

Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar.

Juan Ruiz Manero.

0. Introducción

Es muy conocida la distinción de Ronald Dworkin entre dos concepciones del *Rule of Law* o imperio de la ley: aquella que lo presenta en términos de “libro de reglas” y aquella otra que lo entiende más bien en términos “de derechos”. La concepción en términos de “libro de reglas” tendría como eje exclusivo o casi exclusivo la insistencia en que “el poder del estado nunca debería ejercerse contra ciudadanos individuales excepto de acuerdo con reglas explícitamente establecidas en un libro público de reglas accesible a todos”. Frente a ella, la concepción en términos “de derechos”, “supone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales respecto de los demás y derechos políticos frente al estado en su conjunto. El imperio de la ley es, en esta concepción, el ideal de ser gobernados por una concepción pública precisa de los derechos individuales. Esta concepción no distingue, como lo hace la concepción del libro de reglas, entre imperio de la ley y justicia sustantiva”¹.

No pretendo discutir aquí –o al menos, no de forma directa e inmediata- ni si la dicotomía dworkiniana entre la concepción, por él mismo calificada de “más estrecha”, del libro de reglas y la concepción, “más ambiciosa”, de los derechos está del todo bien trazada, ni tampoco si

¹ Ronald Dworkin: *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press , 1986, pp. 11-12.

resultan asumibles las razones de la opción dworkiniana por la concepción de los derechos. En cambio, en estas páginas trataré de poner de relieve:

-en primer lugar, que la manera como Dworkin presenta el modelo del libro de reglas implica que, bajo este modelo, el imperio de la ley es un componente por entero independiente del conjunto de nuestros ideales políticos. De esta forma, la manera como Dworkin presenta el modelo del libro de reglas no da cuenta de la conexión que, en tal modelo, el imperio de la ley mantiene con componentes sustantivos importantes de nuestra idealidad política, como es muy especialmente el caso de la autonomía personal.

-en segundo lugar, que cualquier modelo de libro de reglas encuentra su límite en déficits en último término ineliminables de ese mismo libro de reglas, esto es, del conjunto de las reglas de cualquier sistema jurídico, déficits que afectan, bien a la ausencia en él de reglas predisuestas para subsumir determinados casos, bien a la presencia de reglas que correlacionan los mismos casos con soluciones normativas incompatibles, bien a la falta de coherencia entre la aplicación a determinados casos de reglas predisuestas que el sistema contiene y los valores que ese mismo sistema jurídico trata de proteger o de promover. Ello implica que desde cualquier visión del *Rule of Law* que no vaya más allá del modelo del libro de reglas no puede evitarse que la solución de determinados casos esté abocada a la pura arbitrariedad o a implicar anomalías valorativas graves.

-en tercer lugar, que lo que podemos llamar visión estándar de la ponderación entre principios preserva con éxito, mediante la generación de reglas relativamente estables, la idealidad del *Rule of Law* en la inmensa

mayoría de los supuestos en los que el sistema de reglas presenta déficits de los tipos recién mencionados.

-en cuarto lugar, que, no obstante lo anterior, la preservación de la idealidad del *Rule of Law* no resulta posible cuando se trata de principios que exhiben tensiones irresolubles entre sí, entendiendo por tensiones irresolubles aquellas que impiden la formulación de reglas relativamente estables, pues, en tales supuestos, cualquier regla relativamente estable implicaría la renuncia a pretensiones que entendemos irrenunciables. Tal situación de imposibilidad de generación de reglas relativamente estables se produce, a mi juicio, cuando se trata de tensiones entre principios sustantivos del sistema y el principio de obediencia a las que llamaré autoridades normativas definitivas de ese mismo sistema.

-en quinto lugar, que la teoría estándar de la ponderación exhibe una insuficiencia importante: su incapacidad para dar cuenta del papel en el derecho y en el razonamiento jurídico de ciertos principios que habríamos de considerar como imponderables y cuyo alcance se limita básicamente al plano justificativo sin que tengan un alcance directo como guías de la conducta. Principios, en efecto, como el de dignidad humana, de un lado no entran en operaciones de ponderación con otros principios, operaciones de las que pudiera derivarse su desplazamiento o derrota en casos que exhiban ciertas combinaciones de propiedades. Principios como el de dignidad humana no se ven jamás desplazados o derrotados por otros principios: son, por ello, principios imponderables. Y, de otro lado, la virtualidad de tales principios imponderables se limita a la vertiente justificativa de las relaciones entre normas –vertiente en la que se sitúan en el nivel más alto-, pero, por otro lado, tales principios imponderables carecen de virtualidad directa como directivas o guías de la conducta: el principio de dignidad

humana, por seguir operando con el mismo ejemplo, no tiene ninguna virtualidad directiva propia, distinta de la de los principios correspondientes a los diversos derechos fundamentales en los que se concreta.

Veamos todo ello.

1. El modelo del libro de reglas y la autonomía personal

Posiblemente es Francisco Laporta el teórico que ha puesto de manifiesto con mayor insistencia y claridad la vinculación entre el imperio de la ley, entendido desde la concepción del “libro de reglas”, y la salvaguarda de la autonomía personal. De acuerdo con Laporta, un sistema jurídico compuesto centralmente por reglas relativamente estables y de ordinario no excepcionables en casos individuales constituye una condición necesaria de la efectividad de la autonomía personal: las características “de la antelación y la tendencia a la precisión en las respuestas es lo que determina que sean las reglas, y no cualquier otro tipo de pautas, las que sean una herramienta particularmente útil para hacer frente a la gran pregunta humana sobre el futuro de la peripecia personal [...] Si ante el agente se dibuja un panorama preciso y general de aquello que es obligatorio hacer y obligatorio omitir, tanto para él como para los demás, eso opera como un foco potente que proyecta hacia el futuro una luz a la cual pueden verse y pensarse objetivos y metas que, en virtud de la existencia de la regla, sabemos que no van a ser interferidos por la

conducta irregular de los demás”². Resulta difícil disentir a este respecto de Laporta. Pues difícilmente podría alguien desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan el ámbito de lo prohibido y lo permitido o no existieran, o fueran reemplazadas por estándares sumamente indeterminados, de forma que los demás y, sobre todo, los poderes públicos tuvieran siempre expedito el camino de la interferencia, o estuvieran en situación de cambio permanente, lo que imposibilitaría tomar fundadamente decisiones a medio o largo plazo, o fueran excepcionables en cada caso individual en que, por ejemplo, un poder público considerara que su no aplicación fuera más operativa para la maximización de algún interés colectivo.

