad, México, UNAM, 2009