

## CLA•DE•MA / Derecho

Colección dirigida por

Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem Seña

En la actualidad, la Filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución.

La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

AULIS AARNIO,  
ERNESTO GARZÓN VALDÉS,  
JYRKI UUSITALO (comps.)

*La normatividad  
del derecho*

CARLOS SANTIAGO NINO

*La constitución de la  
democracia deliberativa*

RODOLFO VÁZQUEZ (comp.)

*Derecho y moral*

OWEN FISS

*La ironía de la libertad  
de expresión*

DENNIS F. THOMPSON

*La ética política y el ejercicio  
de cargos públicos*

BRUCE ACKERMAN

*La política del diálogo liberal*

DAVID LYONS

*Aspectos morales  
de la teoría jurídica*

J.G. RIDDALL

*Teoría del derecho*

### TÍTULOS EN PREPARACIÓN

THOMAS NAGEL

*La última palabra*

## DISTINGUIENDO

*Estudios de teoría y  
metateoría del derecho*

por

Riccardo Guastini

gedisa  
editorial

BARCELONA, 1999

## V

# Los principios en el derecho positivo

### 1. Introducción

El art. 117.1, const. it. —autorizando a las Regiones (con estatuto ordinario) a dictar «normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado»— sugiere, o quizás impone, distinguir entre «normas» y «principios fundamentales».<sup>1</sup>

El artículo 12.1 y 2, disp. prel. cod. civ. it., por su parte, —estableciendo que «si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición específica [...] se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»— sugiere, si no impone, distinguir entre «disposiciones específicas» (= ¿normas?) y «principios generales».<sup>2</sup>

Tomando, pues, estos dos textos normativos, parece obligar a distinguir ulteriormente (si no entre «normas» y «disposiciones específicas», al menos) entre «principios fundamentales» y «principios generales».

Y aún más, el art. 9.1, ley 62/1953, modificado por el art. 17, *in fine*, ley 281/1970, dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrollará dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para las materias específicas o que se derivan de las leyes vigentes». Esta disposición sugiere distinguir entre principios expresos (aquellos que resultan de «leyes que expresamente los establecen») y principios implícitos (aquellos que, precisamente, no son expresamente establecidos por leyes, pero que, sin embargo, «se derivan» de leyes).

### 2. ¿Los principios no son normas?

La distinción entre normas y principios —recurrente en los discursos de los juristas y, como se acaba de ver, también en el discurso de las fuentes normativas— puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas.<sup>3</sup>

1) En primer lugar, esa distinción puede ser entendida en sentido *fuerte* (como una oposición):<sup>4</sup> los principios no son normas, son algo distinto de las normas.

Esta tesis, sin embargo, no es convincente. Parece obvio que, al menos en un sentido, también los principios son normas, si por «norma» se entiende, conforme al uso común, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento. Así, no se comprende bien en qué sentido los principios son algo distinto de las normas; no está claro, en fin, qué significa el vocablo «norma» en este contexto.

En general, se tiene la impresión de que la distinción entre normas y principios, así entendida, es una distinción (*lato sensu*) ideológica, que puede ser supeditada —y, de hecho, en algunas etapas, ha sido supeditada— a finalidades exquisitamente políticas (de política del derecho, se entiende). Por ejemplo:

a) En Italia, al día siguiente de la entrada en vigor de la constitución republicana, algunos quisieron distinguir, en el texto constitucional, entre normas y principios (como también entre «normas prescriptivas» y «normas programáticas») con la mal disimulada finalidad de limitar la eficacia jurídica de la nueva constitución<sup>4</sup>.

En ese contexto doctrinal y jurisprudencial, la oposición entre normas y principios disimulaba, en realidad, una oposición distinta: la que se da entre normas eficaces y normas ineficaces. Esto es, no se negaba que los principios (constitucionales) fuesen, en algún sentido, normas: se negaba que fuesen normas eficaces, es decir, inmediatamente productoras de efectos jurídicos<sup>5</sup>. Se negaba, en particular, que los principios fuesen por sí solos idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico) la legislación, en especial la legislación fascista, antecedente a la constitución: al menos hasta que el legislador ordinario no hubiese procedido a «actualizarlos» y «concretizarlos».<sup>6</sup>

b) Actualmente, en el debate internacional acerca de la discrecionalidad judicial, algunos distinguen entre normas (*rules*) y principios (*principles*) con el mal disimulado objetivo de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*) aplicando principios ético-políticos no positivizados en la constitución o en la legislación.<sup>7</sup>

Los principios —se dice— al no ser normas “dictadas”, expresamente formuladas en las fuentes del derecho, no son ni siquiera reconducibles a los criterios de validez (o reconocimiento) propios del ordenamiento positivo. Los principios, aunque subyacentes al ordenamiento positivo como sus fundamentos, son más bien valores prejurídicos y, por tanto, metajurídicos: en última, son instancias morales.<sup>8</sup>

También en ese contexto, la oposición entre normas y principios oculta una oposición distinta: la que se da entre normas positivas (que responden a los criterios de validez del ordenamiento) y normas de derecho natural y/o de derecho jurisprudencial.

2) En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en sentido *débil*: los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.<sup>9</sup>

Esta tesis, por otra parte, es problemática ya que la noción de principio es —como veremos en seguida— escurridiza y, en todo caso, controvertida. Aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos: en otras palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de “principio”.

### 3. Normas de principio y normas de detalle

Como ya se ha mencionado, si se entiende por “norma”, como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que los principios no son más que normas o, si se prefiere, una *especie* del género normas: las “normas de principio”, específicamente. El problema es entonces el siguiente: ¿cuáles son los rasgos característicos de las

“normas de principio” que los distinguen de las “normas de detalle”? La cuestión es controvertida, entre otras cosas, a causa de la extrema —y extremadamente olvidada— heterogeneidad de los principios.<sup>10</sup>

De forma muy general, quizás pueda decirse lo siguiente: algunos sostienen que los principios son normas *sui generis* que se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se caracterizan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

En un caso, se puede decir que la distinción entre normas y principios es *interna*: para identificar un principio es necesario mirar “dentro” del propio principio, analizar el enunciado en el que encuentra su formulación. En el otro, la distinción es *externa*: para identificar un principio es necesario mirar “fuera” del mismo: no es necesario analizar el propio principio sino su contexto normativo.

Más específicamente, me parece que la distinción entre principios y normas ha sido trazada en no menos de cinco modos distintos (si bien algunos de ellos pueden ser entendidos como formulaciones diversas de una misma tesis).<sup>11</sup>

i) Una primera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su formulación: las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.

ii) Una segunda tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su contenido normativo. Esta tesis tiene, al menos, dos variantes.

a) A veces se sostiene que los principios se distinguen por su generalidad, es decir, por la amplitud de su campo de aplicación.

b) Otras veces se piensa que los principios, a diferencia de las normas, no dirigen los comportamientos sino las actitudes.

iii) Una tercera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su estructura lógica: los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*”), ya que o bien están, sin más, privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto. Esta forma de pensar es susceptible, por otra parte, de dos interpretaciones.

a) Primera interpretación: los principios son normas (no hipotéticas sino) categóricas.

b) Segunda interpretación: los principios son normas que están privadas de un ámbito específico de aplicación (o, quizás, privadas de cualquier ámbito de aplicación).

iv) Una cuarta tesis pretende caracterizar los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría tiene dos variantes.

a) Según algunos, los principios son normas "fundamentales", es decir, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas.

b) Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad "material" —*id est* axiológica— del ordenamiento en su conjunto, de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.

v) Una quinta teoría, finalmente, pretende caracterizar los principios en virtud de la forma como éstos funcionan en la interpretación o en el razonamiento jurídico. En especial:

a) los principios no admiten una interpretación literal;<sup>12</sup>

b) los principios orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento (las normas de detalle tienen que ser interpretadas de forma que sean coherentes con los principios);

c) la aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción;

d) los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la "ponderación" o del "balance".

Quede dicho, no obstante, que ninguna de estas tesis es enteramente persuasiva.<sup>13</sup>

Para empezar, todas comparten un defecto, desde mi punto de vista, fatal: todas asumen que existe un sólo tipo de principios o que, en todo caso, todos los principios poseen una o más propiedades comunes y, por tanto, pueden ser reconducidos a un concepto unitario. Este modo de pensar, como es evidente, descuida la extremada variedad tipológica de los principios.<sup>14</sup>

Además, ninguna de estas tesis permite identificar los principios con rigor. No pretendo desarrollar este punto de forma exhaustiva: me conformo con ofrecer algunas consideraciones puntuales.

Es dudoso que la vaguedad de la formulación sea un rasgo característico de los principios: al contrario, se puede sostener

que la vaguedad es un elemento común a todo enunciado prescriptivo, ya sea una norma o un principio. Como máximo, puede decirse que los principios son formulados de un modo relativamente más vago que las otras normas. Pero, desde este punto de vista, la indeterminación es sólo una cuestión de grado. Y, desgraciadamente, no disponemos de una unidad de medida de la indeterminación.

De todas formas, es dudoso que todos los principios sufran una grave forma de indeterminación. Por ejemplo, el principio "lex posterior derogat priori", el principio de la irretroactividad de la ley penal o el principio de la sujeción del juez a la ley no parecen particularmente indeterminados: ciertamente, no más que cualquier otra norma.