Así pues, a mi juicio, hay que estar de acuerdo con las razones que ofrece Laporta a favor de un derecho de reglas. Se trata, a mi juicio, de razones muy fuertes. Pero, también a mi juicio, se trata de razones *prima facie*, o, si se prefiere, de razones *pro tanto*, esto es, de razones que deben ser ponderadas con razones, que también las hay, que operan en sentido opuesto.

El tipo de normas que, de entrada, encajan mejor con el argumento de Laporta es el de aquellas normas que poseen estructura de reglas y también esa característica que, desde Schauer³, solemos denominar *autonomía semántica*. Esto es, reglas cuyo significado en principio puede determinarse sin necesidad de acudir a las razones subyacentes a esas mismas reglas, a las razones que justifican modalizar deónticamente de una

² Francisco J. Laporta: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 69-70.

³ Frederick Schauer: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

cierta manera una determinada forma de conducta –que la regla caracteriza descriptivamente con precisión- en circunstancias determinadas –que la regla caracteriza asimismo descriptivamente de manera precisa. Cuando nos enfrentamos a tal tipo de reglas, y suponiendo que en la comunidad jurídica de referencia se encuentre socialmente vigente una concepción literalista de la interpretación, es posible conocer, sin necesidad de embarcarse en ningún proceso deliberativo, cuyos resultados puedan ser más o menos controvertibles, cuáles son las esferas de lo lícito y de lo ilícito. Las ventajas de esta situación para poder adoptar autónomamente decisiones y desarrollar planes de vida son, desde luego, indudables en la mayor parte de los contextos. Pero, a pesar de ello, es también indudable que no en todos los contextos la opción por reglas con autonomía semántica es la opción más favorable para la autonomía personal. Así, no parece que lo sea por lo que hace a las causas de justificación en materia penal o a los vicios del consentimiento en materia de derecho privado: la configuración de las causas de justificación o de los vicios del consentimiento por medio de reglas con autonomía semántica bloquearía - para todos aquellos casos no subsumibles en ellas- la posibilidad, para el individuo afectado, de argumentar, bien que su comportamiento se encuentra justificado, bien que no puede afirmarse que consintiera genuinamente en contraer la obligación de que se trate⁴. Y dada la imposibilidad para el legislador, o para cualquier ser humano, de anticipar en términos de propiedades estrictamente descriptivas todos aquellos casos en los que un comportamiento debe considerarse justificado, aun cuando

⁴ Cfr., sobre ello, José Juan Moreso: “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, y José Juan Moreso: “Acerca del neoconstitucionalismo”, ambos en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 205 ss. y 223 ss.

prima facie parezca corresponder a un tipo penal, o todos aquellos casos en los que no hay un consentimiento genuino, tal bloqueo no sólo no favorecería, sino que más bien lesionaría alcances justificados de la autonomía personal.

2. *Los déficits del libro de reglas*

Y, más allá de la autonomía personal, es la imposibilidad de las autoridades normativas de anticipar en términos de combinaciones de propiedades descriptivas todos aquellos casos que merecen, o no merecen, atendiendo a los diversos valores que el sistema jurídico trata de proteger o de promover, un determinado tratamiento normativo lo que explica que todos los sistemas jurídicos desarrollados no estén integrados únicamente, en su dimensión regulativa, por reglas con autonomía semántica, sino también por normas de otros tipos. En primer lugar, por normas que, aun teniendo estructura de reglas –esto es, de enunciados que correlacionan casos genéricos, entendidos como conjuntos cerrados de propiedades, con soluciones normativas, entendidas como la calificación deóntica de una determinada acción⁵- carecen de autonomía semántica, porque en su caracterización del caso, de la solución normativa, o de ambos, introducen propiedades valorativas. Y, en segundo lugar, y sobre todo, por principios, entendiendo por tales normas que correlacionan soluciones normativas con una configuración del caso que no integra propiedades independientes, sino que sólo atiende a que las razones para realizar la conducta prescrita tengan

⁵ Esta caracterización proviene, obviamente, de la obra clásica de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Normative Systems*, Wien, Springer. Trad. española de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

un mayor peso que eventuales razones en sentido contrario. Conducta prescrita que, a su vez, suele aparecer caracterizada, por su parte, en términos fuertemente valorativos.

Pues bien: siendo así las cosas, hay una serie de supuestos en los que la resolución del caso de que se trate, atendiendo únicamente a reglas con autonomía semántica o sin ella, o bien resulta imposible, o bien implica operaciones arbitrarias o bien da lugar a anomalías valorativas graves. Tales supuestos, utilizando con cierta libertad categorías de Alchourón y Bulygin⁶, vendrían a ser los siguientes: en primer lugar, aquellos supuestos en los que, aun siendo el caso al que nos enfrentamos relevante para el derecho, no hay regla aplicable al mismo (esto es, los supuestos de *laguna normativa*); en segundo lugar, aquellos supuestos en los que el caso al que nos enfrentamos resulta subsumible en más de una regla cuyas soluciones normativas sean incompatibles entre sí y no podemos descartar alguna de las reglas en conflicto mediante la mera aplicación de una metarregla (esto es, supuestos de *antinomia* no resoluble mediante los criterios o metarreglas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*); en tercer lugar, aquellos supuestos en los que el caso presenta propiedades adicionales a las tenidas en cuenta en la regla y estas propiedades adicionales son lo suficientemente relevantes –desde el punto de vista de los valores que el derecho incorpora– como para exigir una solución normativa diferente (esto es, supuestos de *laguna axiológica*); en cuarto lugar, aquellos supuestos en los que, por falta de determinación semántica de los términos empleados en la formulación de la regla, resulta dudoso si el caso bajo consideración resulta o no subsumible en ella (esto es, supuestos de *laguna de*

