

“Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”

Ramón Ruiz Ruiz**
Profesor Titular
Universidad de Jaén

Fecha de presentación: 13/04/2010 | De aceptación: 14/05/2010 | De publicación: 30/06/2010

Resumen

Hoy no es posible seguir considerando al juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez de nuestro tiempo goza de una necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas y del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, esta discrecionalidad debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad. Así, en la primera parte del artículo se dará cuenta de las características de los principios jurídicos y en la segunda se expondrán algunas de las implicaciones que el empleo de este tipo de normas tiene en relación con la aplicación del Derecho.

Palabras clave

Discrecionalidad, constitucionalismo, principios jurídicos, vaguedad y aplicación del Derecho

Abstract

Judges cannot be considered as the mouth that pronounces the words of the law anymore. The judge of our time has a necessary discretion as a consequence, among other factors, of the complex system of sources, the inevitable vagueness of many of the standards and the increased use of legal principles in the contemporary constitutionalism. However, this discretion must be audited in order to prevent arbitrariness. Thus, in the first part of this article, I explain the characteristics of the legal principles and in the second part I describe some of the implications derived from the application of such rules in relation to enforcement of law.

Keywords

Discretion, constitutionalism, legal principles, vagueness, enforcement of law

** Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa Consolider “El tiempo de los derechos” (HURI-AGE)

Sumario:

1. Introducción
2. Características de los principios jurídicos
3. La discrecionalidad en la aplicación de principios

1. Introducción

Indudablemente, en un mundo tan complejo social y jurídicamente como el nuestro, ya no es posible seguir considerando a los jueces, simplemente, como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez de nuestro tiempo goza – y así debe ser, nos guste más o menos– de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, considerándose que su labor se apoyaba en el denominado “silogismo bárbara”, en el que la premisa mayor es una forma jurídica, abstracta y general, la menor los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete y la conclusión el resultado

de subsumir los hechos en el supuesto de hecho de la norma y de aplicar las consecuencias de ésta¹.

Este era el modelo judicial ideal para los ilustrados, quienes, para ponerlo en práctica, vieron la necesidad de una reforma radical de las fuentes normativas de su época, cuya organización seguía siendo, sustancialmente, similar al modelo medieval, basado en un Ordenamiento, en palabras de Ángeles Galiana, “compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias y en cierta medida inaplicables”². Era imperioso, pues –continúa la citada profesora–, sustituir la acumulación de normas dispares por una normatividad unitaria, sistemática y precisa dictada por el poder soberano y que respondiera a criterios de racionalidad, para lo cual se valdría de un instrumento esencial, el código, en el que nada quedaría al arbitrio del intérprete, convirtiéndose, así, en garante de la seguridad jurídica.

De este modo, gracias a la codificación, no sólo la creación, sino también la aplicación del Derecho se tornarían en operaciones racionales. En efecto, la interpretación no sería ya casuística, sino que se haría a modo de silogismo, evitándose, gracias a una buena legislación –como sugería Beccaria–, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación. Se lograba, en definitiva, establecer normas fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores y, por tanto, seguras para los ciudadanos, “que por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su aplicación regular”³.

Sin embargo, pronto se vio que el código no era tan racional como se pretendía y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad industrial

¹ Vid. ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 97.

² GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 15.

³ *Ibidem*, pág. 20 (citando a E. García de Enterría).

que evolucionaba muy rápidamente. Y esta situación se agudizó con el paso del Estado liberal al Estado social, descentralizado y globalizado, que ha propiciado una multiplicación y dispersión de las fuentes normativas, con el consiguiente incremento de la producción de todo tipo de normas, dando lugar a “una legislación fragmentada en una multitud de normas, desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas”⁴. Normas que, por si fuera poco, en muchos casos son necesariamente vagas –especialmente en el caso de los principios jurídicos– pues, como sostiene Endicott, “la vaguedad es un rasgo esencial del Derecho (...) no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas”⁵.