La tesis de que todos los principios carecen de hecho condicionante o tienen un hecho condicionante abierto produce perplejidad. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, si se entiende en el sentido de que es constitucionalmente ilegítima toda ley que discrimine entre los ciudadanos (según su sexo, raza, opinión religiosa, etcétera), no parece en absoluto privado de hecho condicionante. Ciertamente, es una cuestión de interpretación: una misma disposición puede ser entendida como una norma específica (provista de hecho condicionante) o como un principio (carente de hecho condicionante).<sup>15</sup> Pero si es así, debemos concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en normas y las normas en principios. De esta forma, la distinción entre normas y principios se desvanece completamente. Ya no podrá decirse, al nivel de la teoría del derecho que, el derecho está compuesto de normas y principios. Únicamente se podrá decir, al nivel de la metajurisprudencia descriptiva o de historia de las doctrinas jurídicas que, algunos juristas interpretan ciertas disposiciones como normas y otras como principios.

También la tesis de que los principios son normas "fundamentales" o "caracterizantes" confía la identificación de los principios a un juicio subjetivo de valor de los intérpretes, desde el momento en que "fundamental" y "caracterizante" no denotan propiedades empíricas. De nuevo, no se podrá decir que en el derecho hay normas y principios sino que deberá decirse, más modestamente, que *algunos* juristas *algunas* veces tratan *algunas* disposiciones como principios y otras como normas.

En mi opinión, es conveniente renunciar sin más a dirimir la controversia de forma neta y definitiva, y conformarse con

conjeturar de forma mucho más cauta que, al menos en la mayor parte de los casos, los principios se distinguen de las (otras) normas por una o más de las siguientes características.<sup>16</sup>

#### 4. La formulación de los principios

1) Ante todo, es necesario decir que, a diferencia de las otras normas, algunos principios están *privados de toda formulación*. Dos únicos ejemplos, por otro lado paradigmáticos: el principio de la separación de poderes y el principio de certeza del derecho.

Diciendo que algunos principios no tienen formulación, no se quiere decir que no tengan una formulación oficial o estándar: lo que es cierto para toda una clase de principios (los principios "inexpresados" o "implícitos", como se verá enseguida). Se quiere decir que algunos principios son habitualmente  *mencionados pero no formulados*: es usual llamarlos "por el nombre", pero nadie se atreve a ofrecer una sucinta formulación normativa.

Probablemente, esto depende del hecho de que en estos casos lo que se denomina principio no es, en realidad, una única norma sino una "doctrina": esto es, una constelación de enunciados *lato sensu* normativos. Una doctrina —piénsese en la doctrina de la separación de poderes— obviamente no puede ser reducida a un único enunciado normativo: cualquier formulación sucinta del principio de la separación de poderes parecería torpe y, en todo caso, inadecuada.<sup>17</sup>

2) Si por "prescripción" se entiende (en sentido estricto) un enunciado que establezca qué debe hacerse y en qué circunstancias, se puede decir que muchos principios son habitualmente formulados en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien *optativo* o *valorativo*. Por ejemplo: «Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los otros pueblos o como medio de resolución de las controversias internacionales» (art. 11, const. it.), que es poco más o menos como decir que la guerra como instrumento, etcétera, es algo malo.

De esta forma, puede decirse que muchos principios —a diferencia de las otras normas— dirigen el comportamiento de un

modo indirecto: a veces proclamando un valor, a veces formulando auspicios. Como ya se ha observado, los principios no se presentan «con una precisa formulación prescriptiva, en cuanto que afirman orientaciones e ideales de política legislativa».<sup>18</sup>

3) En general, ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de los principios.<sup>19</sup>

A menudo, los principios asumen la forma de solemnes "declaraciones" (en indicativo): en el sentido de que no se presentan como enunciados *constitutivos* de situaciones jurídicas nuevas, sino como meros *reconocimientos* de valores (jurídicos, políticos, morales) que se asumen como preexistentes y ahora adquiridos, autoevidentes, indiscutibles. Por ejemplo: «La libertad personal es inviolable» (art. 13.1, const. it.); «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social» (art. 3.1, const. it.).<sup>20</sup>

#### 5. El contenido normativo de los principios

1) Muchos principios (pero ciertamente no todos) son normas teleológicas o pueden ser reformulados en forma teleológica.<sup>21</sup> En otras palabras, se distinguen de otras reglas de conducta por el hecho de que no prescriben un comportamiento preciso sino que *encomiendan la obtención de un fin*, para lo cual los destinatarios pueden escoger entre una pluralidad de comportamientos alternativos (tantos como medios aptos para conseguir el fin prescrito).

El ejemplo más obvio está constituido por los numerosos principios programáticos formulados en la constitución italiana: «La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica» (art. 9.1, const. it.) «[La República] tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación» (art. 9.2, const. it.), etcétera.

2) Muchos principios (aunque, efectivamente, no todos) no son normas de conducta comunes sino metanormas o normas "de segundo grado" y, más precisamente, normas sobre la aplicación del derecho: normas que no se dirigen, pues, a los ciudadanos privados sino a los órganos jurisdiccionales y administrativos y no se refieren directamente a la conducta sino a otras

normas. A veces, determinan el campo de aplicación de una pluralidad de normas (piénsese en el principio de irretroactividad de la ley en general: art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.). A veces indican a los órganos de aplicación criterios de solución de los conflictos entre normas o de selección de las normas aplicables (piénsese en el principio "lex posterior derogat legi priori": art. 15 disp. prel. cod. civ. it.).

3) Es una opinión difundida que toda norma es, en último término, reducible a (reformulable como) un enunciado sintácticamente condicional, del tipo: "Si *F*, entonces *G*", donde la prótasis individualiza un hecho condicionante y la apódosis establece una consecuencia jurídica, como por ejemplo la adquisición de un derecho, la imposición de una sanción, la validez de un acto, etcétera. Pues bien, a menudo los principios —a diferencia de las otras normas— no parecen reconducibles a esta forma condicional.<sup>22</sup>

Frecuentemente, la formulación de los principios es, por decirlo así, categórica: proclaman una finalidad o un valor a perseguir, no ya en presencia de una condición precisa sino incondicionadamente.<sup>23</sup> Por ejemplo: «El arte y la ciencia son libres» (art. 33.1, const. it.); «La escuela está abierta a todos» (art. 34.1, const. it.); «La República [es] una e indivisible» (art. 5, const. it.).<sup>24</sup>

## 6. La estructura lógica de los principios

Es una idea muy difundida —aunque raramente formulada claramente— que los principios presentan una peculiar estructura lógica; más específicamente, la estructura lógica de un condicional "derrotable" (*defeasible*), "derogable" o "superable".<sup>25</sup> Este punto puede ser aclarado del siguiente modo.<sup>26</sup>

Asumamos que tanto los principios como las normas son reducibles a la forma condicional (si bien, como ya se ha visto, esto es al menos dudoso): "Si *F*, entonces *G*", donde la prótasis se refiere a una clase de hechos condicionantes y la apódosis se refiere a una clase de consecuencias jurídicas.

Pues bien, las normas son condicionales que no admiten excepciones.<sup>27</sup> En otras palabras, ante una norma queda excluido que si se produce el hecho condicionante no se produzca la consecuencia jurídica prevista.

Los principios, en cambio, son condicionales "derrotables": es decir, condicionales que admiten excepciones implícitas (derivables de otros principios).<sup>28</sup> Así, no queda excluido que, incluso en presencia del hecho condicionante, la consecuencia jurídica prevista no se produzca. Los principios —podemos decir—, a diferencia de las normas, no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones "prima facie",<sup>29</sup> que pueden ser "superadas" o "derogadas" por obra de otros principios.

## 7. La posición de los principios en el ordenamiento

En cuanto a su posición en el seno del ordenamiento jurídico, los principios se caracterizan respecto a las (otras) normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en alguno de sus sectores específicos (por ejemplo, el derecho civil, el derecho administrativo, etcétera) el papel de normas "fundamentales".<sup>30</sup> Esto ocurre en un doble sentido.

En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas (generalmente, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas).<sup>31</sup>

En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos).<sup>32</sup>

En suma, desde el punto de vista del hablante, los principios son normas que revisten una especial "importancia" o que aparecen como normas "caracterizantes" del ordenamiento jurídico o de una de sus partes, esenciales para su identidad o fisionomía. Por esta razón y en este sentido es habitual acompañar el sustantivo "principio" con el adjetivo "fundamental".<sup>33</sup>

Piénsese, por ejemplo: en derecho constitucional, en el principio de la soberanía popular; en derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en derecho administrativo, en el principio del debido procedimiento; en derecho penal, en el principio "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

Evidentemente, al afirmar esto se hace depender «el carácter de principio de ciertas normas de las cambiantes valoraciones del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina». <sup>34</sup> Así, la cuestión de si una norma tiene o no tiene valor de "princi-

pio" no es una cuestión de hecho y la respuesta que se le dé es, por eso mismo, siempre opinable.<sup>35</sup>

## 8. "Principios fundamentales", "principios generales" y "principios" sin ulteriores especificaciones

Como ya se ha dicho, en algunos textos normativos vigentes, se encuentran dos expresiones de significado *prima facie* distinto: "principios fundamentales" y "principios generales". Las mismas expresiones, naturalmente, son también de uso común en la doctrina y en la jurisprudencia.