⁶ *Normative Systems*, op. cit.

reconocimiento)⁷. En todos estos supuestos, la solución del caso mediante su mera subsunción en reglas o bien directamente no es posible (en los supuestos de *laguna normativa*), o implicaría decisiones previas (de selección de la regla aplicable o de adscripción de sentido a la formulación que la expresa) puramente arbitrarias (en los supuestos de *antinomia no resoluble mediante metarreglas* y en los supuestos de *laguna de reconocimiento*) o implicaría anomalías valorativas graves (en los supuestos de *laguna axiológica*).

La solución justificada del caso se encuentra, así, en todos estos supuestos, más allá del alcance de las reglas predispuestas y exige que en nuestro razonamiento intervengan también, y sobre todo, principios. Principios de cuya ponderación resulte, bien la generación de una regla no existente como predispuesta (en los supuestos de *laguna normativa*), bien la selección entre reglas incompatibles predispuestas (en los supuestos de *antinomia*), bien la adscripción de sentido a una formulación normativa susceptible de ser interpretada de más de una forma (en los supuestos de *laguna de reconocimiento*), bien la realización de una operación de *distinguishing* que desemboque en una regla más específica y con una solución normativa distinta de la contenida en la regla predispuesta (en los supuestos de *laguna axiológica*).

3. La teoría estándar de la ponderación

⁷ Sobre todo ello, Juan Ruiz Manero: “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Fernando Atria, Eugenio Bulygin, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 103 ss.

Si entendemos que en todos estos supuestos, de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que hemos de construir para resolver el caso, es preciso, si queremos preservar el ideal del *Rule of Law* que podamos sostener que la construcción de tal regla puede y debe ser una operación jurídicamente guiada, y no discrecional. Lo que llamo la teoría estándar de la ponderación –que engloba posiciones que incorporan matices distintos⁸– viene a sostener precisamente esto, esto es, que el propio derecho exige y hace posible el desarrollo de una deliberación que nos posibilite determinar fundadamente la prevalencia de un cierto principio en los supuestos de concurrencia de más de uno de ellos.

Las diversas variantes de la teoría estándar de la ponderación vendrían a tener como núcleo común la tesis de que es posible conciliar los diversos principios en conflicto en una jerarquía armónica que establezca la prevalencia de cada uno de ellos, frente a otros eventualmente concurrentes, no en relación con cualquier caso posible, sino en relación con clases de casos (o, si se prefiere decirlo así, en relación con casos genéricos). La teoría estándar entiende la ponderación entre principios como una operación que desemboca en la construcción de una regla que determina la prevalencia, en los casos que presenten ciertas combinaciones de propiedades, de alguno de los que resulten concurrentes. Por ejemplo, la regla elaborada por el tribunal constitucional español –y que ha sido también desarrollada, con formulaciones más o menos análogas, por un

⁸ Lo que llamo teoría estándar de la ponderación estaría integrada por el sustrato común de posiciones relativamente heterogéneas, tales como las que encontramos en obras como las de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky o Moreso. Lo sostenido por Atienza y yo mismo al respecto, en diversos trabajos, conjuntos o por separado, sería también adscribible a la teoría estándar.

buen número de otros tribunales constitucionales o cortes supremas⁹- de acuerdo con la cual, en los supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor prevalece la primera sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y se comunica sin emplear expresiones injuriosas, mientras que basta con que esté ausente uno de estos tres requisitos para que prevalezca el derecho al honor. Reglas de este tipo valen, se supone, en tanto que un nuevo caso individual no presente una propiedad adicional, no contemplada en la regla, lo suficientemente relevante como para exigir una operación de *distinguishing*, cuyo resultado sería una nueva regla *más fina*¹⁰ que la anterior. Las reglas que resultan de operaciones de balance entre principios llevadas a cabo por órganos jurisprudenciales no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como intolerablemente *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de *laguna axiológica*. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se acaba de decir, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se acaba de decir, una nueva regla *más fina*. Lo que no hay en ningún caso, y esto es a mi juicio indispensable para preservar el ideal del Rule of Law, son respuestas correctas que lo sean sólo para un caso individual; las respuestas

⁹ Todas ellas, incluida la del tribunal constitucional español, vienen a recoger, como se sabe, con diferencias de matiz, la doctrina desarrollada por el tribunal supremo americano en el caso " *New York Times vs. Sullivan*", del año 1964.

¹⁰ El concepto de regla *más fina* proviene de Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, op.cit.

son o no correctas en virtud de las propiedades del caso, esto es, de su adscripción a algún caso genérico.

4. Tensiones irresolubles entre principios

La teoría estándar de la ponderación proporciona, en mi opinión, una respuesta adecuada a la inmensa mayoría de los conflictos entre principios. Pero esta teoría estándar se enfrenta, también en mi opinión, a dos límites, a dos situaciones en las que resulta inadecuada. El primer límite tiene que ver con la idea de que la ponderación entre principios desemboca en reglas relativamente estables: a este respecto, creo –y lo desarrollaré seguidamente- que hay algunos conflictos –se trata de conflictos entre principios sustantivos y algún principio institucional- para los que no caben soluciones estables (quiere decirse, por supuesto, ni siquiera relativamente estables). El segundo límite –que desarrollaré en el próximo apartado- tiene que ver con la idea –que la visión estándar da por supuesta sin mayor elaboración- de que la operatividad de todos los principios pasa por su ponderación con otros principios que puedan resultar concurrentes con ellos. Frente a esta idea, sostendré que hay algunos principios que no entran en ninguna clase de ponderación y que dar cuenta de ellos exige un desarrollo sustancial de la teoría de los principios cuyo sentido trataré de esbozar (pero solo de esbozar). En definitiva: sostendré que la visión estándar de la ponderación es correcta dentro de un cierto perímetro (perímetro que abarca, por cierto, la inmensa mayoría de los casos de los que suelen discutir los juristas y los teóricos del derecho); pero sostendré también que, más allá de ese perímetro, hay, por un lado, *tensiones irresolubles* entre principios y, por otro, principios que no entran en operaciones de ponderación o, por así decirlo, *principios imponderables*.