Y otro factor que hay que tener en cuenta a la hora de analizar la facultad de discrecionalidad del poder judicial contemporáneo es que es posible afirmar, con Rafael de Asís, que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho”⁶. Afirmación que ilustra recurriendo al trabajo *La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento Jurídico*, de Peces-Barba, en el que se llegaba a las conclusiones siguientes: 1. todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico, 2. determinados jueces, aquellos que tienen reconocida esa función y que en España son, por ejemplo, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, pueden ejercer un control de legalidad de las disposiciones reglamentarias que en cuanto se ejerce sobre disposiciones generales supone una producción normativa negativa de carácter general, 3. el Tribunal Constitucional lleva a cabo una producción normativa negativa (control

de constitucionalidad) y positiva (interpretación vinculante de la Constitución), 4. por fin, determinados jueces, que son normalmente los que agotan las sucesivas instancias procesales y que dictan las sentencias definitivas, reciben poder de las normas de producción normativa para dictar normas generales –a lo que Rafael de Asís añade que en la gran mayoría de los casos y con independencia del agotamiento o no de la instancia, el enunciado normativo general que sirve de premisa mayor para la decisión va a ser creado por el juez–.

En definitiva, es indudable que los jueces en nuestros días han alcanzado un gran protagonismo a la hora, no ya de la aplicación del Derecho, sino aun de su creación, como consecuencia de que, con frecuencia, la ley no tiene respuesta para todos los casos y será el aplicador quien tenga que resolver los problemas, por lo que puede sostenerse que se ha producido un “desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho”⁷ –si bien, claro está, no siempre la discrecionalidad va a estar presidida por la racionalidad–.

A analizar algunas de estas cuestiones es a lo que dedicaré las páginas que siguen, dando cuenta en la primera parte de las características de los principios jurídicos como normas, entre otras cosas, mucho más moldeables que las tradicionales reglas y que están adquiriendo cada vez un mayor protagonismo, y exponiendo en la segunda parte algunas de las implicaciones que la aplicación de este tipo de normas tienen o pueden tener en relación con el razonamiento jurídico.

2. Características de los principios jurídicos

Como confiesa Laporta, es difícil de entender cuál sea la razón por la que en la actualidad haya una apelación tan frecuente a los principios; no obstante, él mismo aventura algunas posibles razones al respecto. Así, a su juicio, hay autores que

⁴ Ibídem, pag. 24.

⁵ ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 280.

⁶ ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas*, cit., pág. 281.

⁷ GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, cit., pág. 23.

lo hacen ante el apabullante desbordamiento de las fuentes del Derecho, “entendiendo que sólo puede hallarse una isla de estabilidad si se sitúa uno por encima de la rica floresta normativa que nos invade”; otros acuden a ellos por la velocidad y cambio de la *legis innovatio* cotidiana, “que no deja títere con cabeza en el panorama de las normas vigentes”; otros encuentran un terreno particularmente propicio para ello en el llamado “neoconstitucionalismo”, que se presenta como casi una nueva forma de entender y aplicar el derecho a partir de los parámetros de las constituciones contemporáneas, tan pródigas en la afirmación de valores y principios; otros unen a todo ello el anhelo de encontrar la justicia del caso concreto ante los problemas que presentan las reglas; otros buscan una solución razonable a los llamados “casos difíciles” sin tener que recurrir a la pura discrecionalidad del juzgador cuando no hay reglas disponibles, y otros, por fin, porque ven en ellos, primero una realidad ineludible de los ordenamientos modernos, y segundo, un buen método complementario de resolver algunos problemas de adjudicación⁸.

Por otra parte, nos encontramos con que tampoco es fácil –ni pacífica– la definición de los principios jurídicos, cuya concepción ha cambiado en gran medida en los últimos tiempos. Ciertamente, como señala Mario Ruiz⁹, la concepción tradicional de los principios como normas implícitas (los llamados principios generales del Derecho) como clausula residual que permitía cerrar el sistema jurídico con la finalidad de mantener la ficción de la plenitud del Derecho ha cambiado como consecuencia del carácter normativo atribuido a las constituciones en

nuestros días y de la inclusión en las mismas de un gran número de principios explícitos (si bien, en cierta medida se mantienen los principios implícitos tradicionales), considerados como “normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales, (...) que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores”¹⁰.