El art. 117.1, const. it. —según la forma habitual de interpretarlo— alude a los principios fundamentales *de las diversas materias* que son competencia de la ley regional. En la doctrina y en la jurisprudencia, sin embargo, se habla a menudo de los principios fundamentales *del ordenamiento*.

Por otro lado, el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. se refiere a los principios generales *del ordenamiento*, pero no es infrecuente encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia referencias a los principios generales no ya del ordenamiento sino *de uno u otro sector* del propio ordenamiento (el derecho de obligaciones, el derecho penal, el derecho laboral, etcétera).

Además, en el lenguaje de las fuentes, de la doctrina y de la jurisprudencia se habla a veces de "principios" sin adjetivos.

Naturalmente, el lenguaje jurídico no siempre es cuidadoso y riguroso, de modo que nada garantiza que cada una de esas expresiones sea usada siempre con el mismo significado, ni tampoco que a una expresión distinta corresponda siempre un significado distinto. Sin embargo, los usos corrientes parecen sugerir una distinción que puede ser trazada del siguiente modo.<sup>36</sup>

1) *Principios fundamentales y generales del ordenamiento*: se denominan así los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación.<sup>37</sup> Se pueden mencionar, como ejemplos, el principio de constitucionalidad (esto es, la rigidez de la constitución), el principio de igualdad, el principio de soberanía popular, el principio de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el principio de certeza del derecho, el principio de legalidad, el principio "*neminem laedere*", el principio de preferencia de la ley posterior, etcétera.

Naturalmente, adjetivando los principios en cuestión como "generales" se subraya su extensión; adjetivándolos como "fundamentales", se pone el acento sobre su posición en el seno del ordenamiento.

2) *Principios generales de un sector de la disciplina jurídica*: son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo el derecho civil (principio de la autonomía privada), el derecho administrativo (principio del debido procedimiento), el derecho procesal civil (principio dispositivo), el derecho penal (principio del "*favor rei*"), el derecho del trabajo (principio "*in dubio pro operario*"), y así sucesivamente.

3) *Principios fundamentales de una materia determinada*: son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una "materia", es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial, el turismo, la industria hotelera, la artesanía, la floresta, etcétera. Son ejemplos de este tipo los principios fijados en las leyes estatales denominadas "de bases" sobre una u otra materia de competencia de la ley regional.

4) *Principios (sin ulteriores especificaciones)*: se suele denominar así la *ratio*, la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada disposición normativa. Es decir, se supone que toda disposición normativa tiene una razón de ser, una finalidad inmanente, susceptible de ser conocida a través de la interpretación. Y esta *ratio* es precisamente el principio que funda o justifica la disposición en cuestión: no sería adecuado denominar "general" a un principio así, ya que su ámbito de acción está (relativamente) circunscrito.

## 9. Principios de derecho positivo y principios de derecho natural

El artículo 12.2, disp. prel. cod. civ. it. usa la expresión "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado". Esta formulación requiere algún comentario.

Para apreciar su peculiaridad, es necesario confrontarla con la análoga disposición antepuesta al código civil de 1865 (art. 3.2, disp. prel.), que decía: «Cuando una controversia no pueda decidirse mediante una precisa disposición legal [...] se decidirá según los principios generales del derecho».

Pues bien, estando vigente el código civil de 1865, la disposición citada era entendida por una parte de la doctrina como un reenvío a los principios no ya del ordenamiento positivo vigente sino del derecho natural.<sup>38</sup> Dicho de otro modo, los «principios generales del derecho» eran identificados, por algunos, con los principios de justicia que se suponen comunes a todo ordenamiento (en todo momento y en todo lugar). De modo que la disposición en cuestión fue entendida como una autorización, dirigida al juez, para «heterointegrar» el derecho positivo vigente con el fin de colmar sus eventuales lagunas.<sup>39</sup>

Por el contrario, la expresión usada por el legislador del código civil de 1942, según la opinión común de la doctrina (y según lo que resulta, por otra parte, de los trabajos preparatorios del código civil), es entendida como preclusión al juez de toda forma de heterointegración de las lagunas del derecho. El juez, en otras palabras, no está autorizado para colmar las lagunas recurriendo al llamado «derecho natural», es decir, a principios de justicia no positivizados en la legislación vigente.

En suma, la fórmula del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. se refiere a los *principios de derecho positivo* y sólo a ellos. Se presenta entonces el problema de distinguir los principios de derecho positivo de los principios no positivizados.

El problema, en realidad, permite una solución banal. Se puede decir, en efecto, que son principios de derecho positivo aquellos, y sólo aquellos, que son directamente expresados por, o al menos pueden ser persuasivamente derivados de, disposiciones positivamente formuladas en las fuentes del derecho vigente. Lo que es lo mismo que decir que el juez, al aplicar un «principio general», en el sentido del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., debe mostrar de forma persuasiva que el principio en cuestión es reconducible a una disposición positiva válida, como su significado o su fundamento (implícito).

De no ser así, por otra parte, en estos casos ni siquiera cabría recurso de casación por «violación o falsa aplicación de normas jurídicas» (art. 360, cod. proc. civ. it.). Se quiere decir, en fin, que el juez que recurra a un principio general para col-

mar una laguna de la ley, debe indicar en la motivación las disposiciones legales en las que el principio está directamente expresado o de las que se puede obtener implícitamente.

## 10. Principios expresos y principios implícitos

Como ya se ha recordado, el art. 9.1, de la ley 62/1953 (según la modificación realizada por el art. 17, *in fine*, de la ley 281/1970) dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para materias determinadas o que se derivan de las leyes vigentes». Como es evidente, esta disposición sugiere distinguir entre principios *expresos* y principios *implícitos*.<sup>40</sup>

1) Son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación.<sup>41</sup>

Por ejemplo, pueden considerarse principios expresos en el ordenamiento italiano: el principio de igualdad (art. 3.1, const. it.); el principio de la irretroactividad de la ley penal (art. 25.2, const. it.); el principio «neminem laedere» (art. 2043, cod. civ. it.); el llamado principio de la interpretación estricta de la ley penal (art. 1 cod. pen. it. y art. 14, disp. prel. cod. civ. it.); el principio de legalidad en la jurisdicción (art. 101.2, const. it.); etcétera.

Por otra parte, como ya se ha dicho, la cuestión de si una determinada disposición expresa un «principio» o, en cambio, una simple «norma» no es una cuestión de hecho: la respuesta, en un sentido o en otro, es en todo caso fruto de una valoración (habitualmente, de una valoración del intérprete) que, como tal, no es verdadera ni falsa. Puede suceder —y frecuentemente sucede— que una valoración sea generalmente compartida y, en consecuencia, sea sentida como obvia: pero esto no le quita el carácter de valoración y no la torna verdadera. Por otro lado, como ahora veremos, se encuentran a menudo, en las fuentes del derecho, disposiciones que se autocalifican como principios: esas disposiciones tienen valor de principio en virtud de una valoración del propio legislador y no del intérprete.

Puede observarse que a veces dos normas (expresas) tienen entre ellas una relación de regla y excepción, los intérpretes se inclinan a considerar como "principio" la norma que se presenta como "regla" (es decir, la norma más general). Paradójicamente, el hecho de que una regla sufra excepciones es considerado como indicio de su naturaleza de "principio".

2) Son principios implícitos, por el contrario, aquellos que están "privados de disposiciones",<sup>42</sup> es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o "construidos" por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio jurídico implícito, no adoptan la posición de legislador sino que asumen que ese principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.

Por ejemplo, son principios implícitos: el principio de tutela de la buena fe, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio de separación de poderes, (quizás) el principio de legalidad en la actuación de la administración, los llamados principios del orden público, el denominado principio "in dubio pro operario" en derecho laboral, etcétera.

Los principios implícitos no son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la integración del derecho por obra de los intérpretes. Esos principios son derivados por los operadores jurídicos: algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Se deriva un principio de una norma concreta cada vez que se conjetura una *ratio*, esto es, una finalidad que la norma persigue o un valor que funda la norma.<sup>43</sup> Pero son también principios elaborados a partir de una norma concreta, por ejemplo, el llamado principio de razonabilidad o no-arbitrariedad de la legislación (que el Tribunal constitucional italiano deduce del art. 3.1, const. it.), el principio de libertad de las formas negociales (que la doctrina prevalente obtiene del art. 1325, cod. civ. it.), etcétera.

Son derivados de una multiplicidad de normas, por ejemplo, el principio de tutela de la buena fe y el principio dispositivo en el proceso civil. El primero es obtenido de las disposiciones

sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428, cod. civ. it.), de las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto de terceros y de acreedores (arts. 1415 y 1416, cod. civ. it.), de las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación de la apoderación (art. 1396, cod. civ. it.), etcétera. El segundo es obtenido de los arts. 2907.1, y 2697, cod. civ. it., de los arts. 99 y siguientes, cod. proc. civ. it., de la regulación de la transacción (arts. 1965 y siguientes, cod. civ. it.), etcétera.

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

## 11. Construcción de principios por parte de los intérpretes

Según un punto de vista en ascenso y ahora consolidado, los principios implícitos serían construidos por los intérpretes a través de la "inducción" (abstracción, generalización, universalización) a partir de normas particulares.<sup>44</sup>

Este tipo de procedimiento es el mismo que se adopta, típicamente en los sistemas de *common law* (pero no sólo en ellos), para pasar de un específico pronunciamiento jurisdiccional a su *ratio decidendi*.<sup>45</sup>

Un principio (implícito) sería entonces una norma (muy) general de la que podrían ser inferidas lógicamente (deducidas)<sup>46</sup> diversas normas particulares (explícitas).