Las *tensiones irresolubles* suponen un límite, no solo de la teoría estándar de la ponderación, sino también, a mi juicio, de la ponderación misma; por el contrario, la presencia de *principios imponderables* implica meramente la necesidad de un desarrollo de la teoría de los principios que de cuenta del específico papel en el razonamiento jurídico de estos principios que no entran en operaciones de ponderación.

Entenderé por ‘tensión irresoluble entre principios’ un conflicto de principios que no es posible resolver mediante la generación de una regla relativamente estable, en el sentido de ‘relativamente estable’ que se indicó antes. Pues bien: una tensión irresoluble de este tipo deriva, en mi opinión, de la naturaleza institucional del derecho. O, dicho de otra forma, tal tipo de tensión irresoluble se presenta en el contexto de cualquier sistema normativo institucionalizado, entendiendo por tal, en este contexto, un sistema que, además de contener normas (principios y reglas) sustantivas, instaure un sistema de autoridades a las que atribuya competencia para la producción de resultados *definitivos* –esto es, no revisables ya por ninguna otra autoridad- consistentes en el dictado y la aplicación de normas. Y, por la simple necesidad de evitar el regreso al infinito, si hay un sistema de autoridades, algunas de ellas han de tener competencia para producir resultados institucionales definitivos. Llamaré a las autoridades provistas de una competencia de este tipo *autoridades normativas definitivas*. Pues bien: la instauración de autoridades de este género implica el surgimiento de un principio, enunciable como “debe ser lo prescrito por las autoridades normativas definitivas” que resulta ser potencialmente conflictivo en cualquier caso posible en relación con los principios y reglas sustantivos: bastaría, para que se produzca el conflicto, con que la autoridad normativa definitiva de que se trate ejerciera sus competencias violando principios y/o reglas sustantivos. Operemos con un ejemplo: supongamos que el

legislador español dicta una norma legal que vulnera de forma clara (y, se entiende, no justificada por otro principio eventualmente concurrente) la libertad de expresión, y supongamos también que el tribunal constitucional resuelve –de forma claramente equivocada- que esa ley es perfectamente constitucional. ¿Qué debe hacer el juez al que le corresponde enjuiciar un caso subsumible en esa norma claramente inconstitucional pero que el tribunal constitucional ha declarado constitucional? Lo único que podemos decir es, por un lado, que, en el derecho español, las decisiones del tribunal constitucional vinculan a todos los jueces y tribunales, y a los demás poderes públicos, aun en el supuesto de que, como en este caso, estén equivocadas: de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE” (art. 38.1 LOTC). Ahora bien, por otro, es claro que el tribunal constitucional no tiene un permiso para ignorar la Constitución, sino que, con arreglo al art. 1.1 de la misma LOTC, “está sometido” a la misma y no tiene un permiso para introducir excepciones a ese sometimiento. Ni la LOTC ni la Constitución contienen previsión alguna para el supuesto de que el tribunal constitucional haga caso omiso de ese sometimiento, o introduzca una excepción al mismo. Esto es, ni la LOTC ni la Constitución contienen una regla que determine cómo se debe solucionar el conflicto entre el principio de obediencia a las autoridades normativas definitivas instituidas por la Constitución –al tribunal constitucional, en este caso- y los principios constitucionales sustantivos; esto es, una regla que establezca, para ciertos casos genéricos –para los casos que reúnan ciertos conjuntos de propiedades- la prevalencia de uno o de los otros; una regla del estilo de la, tantas veces mencionada, que el propio tribunal

constitucional ha generado a propósito del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Y no se trata sólo de que una regla de este tipo no se encuentre en la Constitución, ni tampoco en la LOTC, ni tampoco haya sido generada por el propio tribunal, ni tampoco exista como regla aceptada por el conjunto de los poderes públicos, o por el conjunto de los órganos jurisdiccionales. La ausencia de una regla de este tipo no es un dato contingente, que pueda colmarse mediante la oportuna modificación normativa, de origen constitucional, legislativo o jurisprudencial. La ausencia de una regla de este tipo es necesaria, pues su presencia implicaría la renuncia a alguna de las pretensiones que hacen que un sistema jurídico sea tal. Imaginemos, para empezar, una norma, no importa si promulgada (en la constitución, por ejemplo) o existente meramente en cuanto que aceptada, que estableciera algo así como que siempre que se produzca una discrepancia entre lo prescrito por las autoridades normativas definitivas y las normas que esas autoridades tienen el deber de respetar, habrán de prevalecer estas últimas normas: en tal caso, el sistema jurídico habría renunciado a su pretensión de instituir autoridades y se habría transformado en un sistema normativo *anarquistamente administrado*. Pero imaginemos una norma de contenido opuesto, que estableciera que siempre que se produzca una discrepancia entre lo prescrito por las autoridades normativas definitivas y lo prescrito por las normas que estas autoridades tienen el deber de respetar, habrá de prevalecer lo prescrito por las autoridades normativas definitivas: en tal caso, el sistema jurídico habría renunciado a su pretensión de regular la conducta de las autoridades definitivas que él mismo instituye y se habría limitado a instituir autoridades definitivas carentes de vínculos normativos, *legibus solutae*. E incurriría en los mismos problemas una regla que estipulase que, en relación con tales o cuales ámbitos de regulación debe prevalecer el principio de que “debe ser