Así, el concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero¹¹, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de *conceptos jurídicos indeterminados*; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Ahora bien, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas.

⁸ Vid. LAPORTA, F. J., “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en LAPORTA, F. J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A.: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 68 y 69.

⁹ Vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 103 y 104.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 105.

¹¹ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991, pág. 103.

Como vemos, no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria, ni poseen unos caracteres comunes –además, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto–. No obstante, se puede sostener –siguiendo, de nuevo, a Atienza y Ruiz Manero– que existen características esenciales comunes a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta¹². La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.

Estas dos últimas características dan lugar que nos encontremos ante normas especialmente imprecisas, que frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y que contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias, lo cual es especialmente

¹² Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y, en fin, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

problemático si tenemos en cuenta que estamos, como ya se ha señalado, ante “el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos”¹³.

En este sentido, conviene recordar que se suele alegar que los principios jurídicos son distintos de otro tipo de normas, las reglas, si bien se trata de una cuestión harto controvertida y que ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción –es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia–. Abordando esta cuestión muy sucintamente¹⁴, puede afirmarse que esta cuestión puede ser considerada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional. Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero¹⁵, se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

Así, si consideramos a las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquéllos.

¹³ BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 20.

¹⁴ Los diversos criterios de distinción entre reglas y principios y la polémica al respecto se abordan de modo más detallado en RUIZ RUIZ, Ramón: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *Urbe et Ius*, abril de 2007.

¹⁵ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 11 a 15.

En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. “Razones perentorias” quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.

Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Los principios implícitos¹⁶, por fin, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del

¹⁶ Los principios implícitos son los comúnmente conocidos como *principios generales del Derecho*– y son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas; se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y (...) su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen” (ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas*, cit., pág. 69) –si bien, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del Derecho Natural–. Estos principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas; o, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional Español, “informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias” (STC 290/2000, de 30 de noviembre, voto particular). Todo esto plantea distintos problemas desde el punto de vista de su juridicidad o de su integración en el Derecho, así, como del ámbito de discrecionalidad que permiten a los operadores jurídicos. Esto se debe a que no nos encontramos ante enunciados normativos a interpretar, sino ante la creación de nuevas normas jurídicas que ha de resolver un supuesto no regulado. Sostiene al respecto Rodríguez Calero que los principios generales del Derecho dejan espacio a la discrecionalidad del operador jurídico. En primer lugar, porque la determinación de que un supuesto no encuentra una respuesta en las normas concretas del Ordenamiento, reglas o principios explícitos, entraña una valoración en cierta medida discrecional, pues el operador podría optar por utilizar mecanismos interpretativos que implicaran la búsqueda de respuestas en los propios enunciados del mismo. En segundo lugar, porque una vez que considera que existe una laguna jurídica y que no hay una norma que provea una respuesta, puede optar por utilizar alguno de los otros métodos de integración jurídica, y a la hora de justificar por qué se usa este método y se desecha otros cabe también cierta discrecionalidad. A continuación se ha de llevar a cabo la racionalización de las normas jurídicas de parte del Ordenamiento o de todo él, lo cual implica asimismo una actividad subjetiva. Por último, también puede ocurrir que dos o más racionalizaciones de las normas jurídicas sean igualmente plausibles pero ofrezcan soluciones distintas; en estos casos el juez ha de evaluar las

contenido; no son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido. Como es obvio, con la aplicación de los principios, especialmente los implícitos, pero también los explícitos en buena medida, la labor del juez alcanza grado de discrecionalidad mucho mayor del que tradicionalmente se le ha atribuido.

El enfoque estructural, por su parte, plantea “si los principios tienen la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios”¹⁷. Respecto a esta cuestión, Aarnio¹⁸ sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La “tesis fuerte de la separación”, según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa; esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos. Conforme a la “tesis débil de la separación”, en cambio, entre reglas y principios existe una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus

circunstancias del caso y, fundamentalmente, las consecuencias que se desprenden de la adopción de cada principio jurídico, lo cual implica también una amplia discrecionalidad. En definitiva, en todos estos momentos existen espacios de libertad en los que el operador puede elegir entre una u otra posibilidad, si bien es cierto que tendrá que justificar cada una de sus decisiones (vid. RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 118 y 119).