Pero, en realidad, no es fácil encontrar ejemplos de principios elaborados de este modo. En la mayoría de los casos, construir un principio consiste más bien en avanzar una conjetura acerca de las razones (de las finalidades, de las intenciones, de los valores) del legislador. Es esto lo que se hace siempre que se deriva de una norma (o de un conjunto de normas) su *ratio*.

Esas conjeturas acerca de las razones del legislador son obviamente opinables. Es raro que una norma responda a una finalidad unívoca y bien definida. Todos los resultados que la norma (si es observada y/o aplicada) es idónea para producir

pueden ser asumidos como razón de ser de esa norma. Si una norma determinada es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos,  $R_1$  y  $R_2$ , se puede sostener que la *ratio* de la norma es, indiferentemente, la realización de  $R_1$  como también la realización de  $R_2$ .

Por ejemplo, la norma (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89.1, const. it.) puede ser reconducida indiferentemente al menos a dos objetivos distintos: eximir al Jefe de Estado de toda responsabilidad política o bien garantizar un control gubernativo sobre los actos del Presidente. La norma (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (art. 109, const. it.) puede ser justificada: ya sea con el principio (más general) de igualdad ante la ley (art. 3.1, const. it.), ya sea con la finalidad de perseguir todos los delitos, de forma independiente a toda consideración de utilidad, ya sea con la finalidad de garantizar la neutralidad política del ministerio público. El art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it. (que a su vez expresa un principio: el principio de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido, indiferentemente, a tres finalidades distintas: garantizar la estabilidad de las relaciones ya establecidas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos o garantizar a cada uno la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Y así sucesivamente.

## 12. Disposiciones de principio

El lenguaje legislativo y, más aun, el constitucional está lleno de disposiciones que expresan principios.<sup>47</sup>

Como se ha dicho ya al delinear la noción de principio, la cuestión de si una determinada disposición expresa un principio (y no, en cambio, una simple norma) no es una cuestión de hecho sino que sólo puede ser decidida mediante una valoración: normalmente, a través de una valoración del intérprete. Sin embargo, se pueden encontrar, en el discurso de las fuentes, disposiciones que explícitamente se autocalifican como "principios" (o "normas de principio" o "disposiciones de principio") no en virtud de una valoración de intérprete sino del propio legislador.

El ejemplo más obvio es constituido por los artículos 1 a 11 de la constitución italiana, que precisamente se autodenominan "Principios fundamentales". Pero los ejemplos se pueden multiplicar fácilmente: la ley 382/1978 se titula: "Norme di principio sulla disciplina militare"; la ley 335/1979 se titula: "Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni"; el art. 1 de la ley 833/1978 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale") lleva la rúbrica: "I principi"; el artículo 22 de la ley 93/1983 ("Legge-quadro sul pubblico impiego") lleva la rúbrica "Principi in tema di responsabilità, procedure, e sanzioni disciplinari", etcétera.<sup>48</sup>

## 13. La fuente de los principios

Se puede hablar de "fuente" de los principios<sup>49</sup> en al menos dos sentidos distintos, que dependen del significado que el vocablo "fuente" puede asumir en este contexto.

1) Si por fuente de una norma (o de un principio, poco importa) se entiende el sujeto del que la norma emana, entonces se debe trazar una clara distinción entre los principios expresos y los principios implícitos.

En efecto, la fuente de un principio expreso es la autoridad normativa que ha dictado el texto —la disposición normativa— del que el principio constituye el significado. Los principios expresos, en efecto, no son más que el significado de disposiciones específicas.

En cambio, la fuente de un principio implícito no son las diversas autoridades normativas del ordenamiento, sino más bien los intérpretes —jueces y/o juristas—, quienes elaboran y dan formulación a los principios en cuestión. Los principios implícitos, en efecto, no constituyen el significado de disposiciones específicas: son fruto de la integración del derecho por obra de los intérpretes.<sup>50</sup>

2) Si por "fuente" de una norma (o de un principio) se entiende, en cambio, el texto o documento normativo en el que la norma encuentra su formulación, entonces se puede decir que los principios expresos sí tienen una fuente, mientras que, por definición, los principios implícitos no la tienen.

No obstante, en un sentido, también los principios implícitos tienen una fuente: cada uno de ellos, en efecto, puede (o mejor, en virtud del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., debe) ser reconducido a una o más disposiciones que, aunque no sean una puntual y exhaustiva formulación del principio en cuestión, constituyan sin embargo el material normativo bruto con el que los intérpretes construyen el principio.

Desde este punto de vista, todos los principios —ya sean expresos o implícitos— están provistos de una “fuente”. En otras palabras, para todo principio es siempre posible encontrar un texto normativo en el que el principio está directamente formulado (si es un principio expreso) o del que, en todo caso, es derivable con oportunas técnicas argumentativas (si es un principio implícito).

#### 14. Principios constitucionales, principios legislativos y principios “supremos”

Si se acepta que, al menos en un sentido, todos los principios tienen una fuente, entonces resulta interesante preguntarse, para cada principio, de qué fuente proviene.

Si bien no se puede excluir<sup>51</sup> que un principio encuentre su formulación en una fuente secundaria o que sea derivable de una fuente secundaria (como por ejemplo, un reglamento),<sup>52</sup> parece natural distinguir los principios en dos clases fundamentales: principios constitucionales y principios legislativos.

Naturalmente, son principios de rango constitucional aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en la constitución o en las leyes constitucionales.<sup>53</sup> Son principios de rango legislativo aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las leyes ordinarias estatales (y quizás también en las regionales)<sup>54</sup> y en actos con fuerza de ley.

No es necesario decir que esta distinción, que tendría escasa importancia práctica en un sistema de constitución flexible, reviste en cambio una importancia evidente en un sistema de constitución rígida, como el hoy vigente en Italia. Esto es así por la banal razón de que los principios de rango legislativo pueden ser fácilmente derogados o subvertidos por leyes ordinarias (en virtud del principio de preferencia de la ley posterior), mientras que los principios de rango constitucional: por

un lado, son idóneos para provocar la ilegitimidad constitucional y la consiguiente ineficacia de toda fuente inferior que esté en contradicción con ellos (arts. 134 y 136.1, const. it.) y, por otro lado, no pueden ser modificados o derogados si no es por leyes constitucionales (art. 138, const. it.).

De todos modos, es preciso subrayar que, en el ámbito de los principios constitucionales, hay algunos que —según lo que se sostiene por la doctrina y la jurisprudencia— no pueden ser modificados, derogados o subvertidos de ninguna forma (legítima), estando sin más sustraídos a la revisión constitucional. Son estos los principios “supremos” del ordenamiento.<sup>55</sup>

Por otra parte, la identificación de los principios supremos (inmodificables) no es cosa fácil. La constitución vigente, al prohibir expresamente la revisión de la forma republicana del estado (art. 139, const. it.) permite identificar con certeza al menos dos de ellos: el principio de elegibilidad del Jefe de estado y el principio de temporalidad de su mandato (de acuerdo con el significado común del término “república”).<sup>56</sup>

La doctrina y (ahora también) la jurisprudencia constitucional parecen concordar en que, junto al límite expreso del art. 139, const. it., hay también límites *implícitos* a la revisión constitucional.<sup>57</sup> En particular, el Tribunal constitucional italiano ha sostenido lo siguiente: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera mediante leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales. Lo son tanto aquellos que la propia Constitución ha previsto explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const. it.), como los principios que, a pesar de no ser expresamente mencionados entre los que no están sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Este Tribunal, por lo demás, ha reconocido ya en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un peso superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha sostenido que incluso las disposiciones del Concordato, que gozan de la particular “cobertura constitucional” ofrecida por el art. 7, segundo párrafo, Const. it., no se sustraen a la verificación de su conformidad con los “principios supremos del orde-

namiento constitucional" (vid. sentencias nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede estar sujeta al examen de este Tribunal "en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana" (vid. sentencias nn. 183 del 1973, 170 del 1974). No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales también respecto de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por otra parte, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más elevado valor.<sup>58</sup>

## 15. El uso de los principios en la producción del derecho

Los principios se usan, principalmente, en la producción del derecho.<sup>59</sup>

La formulación de un principio (que es pues, por eso mismo, un principio expreso) por parte de una autoridad normativa cumple en general la función de circunscribir, bajo el aspecto sustancial o material, la competencia normativa de una fuente (en algún sentido) "subordinada".<sup>60</sup>

Dado que la fuente está subordinada, según los casos: no puede contener normas incompatibles con aquel principio; o bien debe limitarse a desarrollar las implicaciones de aquel principio; so pena, en ambos casos, de invalidez por vicio sustancial o material. En el primer caso es inválida toda norma que sea contradictoria con el principio; en el segundo, es inválida toda norma que no sea deducible del principio.

El principio, en suma, funciona de parámetro de legalidad o legitimidad de la fuente subordinada.