lo prescrito por las autoridades normativas definitivas” en tanto que en tales o cuales otros ámbitos deben prevalecer los principios y reglas sustantivos. Reglas de este tipo no harían sino reproducir, en cada uno de los ámbitos de regulación que distinguieran, la alternativa entre anarquismo o autoridades *legibus solutae*. Y no estamos dispuestos a aceptar ninguno de los polos de esta alternativa en relación con ningún ámbito de regulación. En todos los ámbitos de regulación queremos tener tanto autoridades definitivas como normas que resulten vinculantes para esas autoridades. Esto es, no estamos dispuestos, en ningún ámbito, a eliminar la tensión mediante la supresión de alguno de los polos de la misma. Y no hace falta añadir que esta tensión no depende de rasgos contingentes del sistema jurídico de referencia. Hasta ahora hemos operado con el ejemplo de un sistema jurídico dotado de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y, en este marco, el ejemplo de autoridad normativa definitiva del que nos hemos servido es el del tribunal al que se encomienda tal control. Pero, naturalmente, esta tensión no queda eliminada en un sistema que no contenga control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes o que, para tratar de preservar tal constitucionalidad, contenga, en vez de algún procedimiento de control jurisdiccional, algún mecanismo de *enfriamiento*: en tales casos, la autoridad normativa definitiva estaría constituida por el propio legislador sin más, en el primer caso, o también por el propio legislador pero mediante una segunda decisión una vez transcurrido el período de *enfriamiento*.

Desde luego, alguien podría razonablemente indicar que en la tensión entre prescripciones de las autoridades definitivas y normas que las autoridades tienen el deber de respetar, habría que estar a las prescripciones de esas autoridades en tanto que las desviaciones (o los errores) de tales prescripciones respecto de aquellas normas no sean especialmente graves,

en tanto que habría que estar a lo prescrito por las normas en supuestos en los que la desviación (o el error) de las autoridades definitivas sea de especial gravedad. Esta solución, de un lado, personalmente me parece aceptable si es que queremos salvaguardar en la mayor medida posible los valores que el derecho trata de realizar, bien directamente, mediante sus principios y reglas sustantivos, bien indirectamente, mediante la preservación de la estabilidad de su sistema de autoridades. De otro lado, me parece plausible sostener que una norma semejante sea la norma de hecho aceptada, si bien básicamente de forma tácita e inarticulada, al menos por sectores importantes de nuestras comunidades jurídicas. Pero lo que resulta claro es que una norma tal no es en absoluto una solución estable, en el sentido antes indicado, al conflicto entre el principio de obediencia a las autoridades normativas definitivas y los principios sustantivos del sistema. Definía antes una solución estable (relativamente estable) como una *regla* que estableciera relaciones de prevalencia entre los principios concurrentes en relación con clases de casos (o casos genéricos); el establecimiento de relaciones de prevalencia mediante una regla tal supone que, salvo el supuesto de que un nuevo caso implique una laguna axiológica que imponga una revisión, *ya no hay necesidad de ponderación en relación con aquellos casos individuales subsumibles en las clases de casos (o en los casos genéricos) a los que se refiere la regla*. Pues bien: la norma que ahora consideramos no permite, en modo alguno, eludir la ponderación caso por caso; la norma que ahora consideramos no es más que otra formulación de la necesidad, en el conflicto entre principios del que partíamos, de efectuar una ponderación caso por caso.

5. Principios imponderables

La visión estándar de la aplicación de principios tiene, como veíamos, dos elementos: primero, los principios, cuando concurre más de uno, deben ponderarse entre sí; segundo, el resultado de esa ponderación es una regla que determina para ciertos casos genéricos (o clases de casos) la prevalencia de alguno de ellos. Hemos visto que este segundo elemento no se da en los conflictos entre principios sustantivos y el principio de obediencia a las autoridades normativas: en estos conflictos no pueden generarse reglas de solución estable. Quiero referirme ahora a algunos supuestos en los que falla el primer elemento: quiero decir, a la presencia en el derecho de principios que no entran en la dinámica de la ponderación, que son, en este sentido, *principios imponderables*. Utilizaré dos ejemplos, advirtiendo, desde el principio, que el primero de ellos no pone en cuestión de ningún modo la visión estándar, sino que meramente exige un ajuste muy leve de la misma¹¹. El segundo ejemplo sí creo que muestra la existencia de un perímetro más allá del cual la visión estándar resulta inadecuada; muestra, por tanto, que la visión estándar es una visión parcial de la manera de operar los principios en el razonamiento jurídico que debe ser completada mediante un desarrollo sustancial.

Veamos todo ello. El primer ejemplo es el de las figuras de los ilícitos atípicos, esto es, el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. En un libro que tiene ya algunos años, escrito conjuntamente con Manuel Atienza¹², caracterizábamos los ilícitos atípicos como conductas opuestas a principios, frente a los ilícitos típicos, que serían conductas opuestas a reglas.

¹¹ Un intento de llevar a cabo este ajuste está constituido por el libro de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

¹² *Ilícitos atípicos*, op. cit.

A partir de ahí, nada más natural que afirmar que la prohibición del abuso, del fraude y de la desviación constituyen otros tantos principios. Pero en este punto hay que advertir que el término ‘principio’ se usa, en la literatura jurídica, no sólo para referirse a normas de las que se derivan calificaciones normativas *prima facie* que sólo se transforman en definitivas tras su eventual ponderación con otra(s) norma(s) (otro[s] principio[s]) de las que se deriven otras e incompatibles calificaciones normativas *prima facie*. El término ‘principio’ se utiliza también para referirse a normas –como las relativas al abuso, el fraude y la desviación de poder- que califican concluyentemente una cierta acción, pero que requieren, para esta calificación concluyente, de una ponderación previa. La aplicación, pues, de las figuras del abuso, el fraude y la desviación requiere, pues, de ponderación, pero esta ponderación es previa a la entrada en juego de estas figuras: las calificaciones de abusivo, fraudulento o constitutivo de desviación de poder implican que la ponderación ha determinado que todos aquellos casos que exhiban las mismas propiedades relevantes que el caso bajo examen, se encuentran fuera del alcance justificado de la regla permisiva en que de entrada cabría subsumirlos y que esta debe verse desplazada por una regla prohibitiva en la que concluyentemente debe subsumirse el caso¹³. Dar cuenta de todo esto no exige, como puede verse, mayores ajustes de lo que he llamado la teoría o visión estándar.