¹⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 107.

¹⁸ Vid. AARNIO, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000, pág. 539.

partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.

Por su parte, Alexy¹⁹, uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte, señala que un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios y que demuestra claramente que la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa y no de grado, es que las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos-. Puede decirse, así, que en los principios siempre existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es “cerrado” por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de modo que su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente o *prima facie*²⁰ –no obstante, como advierte Mario Ruiz²¹, en verdad no puede decirse que los principios presenten la propiedad de ser cumplidos en diversos grados,

¹⁹ Vid. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, págs. 81 a 98.

²⁰ Coinciden en este punto Mario Ruiz (vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., pág. 116) e Isabel Garrido (vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 209)

²¹ Vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., pág. 121.

sino que, después de determinarse su prevalencia o no en un caso concreto, se cumplen o no se cumplen-.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios –continúa Alexy– se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. Así, a diferencia de cuando se produce un conflicto de reglas contradictorias, que se soluciona bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien, lo que es más habitual, declarando inválida una de las reglas por medio de la aplicación de alguno de los criterios de resolución de antinomias, cuando lo que chocan son dos principios (dos derechos fundamentales, por ejemplo) no estaríamos propiamente ante una contradicción, sino ante una *tensión* entre normas, dado que ninguna de ellas goza, a priori, de primacía frente a la otra, toda vez que la necesidad de armonizar los principios y, especialmente, los derechos supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas.

En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto y al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.

No obstante, como señala el propio Alexy²², el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Esta sería, como ya se ha señalado, la “tesis débil de la separación”, que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica.

Entre los partidarios de esta tesis destaca Prieto Sanchís²³, quien escribe que “quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”. En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– “la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”.

3. La discrecionalidad en la aplicación de principios

Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que

²² Vid. ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pág. 140.

²³ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47 a 63.

otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad²⁴. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, “en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro”²⁵.

Esta mucho mayor libertad del juez cuando aplica principios respecto de cuando aplica reglas según el modelo tradicional²⁶ viene dada en gran medida por el hecho de que no es factible establecer lo que suele denominarse un “orden fuerte de principios”, esto es, un listado completo de los principios de un sistema jurídico que incluya todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose, así, unívocamente, la decisión en cada uno de los casos. En esta línea, Rafael de Asís²⁷, refiriéndose a los derechos fundamentales, opina que no se puede, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto, de modo que, por ejemplo, no se puede argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por

ejemplo, la libertad. También Zagreblesky²⁸ sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva.

No obstante, son muchos quienes opinan que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. Entre éstos figura Alexy²⁹, a cuyo juicio, la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que no sea un procedimiento racional que puede, además, ser optimizado por medio de un orden débil de principios que comprenda tres elementos: un sistema de prioridades *prima facie*, un sistema de condiciones de precedencia y, en fin, un sistema de estructuras de ponderación.

Así, en primer lugar, tendríamos las prioridades *prima facie*, esto es, principios o derechos que gozan de preferencia a priori o con carácter general, creando un cierto orden en el campo de los principios, si bien éste no contiene una determinación definitiva, porque aunque

²⁴ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pág. 173.

²⁵ GUASTINI, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, nº 34, 1999, pág. 44.

²⁶ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, cit. pág. 61.

²⁷ Vid. ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, nº 3, 1994, pág. 123.

²⁸ Vid. ZAGREBLESKY, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.

²⁹ Vid. ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., págs. 144 a 148.

establecen cargas de la argumentación, si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. El segundo elemento propuesto por Alexy, son los sistemas de condiciones de precedencia, que pueden generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios y que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos³⁰.

Ambos elementos están presentes en la jurisprudencia constitucional española, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia 158/2003 de 15 de septiembre, en cuyo Fundamento Jurídico 3º leemos que:

“Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor (...). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales. De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se

refiera a hechos de relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz”.