Así, por ejemplo, las leyes regionales (emanadas en el ámbito de la denominada competencia "compartida") no pueden entrar en conflicto con los "principios fundamentales" formulados en las leyes estatales "de bases" (art. 117.1, const. it.), a pesar de que, en teoría, no hay subordinación jerárquica entre la ley estatal y la ley regional. Puede decirse que los principios en

cuestión constituyen un límite a la competencia legislativa regional en un doble sentido.<sup>61</sup> Por un lado, no está consentido a las Regiones dictar normas de principio (que están reservadas a la competencia de la ley estatal) sino sólo normas "de detalle", es decir, normas relativamente más específicas, menos generales. Por otro lado, las normas "de detalle" emanadas por las Regiones deben armonizarse con las "bases" de los principios dictados por las leyes estatales: esto es, no pueden entrar en conflicto con ellos, bajo pena de su invalidez por ilegitimidad constitucional.<sup>62</sup>

Por otro lado, las leyes de las Regiones con estatuto especial (emanadas en el ámbito de la denominada potestad legislativa "primaria") tienen el límite de los principios generales derivables de la legislación estatal.<sup>63</sup>

De forma análoga, los decretos legislativos delegados del Gobierno no pueden entrar en conflicto con los "principios y criterios rectores" establecidos en la ley de delegación (art. 76, const. it.), a pesar de que, de nuevo, el decreto delegado no esté formalmente subordinado a la ley (y teniendo la misma "fuerza")<sup>64</sup>.

Y aún más: los reglamentos gubernativos denominados de "ejecución e integración" deben limitarse a desarrollar las leyes "portadoras de normas de principio" (art. 17.1, ley 400/1988). Lo mismo, aproximadamente, puede decirse de los reglamentos que es habitual denominar "delegados", que deben limitarse a especificar las leyes que "autorizando el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, determinan las normas generales reguladoras de la materia y disponen la derogación de las normas vigentes, con efecto desde la entrada en vigor de las normas reglamentarias" (art. 17.2, ley 400/1988).

## 16. El uso de los principios en la interpretación del derecho

Los principios se usan también en la interpretación de los documentos normativos.

Los principios —sobre todo los principios expresos y, entre éstos, especialmente los de rango constitucional— son empleados en general para justificar una interpretación "conforme".

Se denomina "conforme" a aquella interpretación que, precisamente, adapta el significado de una disposición al de un principio, previamente identificado.<sup>65</sup>

Supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contradictorias,  $I_1$  e  $I_2$ , tales que  $I_1$  sea conforme con un principio e  $I_2$  esté en conflicto con él. Pues bien, se hace una interpretación conforme interpretando la disposición en cuestión en el sentido  $I_1$  y rechazando el sentido  $I_2$ .

Se sostiene, en particular, que la interpretación de la ley debe adecuarse, si es posible, a los principios constitucionales (de modo que, cuando es practicable una interpretación conforme, no hay razón para elevar una cuestión de legitimidad constitucional); que la interpretación de la ley regional debe ser adecuada, si es posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados debe ser adecuada, si es posible, a los principios establecidos en la ley de delegación; que la interpretación de los reglamentos de ejecución debe ser adecuada, si es posible, a las disposiciones de la ley que es por ellos ejecutada.<sup>66</sup>

En general, en sede de interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), de la que se asume su "superioridad" respecto a la disposición a interpretar, para adecuar a aquélla el significado de ésta. Y tratar a una norma como principio significa precisamente asumir su superioridad —al menos su superioridad *axiológica*— respecto de otra.<sup>67</sup>

Por ejemplo, adoptando esta técnica argumentativa, una disposición que pueda ser entendida como retroactiva o como irretroactiva será preferiblemente entendida en el segundo sentido, de acuerdo con el principio general expreso de la irretroactividad (art. 11, disp. prel. cod. civ. it.).<sup>68</sup>

En beneficio del denominado principio de "conservación de los documentos normativos",<sup>69</sup> este argumento es de amplia utilización por parte de la jurisprudencia constitucional, especialmente en las denominadas sentencias interpretativas. La interpretación conforme, obviamente, produce el efecto de conservar la validez de documentos normativos, también susceptibles de interpretaciones contrarias a la constitución, con la condición de que se admita al menos una interpretación conforme con los principios constitucionales.

## 17. El uso de los principios en la integración del derecho

Por último, los principios se usan en la integración de las lagunas del derecho.<sup>70</sup>

El art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. establece que: «Si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición precisa, se atenderá a las disposiciones que regulan casos parecidos o materias análogas; si el caso permanece aún dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

Las controversias que no pueden ser decididas mediante una "disposición precisa", es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumentos para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico.<sup>71</sup>

Por otra parte, en general, los principios no son idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas: por lo menos, como se suele decir, requieren "concretización". Para dar un solo ejemplo entre miles: supuesto que el denominado "daño biológico" no constituya un daño no-patrimonial (a los efectos del art. 2059, cod. civ. it.) y que, por tanto, el código civil no contenga regulación alguna acerca de su resarcibilidad, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32, const. it.); pero es evidente que ese principio no es suficiente por sí solo para resolver ninguna controversia sobre la materia en cuestión, puesto que nada dice acerca de la resarcibilidad del daño biológico; se puede usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico a condición de que se obtenga de él una norma particular *implícita*, idónea, esta sí, para colmar la laguna y para regular el supuesto de hecho del que se busca la regulación.<sup>72</sup>

En general, un principio sólo puede constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento —habitualmente *no deductivo*— cuya conclusión sea una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete. Esto puede ser explicado más extensamente como sigue.

Es habitual distinguir, en el seno del razonamiento judicial, dos niveles de "justificación" o argumentación.<sup>73</sup> El nivel infe-

rior –llamado “justificación interna”– puede siempre asumir la forma de un silogismo: la premisa mayor es una norma general (“El homicidio es castigado con la reclusión”); la premisa menor es una aserción que, por un lado, establece el supuesto de hecho concreto y, por el otro, lo subsume bajo el supuesto de hecho abstracto previsto por la norma (“Fulano ha cometido homicidio”); la conclusión es la decisión de la controversia (“Fulano debe ser recluso”). El nivel superior –llamado “justificación externa”– está constituido por dos argumentaciones no silogísticas distintas que justifican la elección de las premisas del silogismo decisorio. El silogismo, en efecto, es un argumento necesario y suficiente para justificar la decisión, pero también la elección de las premisas exige argumentación. Por un lado, es necesario entonces justificar la elección de la premisa normativa; por el otro, es necesario justificar la elección de la premisa fáctica. Ahora, por lo que respecta en particular a la justificación externa de la premisa normativa, se puede decir, muy sucintamente, lo que sigue.

Normalmente, la premisa mayor del silogismo decisorio es una *norma expresa*, N, que constituye el significado (uno de los posibles significados) de una disposición jurídica positiva D. Así, la justificación externa de esa premisa consiste a grandes rasgos en aducir que: a) la disposición D es formalmente válida; b) esa disposición expresa la norma N; c) esa norma es, a su vez, materialmente válida.<sup>74</sup>

A su vez, las aserciones a) y c) pueden ser ulteriormente argumentadas haciendo referencia a los criterios de validez (formal y material) propios del ordenamiento de que se trate.<sup>75</sup> La aserción b), que constituye un enunciado interpretativo (de la forma “D significa N”),<sup>76</sup> puede ser argumentada apelando a una u otra de las técnicas interpretativas comúnmente aceptadas en la cultura jurídica existente.<sup>77</sup>

Ahora bien, los principios –a causa de su contenido normativo– no son aptos para desarrollar el rol de premisa mayor del silogismo judicial. Ellos desarrollan un rol, más bien, en la justificación externa de la premisa mayor.

Obviamente, ante una laguna, la premisa mayor del silogismo judicial no puede ser una norma expresa (si hubiese una norma expresa aplicable al supuesto de hecho concreto, no habría laguna): la premisa mayor del silogismo sólo puede ser una norma implícita. Es evidente que, en estos casos, la justifi-

cación externa de la premisa mayor debe asumir una forma distinta de la que ha sido examinada hasta ahora.

Cuando se usa una norma implícita como premisa mayor de un silogismo judicial, es necesario mostrar persuasivamente que esa norma es (materialmente) válida, a pesar de no estar formulada, a pesar de estar “privada de disposición”. Pues bien, esto puede hacerse reconduciendo la norma en cuestión a un principio, expreso o implícito, que constituya su fundamento.<sup>78</sup>

Por ejemplo, se puede sostener que una norma implícita N encuentra su fundamento en un principio P cuando N es lógicamente deducible de P (habitualmente con el agregado de las premisas oportunas). O bien puede sostenerse que una norma implícita N encuentra su fundamento en un principio P cuando N es un medio para conseguir el fin prescrito por P. En el primer caso, se dirá que N constituye la “expresión”, “especificación” o “aplicación” de P. En el segundo caso, se dirá que N constituye la “implementación” de P.

## 18. Conflictos entre principios

Puede suceder (en realidad sucede a menudo) que dos principios –como ocurre con las normas– entren en conflicto.

Algunas veces, dos principios parecen estar en conflicto incluso en una interpretación “en abstracto”: por ejemplo, el principio de presunción de inocencia del inculcado (art. 27.2, const. it.) está *prima facie* en conflicto con el principio que permite la prisión preventiva (art. 13, *in fine*, const. it.). En estos casos, el conflicto es necesario (no contingente), ya que todos los supuestos de hecho concretos regulados por el primer principio son también regulados –de forma incompatible– por el segundo.