Mayores ajustes que, sin embargo, sí parecen requerirse a propósito del segundo ejemplo que quisiera proponer: el principio de respeto a la dignidad humana. Éste parece compartir un rasgo con los principios de

¹³ *Ilícitos atípicos*, op. cit., *passim*.

prohibición del abuso, del fraude o de la desviación. “Conducta justificada contraria a la dignidad humana”, parece ser, como “conducta abusiva justificada” un oxímoron. El principio de respeto a la dignidad humana parece ser, pues, como lo son los principios de prohibición del abuso, el fraude o la desviación, un *principio imponderable*: el principio de respeto a la dignidad humana no está sujeto a ponderación en virtud de la cual pueda verse desplazado, en el caso que se considere, por algún otro principio concurrente. El deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana es también, por ello, un deber que no puede verse desplazado por la ponderación, un deber no sujeto a excepciones, esto es, un deber que resulta directamente concluyente. Pero las razones por las que “prohibido tratar a cualquiera de manera no concorde con su dignidad humana” resulta, sin más, concluyente son bien distintas de las razones por las que resulta concluyente la prohibición de acciones abusivas, fraudulentas o constitutivas de desviación de poder. En el caso de estas últimas acciones, de las acciones correspondientes a los “ilícitos atípicos”, la razón del carácter concluyente de su prohibición deriva de que las calificaciones correspondientes (“abusiva”, “fraudulenta”, etc.) son, como acabamos de ver, calificaciones que resultan de una ponderación previa. Calificaciones, pues, que corresponden a un plano justificativo más bajo que el correspondiente a los casos centrales de principios en sentido estricto (tales como los correspondientes a los diversos derechos fundamentales, de libertad o de igualdad); casos centrales que son el ámbito propio de la ponderación.

La apelación, en cambio, a la dignidad humana, parece situarse en un plano justificativo superior al correspondiente a la apelación a cualquiera de esos casos centrales de principios o derechos fundamentales. Los derechos fundamentales parecen justificarse más bien, según el propio

tenor de una constitución como la española, por su conexión con la dignidad humana, por concretar exigencias derivadas de tal dignidad: la constitución española presenta (art. 10) los derechos fundamentales como “inherentes” a la dignidad de la persona. Si entendemos que los derechos fundamentales son títulos que constituyen el fundamento de ciertos haces de posiciones normativas que se adscriben a todos¹⁴, diríamos que la dignidad humana es el título que constituye el fundamento de la adscripción de esos títulos de los que derivan tales haces de posiciones normativas adscritas a todos. O, dicho de otra forma, la igual dignidad humana vendría a ser el título que constituye el fundamento del derecho de cada uno a ser, en igualdad con todos los demás, titular de los diversos derechos fundamentales. Y esto es, me parece, lo que quiere decir que la “dignidad de la persona” se sitúa en un plano justificativo más alto que el de los diversos derechos fundamentales: porque la exigencia de que los seres humanos sean tratados de acuerdo con tal dignidad constituye la razón justificativa (o, al menos, parte de la razón justificativa) de todos ellos. Una idea de este tipo es la que expresa, me parece, Javier Muguerza cuando escribe que los derechos humanos son concreciones de la exigencia “de recibir un trato acorde con la dignidad de la persona”¹⁵ o Ernesto Garzón Valdés cuando indica que “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra:

¹⁴ Luigi Ferrajoli ha subrayado repetidamente la ambigüedad de este “todos” que, según el derecho de que se trate, puede significar “todos los seres humanos”, “todos los ciudadanos” o “todos los capaces de obrar” (cfr., por ejemplo, Ferrajoli: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli y otros: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001). No entraré aquí en ello ni en los muy importantes problemas (de legitimidad, por ejemplo, de las adscripciones diferenciadas de derechos fundamentales) que de ahí se derivan.

¹⁵ Javier Muguerza: “Cosmopolitismo y derechos humanos”, en <http://portal.uned.es/pls/portal/url/ITEM/0B1A5C23EB820DC9E040660A32690920>, p. 8.

recurrir a él para precisar el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos, sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable”¹⁶. Y podríamos decir también, y ello sería quizás una tercera manera de decir básicamente lo mismo, que el derecho a tener derechos, el derecho a ser sujeto de derechos, que Hannah Arendt¹⁷ consideraba el primero de los derechos humanos, no puede encontrar su fundamento justificativo más que en la igual dignidad de los seres humanos, y no en la pertenencia a una determinada comunidad política que (a diferencia de lo que, como insistía Arendt, sucedía en la realidad¹⁸), no puede operar legítimamente como una condición de exclusión de nadie de este derecho más básico. Quizás sea Joel Feinberg el teórico que ha planteado más vívidamente el vínculo entre la dignidad humana y la capacidad de ser titular de derechos. “Tener derechos –escribe Feinberg- nos permite ponernos en pie como hombres, mirar a otros a los ojos, y sentir de alguna manera fundamental la igualdad de todos. Pensar en uno mismo como titular de derechos [...es...] tener ese autorrespeto mínimo que es necesario para ser digno del amor y la estima de los demás. En efecto, el respeto por las personas (esto es una idea interesante) puede ser simplemente el respeto por sus derechos, por lo que no puede existir el uno sin el otro, y lo que se

¹⁶ Ernesto Garzón Valdés: “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en Garzón Valdés: *Propuestas*, Madrid, Trotta, pp. 101-102.

¹⁷ Hannah Arendt: *Los orígenes del totalitarismo* [1951], trad. española de Guillermo Solana, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

¹⁸ Me refiero a aquellas páginas de *Los orígenes del totalitarismo* en las que Arendt explica que, en la Europa de entreguerras, “como consecuencia de la liquidación de los dos estados multinacionales de la Europa de la preguerra, Rusia y Austria-Hungría, emergieron dos grupos de víctimas, cuyos sufrimientos difirieron de los de todos los demás en la era comprendida entre las dos guerras mundiales [...]. Los apátridas y las minorías [...que ...] habían perdido aquellos derechos que habían sido concebidos e incluso definidos como inalienables, es decir, los derechos del hombre, [al no tener] gobierno que les representara y les protegiera” (*Los orígenes del totalitarismo*, op. cit., p. 387)

llama dignidad humana puede ser simplemente la capacidad reconocible para formular reclamos en términos de derechos. Respetar a una persona, entonces, o pensar en ella como poseedora de dignidad humana, es simplemente pensar en ella como una formuladora potencial de reclamos en términos de derechos. No todo esto puede empaquetarse en una definición de “derechos”, pero estos son *hechos* acerca de la posesión de derechos que apoyan bien su importancia moral suprema”¹⁹.

Todo lo anterior muestra, creo, que la dignidad de la persona opera en el nivel justificativo más alto de nuestros sistemas jurídicos, en un nivel justificativo superior al de los diversos derechos fundamentales. Ahora bien, si, por un lado, esto es así, esto es, si la dignidad de la persona ocupa, en el plano justificativo, un nivel más alto que el correspondiente a los diversos derechos fundamentales, porque constituye el fundamento justificativo (o parte del fundamento justificativo) de todos ellos, debe tenerse en cuenta, también, por otro lado, que esa dignidad no da lugar a ningún derecho fundamental específico: no hay, en una constitución como la española, ningún derecho, como tal, a la dignidad. Ello explica que no quepa recurso de amparo frente a una eventual violación de la dignidad humana que no sea, al tiempo, violación de alguno de los derechos fundamentales que resultan “inherentes” a ella. Y esto plantea, a su vez, el problema de la virtualidad normativa del principio de dignidad en el sistema jurídico español. Para abordar esta cuestión, es imprescindible, a mi juicio, entender que la “virtualidad normativa” comprende dos aspectos distintos: la “virtualidad justificativa”, por un lado, y la “virtualidad directiva o de guía de la conducta”, por otro. Partiendo de esta distinción, la

¹⁹ Joel Feinberg: “The Nature and Value of Rights”, en Feinberg: *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, p. 151.

virtualidad *justificativa* del principio de dignidad resulta indudable, y se sitúa, como hemos visto, en un nivel más alto que el correspondiente a los principios constitucionales digamos “normales”, es decir, aquellos que establecen derechos fundamentales. Ello se manifiesta, por ejemplo, en las apelaciones a la dignidad que encontramos en la jurisprudencia constitucional en relación con la justificación de determinados límites de esos mismos derechos fundamentales o de determinados límites de la actividad legítima de los poderes públicos. Y esto porque los diversos derechos fundamentales, como acabamos de ver, y también otros aspectos de nuestros diseños constitucionales, pueden ser entendidos como otras tantas concreciones de las exigencias del respeto a la igual dignidad de los seres humanos. Esa igual dignidad, sin embargo, parece carecer de una virtualidad *directiva o de guía de conducta* autónoma, que no pueda reconducirse por completo a los diversos derechos fundamentales “inherentes” a ella, en los que se concreta. La dignidad no parece tener otro alcance como guía de la conducta que el correspondiente a los diversos derechos fundamentales.

Si esto, como parece, es así, es insoslayable admitir que, en el nivel justificativo más alto de nuestros sistemas jurídicos, se encuentran principios que incorporan conceptos valorativos *ligeros* que no operan como guía de la conducta sino a través de aquellos otros conceptos, más *densos*, que concretan sus exigencias. Esto requiere, a mi juicio, un desarrollo de la teoría de los principios que integre este dato. No estoy, como es fácil comprender, en disposición de llevar a cabo aquí este desarrollo, pero sí de adelantar algunos apuntes que indican que la estructura de niveles de justificación de nuestros sistemas jurídicos exhibe, a este respecto, una notable, pero no sorprendente, semejanza con la estructura correspondiente de nuestro razonamiento moral. Veámoslo.

Por lo que se me alcanza, es en la obra de Bernard Williams donde se introduce con fuerza la distinción entre conceptos morales *ligeros* y conceptos morales *densos*²⁰. Ejemplos de conceptos de la primera clase son *bondad, maldad, corrección, incorrección*; de la segunda, conceptos tales como *traición, lealtad, cobardía, coraje, amabilidad, imparcialidad, discriminación*. Los conceptos ligeros son, o están próximos a ser, puramente evaluativos, mientras que los conceptos densos tienen, junto a un componente evaluativo, también un más o menos fuerte componente descriptivo²¹. Ello implica que la aplicación de los conceptos densos viene,