Más a menudo, dos principios se revelan en conflicto (sólo) cuando se aplican a casos concretos: por ejemplo, en la aplicación concreta, puede suceder que el principio de la presunción de inocencia entre en colisión con el principio de la libre manifestación del pensamiento o de la libertad de prensa (art. 21.1 y 2, const. it.). En estos casos, el conflicto es contingente (no necesario): depende del hecho de que algunos supuestos de hecho concretos (pero no todos) caen simultáneamente en el campo de aplicación de dos principios que establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí.<sup>79</sup>

Pues bien, según un punto de vista difundido —que refleja, por otra parte, la praxis de muchos tribunales constitucionales— los conflictos entre principios y, en particular, los conflictos entre principios *constitucionales*, no pueden o no deben ser resueltos con las mismas técnicas que habitualmente se usan para resolver conflictos entre normas.<sup>80</sup>

En nuestro ordenamiento, como en muchos otros, hay tres reglas o criterios de solución para los conflictos entre normas:

a) *lex superior derogat inferiori*: la norma superior prevalece sobre la inferior, en el sentido de que ésta última es inválida;

b) *lex posterior derogat priori*: la norma más reciente prevalece sobre la más antigua, en el sentido de que ésta última es (no inválida, sino) derogada;

c) *lex specialis derogat generali*: la norma (relativamente) más específica constituye una excepción a la norma (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no se aplica donde es aplicable la particular.<sup>81</sup>

Pero ninguna de estas reglas —suele decirse— es idónea para resolver los conflictos entre principios, especialmente entre principios constitucionales. Efectivamente, no resulta aplicable la regla “*lex superior*”, ya que se está hablando, por hipótesis, de principios que no tienen entre sí ninguna relación jerárquica, colocándose todos en el nivel constitucional. Tampoco es aplicable la regla “*lex posterior*”, ya que se está hablando de principios establecidos, por hipótesis, en un mismo documento normativo y, por tanto, coetáneos.

No se comprende, en cambio, por qué no puede aplicarse la regla “*lex specialis*”, que es precisamente el criterio de solución de antinomias habitualmente empleado para resolver conflictos —meramente aparentes, suele decirse— entre normas contiguas, contenidas en un mismo texto normativo y, por tanto, coetáneas y jerárquicamente iguales.<sup>82</sup>

Supongamos que un primer principio  $P_1$  establezca que “Si  $F_1$ , entonces  $G$ ”, y un segundo principio jurídico  $P_2$  establezca que “Si  $F_2$ , entonces no- $G$ ”. Supongamos además que las circunstancias  $F_1$  y  $F_2$  se presenten conjuntamente (que es lo mismo que decir que estamos en presencia de un supuesto de hecho que cae bajo el campo de aplicación de ambos principios). De ello se sigue que ambos principios son aplicables: pero, aplican-

do  $P_1$ , la consecuencia jurídica debería ser  $G$ ; mientras que aplicando  $P_2$ , la consecuencia jurídica sería no- $G$ .

Aplicando la regla “*lex specialis*” el conflicto podría resolverse, banalmente, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión. Por ejemplo:  $P_1$  debe ser entendido en el sentido de que “Si  $F_1$  y no- $F_2$ , entonces  $G$ ”. De modo que la consecuencia jurídica  $G$  no sigue al supuesto de hecho  $F_1$  cuando éste se presenta en concomitancia con  $F_2$ . En presencia de  $F_2$ , la consecuencia jurídica es no- $G$ , a pesar de la concomitancia de  $F_1$ .

De hecho, según la doctrina y la praxis<sup>83</sup> examinada, los conflictos entre principios no se resuelven mediante el criterio de “*lex specialis*”, sino mediante el “balance” o la “ponderación” de los propios principios *en el caso concreto*. Con esto se alude a una operación intelectual que, bajo un análisis lógico, parece presentar tres características sobresalientes.

a) La primera característica sobresaliente de la ponderación consiste en una *interpretación* peculiar de los principios de que se trate (o de las disposiciones que los expresen).

Para aclarar este aspecto es necesario de forma preliminar recordar la clasificación de las antinomias propuesta por Alf Ross.<sup>84</sup> A veces dos normas,  $N_1$  y  $N_2$ , disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de forma que todo supuesto de hecho que cae en el campo de aplicación de  $N_1$ , cae también en el campo de aplicación de  $N_2$  (*antinomia “total-total”*). Otras veces, la clase de supuestos de hecho regulados por una de las dos normas,  $N_1$ , está completamente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho regulada de forma incompatible por la otra,  $N_2$ , de modo que el conflicto surge sólo en relación con los supuestos de hecho regulados (también) por  $N_1$  (*antinomia “total-parcial”*). Finalmente, otras veces las dos normas regulan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente: algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho regulados por  $N_1$  coinciden con algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho regulados de forma incompatible por  $N_2$ , de modo que sólo en esos casos se presenta el conflicto (*antinomia “parcial-parcial”*).

Pues bien, la ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados,  $P_1$  y  $P_2$ , sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho re-

gulados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de modo que la antinomia que resulte sea del tipo "parcial-parcial". Si la antinomia fuera del tipo "total-total", en efecto, sería simplemente irresoluble. Si fuese del tipo "total-parcial", podría —es más, debería— resolverse mediante el criterio de especialidad.

b) La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía *axiológica* entre los principios de que se trate. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete: precisamente, mediante un juicio de valor.<sup>85</sup>

Para resolver una antinomia del tipo "parcial-parcial" no hay otra forma que otorgar a una de las dos normas en conflicto un mayor "peso", es decir, un mayor "valor" que a la otra. La norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe, en el sentido de que es dejada de lado.

Obsérvese: en este contexto, "ponderar" no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro.

c) La tercera característica sobresaliente de la ponderación consiste en lo siguiente: para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que, en el caso concreto, tendría la aplicación del principio  $P_1$  le parece *más justo* (o menos injusto) que el resultado que tendría, en cambio, la aplicación del principio  $P_2$ , entonces éste será dejado a un lado, en ese caso concreto, mientras que el principio  $P_1$  será, en ese caso, aplicado.

Préstese atención: "en el caso concreto". Con esta especificación se quiere decir que no se excluye en absoluto que, en un caso distinto, la aplicación del principio  $P_2$  produzca resultados considerados más justos (o menos injustos) que la aplicación de  $P_1$  y que, por tanto, en ese caso, sea dejado de lado  $P_1$  y aplicado  $P_2$ . En otras palabras, la jerarquía establecida entre los dos principios en conflicto es una jerarquía *móvil*, mutable: en un caso se atribuye mayor peso o valor a  $P_1$ , en un caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a  $P_2$ .

La ponderación de los principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de "justicia") del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no queda resuelto de forma *estable*, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios en conflicto sobre el otro (como sucedería si se adoptara, en cambio, el criterio "lex specialis"); toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

## Notas

1. La misma distinción del art. 117.1, const. it. es reiterada por el art. 9.1, de la ley 62/1953, modificado por el art. 17, *in fine*, de la ley 281/1970, que dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrollará dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para las materias específicas o que se infieren de las leyes vigentes».
2. Acerca de los «principios e intereses generales que informan la legislación del Estado» habla también el art. 17 del *Regio decreto legislativo* 455/1946, convertido en ley const. 2/1948, Estatuto de la Región siciliana. Los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» son mencionados por el art. 3 de la ley const. 3/1948, Estatuto especial para Sardeña; por el art. 2 de la ley const. 4/1948, Estatuto especial para el Valle d'Aosta, además del art. 4 del D.P.R. 670/1972, Texto único de las leyes const. concernientes al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige, que, en su art. 5, contraponen los «principios establecidos por las leyes del Estado» a las «normas legislativas» regionales.
3. Al respecto: L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, espec. cap. II.
4. Cfr., por ejemplo, G. Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, espec. 97 ss.
5. Cfr. Cass. S. U. pen., 7 de febrero 1948, en *Foro italiano*, 1948, II, 57.
6. Cfr. V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
7. La alusión se refiere a R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, 1978; trad. cast., *Los derechos en serio*, a cargo de M. Guastavino, II ed., Barcelona, 1989; Id., *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), 1985. Al respecto, en la literatura más reciente: M. Troper, "Les juges pris au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin", en *Droit et société*, 1986, n. 2; L. Prieto, *Sobre principios y normas*, cit., espec. cap. IV; Id., "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 1983. Pero, en realidad, la literatura sobre las tesis de Dworkin es inmensa: cfr. R. Guastini, "Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazioni secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983 (si bien la bibliografía contenida es ahora muy incompleta).