²⁰ Pero vale la pena señalar que en la obra de Ortega y Gasset se encuentra anticipada, aun con otra terminología, esta distinción. En el texto de 1923 “Introducción a una estimativa” señala Ortega lo siguiente, que cito con alguna extensión: “Hay en el vocabulario vulgar palabras cuyo significado alude especial y exclusivamente al mundo de los valores: bueno y malo, mejor y peor, valioso e inválido, precioso y baladí, estimable, preferible, etc. Con ser bastante rica esta lengua valorativa, apenas si forma un rincón imperceptible de las significaciones estimativas. Por causas hondas de las cuales no es posible discurrir en este ensayo, existe en el lenguaje la tendencia económica a expresar fenómenos de valor por medio de un halo de significación complementaria que rodea a la significación primaria, realista, de la palabra. Así, la voz «noble», en complejiones como «acción noble», «carácter noble», significa primariamente una cierta constitución real de unos movimientos externos o internos de una persona, o bien una cierta pre disposición constante que posee realmente el alma de un individuo. Esta significación primaria se refiere, pues, a cosas o cualidades reales, como la palabra «rojo» se refiere a esta cualidad cromática que ahora estoy viendo. Pero sería falso afirmar que con esto hemos satisfecho plenamente la significación de «noble». Cuando digo rojo me refiero exclusivamente al color de este nombre; pero cuando digo «acción noble» no me limito a nombrar una cierta clase de actos reales, sino que doy a entender de paso o complementariamente que esa clase de actos reales tiene un valor positivo frente al valor negativo que tiene otra clase de actos reales, a los que llamo «abyectos». Y si insistiéramos en nuestro análisis de lo que significamos con el vocablo «noble» dentro ya de lo estimativo, notaríamos que no declaramos solo adherir a tales actos un valor positivo en general. Pues al calificar una acción de «útil» también le atribuimos un valor positivo, pero muy distinto del valor «nobleza». Por «noble» entendemos, pues, un determinado valor positivo. Del propio modo, los vocablos «generoso», «elegante», «diestro», «fuerte», «selecto» —o bien «sórdido», «inelegante», «torpe», «débil», «vulgar»—, significan a la vez realidades y valores” (José Ortega y Gasset: “Introducción a una estimativa”, en *Revista de Occidente*, nº IV, octubre de 1923, en *Obras completas*, tomo VI, 6ª edición, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp. 315-335 [pp. 318-319]; agradezco a José Juan Moreso que haya llamado mi atención sobre este texto de Ortega).

²¹ He escrito que los conceptos ligeros son, o están próximos a ser, puramente evaluativos, mientras que los conceptos densos tienen un más o menos fuerte componente descriptivo. Tales

por un lado, “determinada por cómo es el mundo (por ejemplo por cómo alguien se ha comportado) y, sin embargo, al mismo tiempo, su aplicación usualmente involucra una cierta valoración de la situación, de personas o de acciones”²². “Podemos decir, entonces, de la aplicación de estos conceptos que es, al mismo tiempo, guiada por el mundo y que guía la acción”²³. En la medida en que en la práctica del debate público moral operan conceptos densos, esa práctica “es más estable en relación con las reflexiones estructurales generales acerca de la verdad de los juicios éticos que una práctica que no los utiliza”²⁴. Pues bien, parece claro que los conceptos ligeros se sitúan en un nivel justificativo superior al de los conceptos densos, por cuanto los conceptos densos especifican condiciones de aplicación descriptivas de los conceptos ligeros; puede así ocurrir que un concepto denso, manteniendo invariado su componente descriptivo, o una parte sustancial de su componente descriptivo, constituya en ciertos momentos, o para ciertos grupos de personas, algo a lo que acompaña una evaluación positiva, mientras que en otros momentos, o para otros grupos de personas, sea algo acompañado de una evaluación negativa: esto es lo que ocurre, por ejemplo, con conceptos como el de *castidad* o el de *patriotismo*. Por lo demás, y esto muestra que los conceptos ligeros se sitúan justificativamente por encima de los densos, tiene sentido preguntarse si la castidad o el patriotismo son actitudes, o formas de

cauteladas obedecen a la intención de dejar abierta la posibilidad de entender, como me inclino a hacerlo, la distinción entre conceptos ligeros y conceptos densos no como una distinción de tipo todo-o-nada, sino como una distinción básicamente gradual.

²² Bernard Williams [1985]: *Ethics and the Limits of Philosophy*, London and New York, Routledge, 2006, p. 129.

²³ Bernard Williams, op. cit., p. 141.

²⁴ Bernard Williams, op. cit., p. 200.

conducta, buenas, correctas o debidas, pero no si la bondad, la corrección o lo debido son propiedades castas o patrióticas.

Ahora bien, si los conceptos ligeros se encuentran en un escalón justificativo superior al de los conceptos densos, estos últimos presentan una característica que para el derecho resulta especialmente importante: y es que los conceptos densos, aun exigiendo deliberación para su aplicación como guías de la conducta, no dejan, como lo hacen los conceptos ligeros, completamente abierta dicha deliberación. Decir a alguien que debe actuar bien, o de acuerdo con el deber, o correctamente, es decirle que debe actuar conforme a lo que a la luz de la mejor deliberación haya de considerarse como bueno, debido o correcto, pero sin proporcionarle ingredientes para esa misma deliberación, sino dejando ésta, como se acaba de decir, completamente abierta. Decirle, por el contrario, que debe actuar respetando la libertad de expresión, o el honor y la intimidad de las personas, entraña el proporcionarle ingredientes para la deliberación, deliberación que habrá de versar tanto respecto del alcance de cada uno de estos ingredientes (¿la emisión de opiniones xenófobas forma parte de la libertad de expresión? ¿difundir información relativa a las preferencias sexuales de alguien atenta a su honor o a su intimidad?) como respecto de la prevalencia que debe acordarse a cada uno de ellos en aquellos supuestos en que el respeto de uno de ellos implique necesariamente la vulneración del otro.

Esta característica de los conceptos densos de cerrar en mayor medida, aunque no, desde luego, completamente, la deliberación es lo que explica y justifica, en mi opinión, la diferente manera cómo conceptos densos y conceptos ligeros operan en el lenguaje del derecho: esto es, por un lado, el que los principios constitucionales que expresan derechos fundamentales y que tienen, por ello, no sólo una vertiente justificativa,

sino también, y centralmente, una vertiente de guía de la conducta, aparezcan formulados mediante conceptos valorativos de cierta densidad. Y, por otro, que los conceptos de mayor ligereza, tales como “la dignidad de la persona humana”, al que hemos venido haciendo repetida referencia, la “justicia”, la “libertad” (sin mayores especificaciones) o la “igualdad” (también sin mayores especificaciones) aparezcan, en un texto constitucional como el nuestro, bien como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10), bien como “valores superiores” del ordenamiento (art.1), en ambos casos con una clara virtualidad justificativa, pero, también en ambos casos, careciendo de virtualidad directa como guías de la conducta.