8. Al respecto: G.R. Carrió, "Principios jurídicos y positivismo jurídico" (1970), ahora en Id., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1990, edición corregida y aumentada.
9. «Todos los principios son normas, pero no todas las normas son principios»: L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 96.
10. Una tipología de los principios puede encontrarse en R. Guastini, "Sui principi di diritto", en *Diritto e società*, 1986, 601 ss.; cfr. también M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre approcci ai principi di diritto", en *Analisi e diritto*, 1993; trad. cast. corregida en Id. *Las piezas del Derecho*, Barcelona, 1996, cap. I.
11. Cfr. R. Guastini, "I principi nel diritto vigente", en M. Bessone, R. Guastini (eds.), *La regola del caso*, Padova, 1995, 113 ss.; Id., "Diritto mite, diritto incerto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996.
12. Según G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992 (trad. cast. *El derecho dúctil*, a cargo de M. Gascón, Madrid, 1995), los principios no requieren ni admiten una interpretación "en abstracto", siendo su significado autoevidente. Esta tesis es insostenible. La interpretación en abstracto —esto es, la interpretación textual— es una operación lógicamente necesaria para, y previa a, toda interpretación en concreto. Esta tesis parece no tener otro sentido que el de legitimar una interpretación variable de las disposiciones de principio, con resultados evidentes de incerteza del derecho e imprevisibilidad de las decisiones judiciales.
13. Mientras escribo, me encuentro con una decisión del Tribunal constitucional italiano (Tribunal const. it. 79/1996) en la que se atribuye el estatus de "principio fundamental", vinculante para la legislación regional, al artículo 3 bis del decreto-ley 361/1987 (introducido mediante *legge di conversione* 441/1987), que dispone que: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas instalaciones de tratamiento y almacenamiento de residuos sobre la base de los resultados de una conferencia específica en la que participan los responsables de las oficinas regionales competentes y los representantes de los entes locales interesados; la conferencia toma en cuenta y valora todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; la aprobación del proyecto se constituye, si es necesario, en variante del instrumento urbanístico general. Sería interesante preguntar al respecto a cuantos teorizan acerca de la distinción entre normas y principios, ya que la disposición mencionada no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio que circulan en la literatura.
14. Cfr. R. Guastini, "Sui principi di diritto", cit.; M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre approcci ai principi di diritto", cit.; trad. cast. corregida en Id. *Las piezas del Derecho*, cit.
15. Cfr. L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.
16. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1993, cap. XXX; Id., "Principi di diritto", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, Tratado cit., Milano, 1994.
17. R. Guastini, "Sui principi di diritto", cit., 615.
18. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, cap. XIII; trad. cast. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, a cargo de J.L. de los Mozos, Madrid, 1975, cap. XIII. Cfr. también F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991.
19. Se denominan "deónticos" los enunciados en cuya formulación se emplea el verbo auxiliar "deber". Un "imperativo" es un enunciado en el que se emplea un verbo (que designa una acción) conjugado en modo verbal imperativo.
20. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
21. O "reglas finales", en la terminología de G. Brunetti, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913 (reed. litográfica, Camerino, 1979).
22. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
23. Las normas —se dice— «son aplicables en la forma del todo-o-nada»; si se dan las circunstancias previstas por una norma, entonces la consecuencia jurídica se sigue «automáticamente»; los principios, por su parte, «no indican consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se dan las condiciones previstas»; así, la aplicación de un principio supone siempre un elevado grado de discrecionalidad (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. 2; trad. cast., *Los derechos en serio*, cit., cap. 2). Al respecto, cfr. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1978, parte II; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, espec. cap. VII; A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982; M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, 1984; S. Bartole, "In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980; R. Guastini, "Due note di teoria del diritto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981.
24. Según M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre approcci ai principi di diritto", cit., 14 (trad. cast., *Las piezas del Derecho*, cit., págs. 8 y 9), «pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una conducta, pero [...] los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. [...] [M]ientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas». Cfr. también R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 5, 1988.
25. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. 2; trad. cast., *Los derechos en serio*, cit., cap. 2; L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", cit.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, 81 ss.
26. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Norma jurídica", en *Analisi e diritto*, 1996; trad. cast. "Norma jurídica", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, 1996.
27. Excepto las previstas expresamente por otras normas, que son finitas y susceptibles de una enumeración completa. Bien visto, toda excepción es un fragmento de la norma de que se trate. Y una formulación "completa" de la norma debería enumerar todas las excepciones. Supongamos que una disposición  $D_1$  establezca que "Si A entonces Z" y una segunda disposición  $D_2$  establezca a su vez "Si B entonces no Z". ¿Qué sucede cuando las dos circunstancias A y B se presentan juntas? Si se sostiene que  $D_2$  establece una excepción a  $D_1$  (*lex specialis derogat generali*), entonces la solución será  $D_2$ : "Si A y no-B, entonces Z". Esto es como decir que  $D_1$  y  $D_2$  son fragmentos de una única norma. O, dicho de otra forma,  $D_1$  expresa una norma incompleta: solo  $D_2$  constituye la norma completa. Así, la formulación apropiada de la norma en cuestión no es  $D_1$  sino  $D_2$ .
28. Cuando se trata de un principio, las excepciones no son susceptibles de una enumeración exhaustiva.

29. Cfr. W.D. Ross, *The Right and the Good* (1930), Oxford, 1961; trad. cast. *Lo correcto y lo bueno*, a cargo de L. Rodríguez, Salamanca, 1994.
30. «Los principios son aquellas normas que son consideradas por el legislador, la doctrina y/o la jurisprudencia como el fundamento (en uno de los posibles sentidos del término [...]) de un conjunto de otras normas» (C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 262).
31. Se puede decir que una norma constituye el "fundamento" de otras normas —y es, por esto, un "principio"— en muchos sentidos distintos; de ellos, al menos dos merecen ser mencionados. En un primer sentido, una norma  $N_1$  es el fundamento de otra norma  $N_2$  cuando  $N_1$  es más general que  $N_2$ , de modo que ésta puede ser deducida lógicamente de  $N_1$  (como suele decirse, la norma  $N_2$  constituye una "expresión", "especificación" o "aplicación" del principio  $N_1$ ). En un segundo sentido, una norma  $N_1$  es el fundamento de otra norma  $N_2$  cuando  $N_2$  constituye una "implementación" de  $N_1$ ; esto sucede cuando  $N_1$  es una norma teleológica, es decir, una norma que prescribe la obtención de una finalidad y  $N_2$  es un medio para obtener ese fin. Se podría añadir que, en un tercer sentido, una norma  $N_1$  es el fundamento de otra norma  $N_2$  cuando  $N_1$  es una norma de competencia y  $N_2$  proviene de la autoridad instituida por  $N_1$ ; en este caso, sin embargo, el término "principio" en referencia a  $N_1$  no parecería apropiado.
32. Sobre la fundamentación de las normas se puede ver: G.H. von Wright, "The Foundation of Norms and Normative Statements", en Id., *Practical Reason*, Itaca, New York, 1983; L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986; R. Guastini, "Principi di diritto", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, cit., 340.
33. Véase, por ejemplo, el artículo 117.1, const. it.
34. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., 262. Cfr. V. Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit.
35. Lo que no excluye, obviamente, que sobre el valor de muchas normas pueda haber (y de hecho lo haya) un acuerdo amplio o incluso unánime.
36. F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 14 ss.; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, II ed., Torino, 1990, 229 ss.
37. Cfr. Tribunal const. it., 6/1956: «Se deben considerar como principios del ordenamiento jurídico aquellas orientaciones y aquellas directivas de carácter general y fundamental que se pueden obtener de la conexión sistemática, de la coordinación y de la íntima racionalidad de las normas que vienen a formar, en un determinado momento histórico, el tejido del ordenamiento jurídico vigente». Cfr. también Tribunal const. it., 1107/1988, donde se habla de «orientaciones o criterios directivos de un alcance tan amplio o tan fundamentales que pueden deducirse, normalmente, sólo de la regulación legislativa relativa a diversos sectores materiales [...] o, excepcionalmente, de materias particulares, siempre que, en este último caso, el principio se dirija a garantizar el respeto de valores supremos, situables al nivel de las normas de rango constitucional o de las de inmediata ejecución de la Constitución».
38. Cfr., por todos, G. Del Vecchio, "Sui principi generali del diritto", en *Archivio giuridico*, 1921, 39 ss.
39. Al respecto: N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, espec. 266 ss.; G. Alpa, *I principi generali*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1993, cap. IV.
40. Según F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 2, todos los principios son, «por su naturaleza implícitos [...] aunque nada impide que sean explicitados en enunciados normativos». Cfr. también A. Franco, "I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento", en F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1988, 233 ss. Como puede un principio ser "implícito" y, sin embargo, al mismo tiempo "explicitado" me resulta oscuro.
41. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, 309 ss.
42. La expresión es de V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984. Cfr. también R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, introducción.
43. La identificación de la *ratio* de una norma, por otra parte, constituye un paso indispensable a la hora de una eventual aplicación analógica de la propia norma. Cfr. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
44. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., 320 ss.
45. W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, II ed., London, 1982, cap. 8.
46. Conviene observar, entre paréntesis, que el procedimiento intelectual que se menciona con el nombre de inducción no es un procedimiento lógico y, por tanto, lleva a resultados inevitablemente discutibles: de una norma que prohíba maltratar a los pollos se puede pasar indiferentemente a uno u otro de estos principios: está prohibido maltratar a los animales de granja; está prohibido maltratar a las aves; está prohibido maltratar a los animales en general; está prohibido maltratar a los seres vivos. Cfr. W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit.; también P. Comanducci, "Di un approccio multiprospectico in teoria del diritto", en *Analisi e diritto*, 1991, espec. 121 ss.
47. V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
48. Obviamente, las disposiciones que explícitamente se presentan como principios se distinguen de las disposiciones que no expresan por sí mismas principios (al menos, no necesariamente), pero que de algún modo hacen referencia a principios. Son ejemplos de ello, el art. 117.1, const. it. y el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., de los que ya hemos hablado.
49. Cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 262 ss.
50. Cfr. R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, cit., espec. 192 ss.; S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 525 ss.
51. Ya que no hay razones lógicas para hacerlo.
52. «También los principios que emergen de fuentes de rango no primario, como son las normas de un reglamento de ejecución de una ley, pueden elevarse a principios generales del ordenamiento, de modo que constituyan un procedimiento de integración normativa distinto del procedimiento analógico» (TAR Basilicata, 18.6.1985, n. 130, en *TAR*, 1985, I, 3053).
53. Puede verse un inventario de los principios generales expresados en la constitución en F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 17 ss.
54. En realidad, se puede dudar de que las Regiones (al menos en el ámbito de la potestad legislativa "compartida") estén autorizadas a dictar normas no ya de "detalle" sino también de "principio".

55. S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", cit., espec. 508 ss.; F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 10 ss.
56. Al respecto: A. Reposo, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, 1972; G. Volpe, "Commento all'art. 139", en G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, arts. 134-139, Bologna-Roma, 1981, 729 ss.
57. Cfr. C. Mortati, "Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale" (1952), en C. Mortati, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 3 ss.; Id., "Costituzione (dottrine generali e costituzione della repubblica italiana)", en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 139 ss.; F. Basanini, *I limiti della revisione costituzionale*, Milano, 1967; P. Barile, U. De Siervo, "Revisione della Costituzione", en *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, Torino, 1968; G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1984 (reed.); P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; Id., "Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana", en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, 2097 ss.; S.M. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972; Id., "Revisione costituzionale", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, 134 ss.; Id., *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, II ed., Torino, 1992; F. Modugno, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 1649 ss.
58. Tribunal const. it. 1146/1988.
59. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Comentario del Código civil editado por A. Scialoja y G. Branca, Disposiciones sobre la ley en general, arts. 1-9, Bologna, 1977, cap. IV; F. Sorrentino, "I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", en *Diritto e società*, 1987, 181 ss.; A. Pizzorusso, "I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica", en *I principi generali del diritto (Atti dei convegni lincei, 96)*, Roma, 1992, 239 ss.; S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", cit.
60. Sobre la variedad de relaciones *lato sensu* jerárquicas entre normas me remito a R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. IV.
61. L. Paladin, *Diritto regionale*, V ed., Padova, 1992, espec. 96 ss.
62. Obsérvese que los principios en cuestión son configurados por la constitución como principios explícitos, formulados en específicas leyes estatales (leyes "de principio", precisamente). No obstante, el art. 9.1, ley 62/195 (modificado por el art. 117, *in fine*, ley 281/1970) prevé y regula la hipótesis de que, por omisión del legislador estatal, los principios en cuestión no sean expresamente formulados en leyes *ad hoc* y deban, en cambio, ser derivados "como implícitos" de otras leyes.
63. Cfr. art. 17, *Regio decreto legislativo* 455/1946, convertido en ley const. 2/1948, Estatuto de la Región Siciliana; art. 3, ley const. 3/1948, Estatuto especial para la Sardegna; art. 2, ley const. 4/1948, Estatuto especial para el Valle de Aosta; arts. 4 y 5, D.P.R. 670/1972, Texto único de las leyes const. relativas al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige. Al respecto: Tribunal const. it. 6/1968, 116/1957, 123/1957, 24/1957, 87/1962, 12/1965, 23/1978, 187/1981, 40/1982, 1107/1988. Cfr. F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 16.
64. Al respecto cfr. G. Amato, "Principi di tecnica della legislazione" en M. D'Antonio (ed.), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, 47 ss.
65. Acerca de la noción de interpretación conforme cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 381 ss.

66. En la jurisprudencia, la interpretación conforme es fuertemente recomendada en presencia de jerarquías materiales (entre constitución y ley, entre ley y reglamento), pero también en presencia de jerarquías estructurales (entre ley de delegación y decreto delegado): «Entre diversas interpretaciones posibles de la norma, el juez debe escoger la interpretación que considere conforme con la Constitución» (Tribunal const. it., 63/1989); «Entre dos posibles interpretaciones de una norma legislada es preciso escoger aquella más conveniente para la legitimidad de la norma» (Cons. Stato, sección V, 11.7.1975, n. 1024, en *Consiglio di Stato*, 1975, I, 903); «Las disposiciones contenidas en actos subordinados a la ley deben ser interpretados adecuando, en cuanto sea posible, su sentido al sentido de las normas legislativas vigentes. Esta es la consecuencia tanto del axioma según el cual el ordenamiento normativo debe ser postulado, en sede interpretativa y aplicativa, como una totalidad unitaria, como del principio de conservación de los valores jurídicos, que induce a presumir que una disposición no sea declarada ilegítima mientras sea posible identificar un significado de la misma conforme con las leyes» (Tribunal const. it., 559/1988); «Cuando la norma de un decreto delegado dé lugar a dudas exegéticas, debe prevalecer la interpretación que se adecue al precepto constitucional que exige la conformidad de la ley delegada con los criterios rectores de la ley de delegación» (Cass., 12.7.1984, n. 4092, en *Foro amministrativo*, 1984, 4093); «Las normas reglamentarias de ejecución deben ser interpretadas en estricta conexión con las disposiciones legislativas a cuya ejecución son preordenadas; por tanto, donde se perfila la posibilidad de una interpretación no unívoca de la norma reglamentaria, debe necesariamente atribuirse a la misma el significado que no esté en conflicto con la disposición legislativa de base» (Cons. Stato, 2.3.1968, n. 207, en *Foro amministrativo*, 1968, I, 2, 1595).
67. Acerca de la noción de jerarquía axiológica: R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 42 ss.
68. Cfr., p. ej., Cass. 22.4.1975, n. 1575, en *Giurisprudenza civile*, 1975, I, 1986; «Dado el carácter excepcional de la suspensión del canon según el cual la ley sólo regula las acciones futuras, la voluntad del legislador dirigida a ejecutarla, donde no esté explícitamente afirmada, puede ser obtenida por el intérprete sólo si el significado de la norma es incompatible con el destino normal de la ley a regular únicamente las acciones futuras».
69. Tribunal const. it., 152/1982, 292/1984.
70. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 270 ss.
71. Obsérvese que en el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. la referencia a los principios es, por decirlo así, doble. En efecto, la disposición en examen prescribe dos procedimientos distintos para colmar las lagunas: por un lado, la aplicación analógica de normas particulares; por otro, la aplicación de los principios generales. Sucede que también la aplicación analógica de una norma específica supone la búsqueda de un principio: precisamente, del principio que constituye la razón, el fin, el motivo (la *ratio*, como suele decirse) de la norma en cuestión. Por tanto, cuando el derecho presenta una laguna, el intérprete está autorizado por el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. a colmarla recurriendo: a un principio "particular" que sea el fundamento de una norma específica (denominado *ratio legis*) o, a falta de éste, a un principio "general", que sea el fundamento de todo un grupo de normas. En un caso, se suele decir, la laguna es colmada mediante analogía *legis*; en el otro, es colmada mediante analogía *juris*.
72. Al respecto cfr. G. Alpa, *I principi generali*, cit., 197 ss.
73. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, espec. cap. V; J. Wroblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtsi-*

- heorie, 1974, n. 1; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, 195 ss.
74. R. Guastini, "Osservazioni in margine", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, cit., 197 ss.
75. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 285 ss.
76. Sobre la noción de enunciado interpretativo: R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., introducción.
77. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, espec. cap. VIII; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. XXVI.
78. Se entiende que, cuando el juez aplica un principio implícito, integra el derecho doblemente: por un lado, elaborando el principio en cuestión; por el otro, elaborando, a partir de él, la norma específica que hace de premisa mayor del silogismo decisorio.
79. Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, § 26; trad. cast., *Sobre el Derecho y la Justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994, § 26; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 143 ss.
80. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 87 ss. Cfr. también R. Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, UNAM, Cuadernos de Crítica, 5, México D.F., 1977, ahora en Id. *Los derechos en serio*, cit., cap. II; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., espec. 167 ss.; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., espec. 122 ss.; L. Mengoni, "I principi generali del diritto e la scienza giuridica", en *I principi generali del diritto*, cit., 317 ss. Al respecto, L. Prieto, *Sobre principios y normas*, cit., 32 ss. En la literatura de filosofía moral: W.D. Ross, *The Right and the Good*, cit.; trad. cast., *Lo correcto y lo bueno*, cit.
81. Cfr. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 412 ss. La lista no incluye el denominado "principio de competencia", ya que ese principio, en realidad, no tiene ninguna autonomía respecto del principio jerárquico o "lex superior".
82. En lo que sigue me valgo de C.E. Alchourrón, "Defeasible Norms and Prima Facie Obligations", conferencia pronunciada en el Istituto di filosofia e sociologia del diritto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, el 13 de junio 1995 (inérita) (N. del T. Del mismo autor pueden consultarse acerca de este tema los trabajos ya publicados: "Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals", en J.J. Meyer, R.J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specification*, New York, 1993; "Detachment and Defeasibility in Deontic Logic", en *Studia Logica*, 57, 1996, 5-18; "Para una lógica de las razones prima facie", en *Análisis filosófico*, 16, 1996, 113-124). Cfr. también Id. "On Law and Logic", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1995, 2 (17th IVR World Congress, Bologna, 16-21 June, 1995, Challenges to Law at the End of 20th Century, II. Plenary and Parallel Sessions), 8 ss., espec. 15 ss.; ahora en *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, 1996.
83. Sobre las tendencias del Tribunal constitucional, cfr., por todos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. Parodi, "In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale", *Diritto pubblico*, 1, 1995.
84. A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 26; trad. cast., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., § 26.
85. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 42 ss.