De modo que la *ley de colisión* que en abstracto rezaba “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”, puede transformarse, en este caso, en una regla que disponga que: “cuando se emita una información veraz y referida a hechos de relevancia pública, el derecho a la información del emisor deberá prevalecer en todo caso, incluso ante el derecho al honor de la persona a quien se refiere tal información”; y esta regla habrá de ser aplicada en todos los supuestos de colisión entre los referidos derechos³¹.

Sin embargo, pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por tanto, deban ser evaluadas; es aquí donde aparecería el tercer elemento fundamental de la teoría débil de los principios: la ley de la ponderación. Como hemos visto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser formulado como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” –esto es, de lo que se trata

³¹ Son muchas otras las sentencias que expresan claramente esta relación de prevalencia, entre ellas, las SSTC: 105/1983, 51/1985, 104/1986, 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 214/1991, 40/1992, 85/1992, 219/1992, 223/1992, 240/1992, 123/1993, 178/1993, 232/1993, 320/1994, 22/1995, 78/1995, 132/1995, 138/1996, 144/1998, 21/2000, 112/2000, 49/2001, 76/2002, 54/2004.

es de que todos los principios o derechos en juego se estimen razonablemente para evitar restricciones innecesarias³².

Para dar cuenta de esta ley de la ponderación –también conocida como “test alemán de proporcionalidad”–, podemos recurrir, de nuevo, a nuestro Tribunal Constitucional que en los últimos años ha empezado a emplearlo asiduamente³³ –algo que desde hace décadas viene haciendo la jurisprudencia constitucional alemana y que en nuestros días están haciendo prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, habiéndose plasmado dicho principio explícitamente, asimismo, en algunas constituciones y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴–. La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional alude expresa y conjuntamente a los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto fue la 66/1995 de 8 de mayo –si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas–, sin embargo, donde lo expone de forma más clara es en la Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre:

“En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho

fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Así pues para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes” (F.J. 4º).

En definitiva, aunque a la hora de resolver alguno de los frecuentes conflictos entre principios jurídicos no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui³⁵, no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa

³² Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., pág. 210.

³³ Sin embargo, estas y otras sentencias no han supuesto la consolidación definitiva del “test alemán de proporcionalidad”, pues el Tribunal Constitucional ha continuado aplicando alternativamente el principio de proporcionalidad tal y como lo había venido haciendo anteriormente, sin formalizarlo o empleando sólo alguno de sus elementos. A pesar de ello, puede sostenerse que dicho *test* constituye hoy uno de los criterios de interpretación que con mayor frecuencia ha empleado la jurisprudencia constitucional española, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales.

³⁴ ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 110.

³⁵ Vid. CABRA APALATEGUI, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, pág. 170.

al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad “en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión”³⁶–.

También Prieto Sanchís sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, esto no significa que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, es decir, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”³⁷. En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que “hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político”³⁸.

No obstante, la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto, del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos.

Ciertamente, éste va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, por lo que está facultado para decidir, incluso, si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado³⁹. Podemos, así, llegar tan lejos como afirmar que tal situación “tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el momento en que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas”⁴⁰. En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es “cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez”⁴¹.

De modo que, como ya se dijo al principio de este trabajo, “la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁴². En efecto, el Tribunal Constitucional, al no contar con una legitimidad democrática directa, debe buscar esa legitimidad en la vinculación de sus resoluciones al Derecho preexistente (en definitiva, a la Constitución). El problema es que no existe ni en relación con el Tribunal Constitucional ni en relación con otros sujetos de la interpretación, una

³⁶ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 211.

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, cit., pág. 181.

³⁸ ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 112.

³⁹ Vid. BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pág. 98.

⁴⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 100.

⁴¹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n^o 23, 2000, pág. 173.

⁴² *Ibidem*.

convención acerca de las reglas que deben guiar el proceso de atribución de significado⁴³.

Nos encontramos, por tanto, ante un riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el principio de seguridad jurídica. Escribe, en este sentido, Laporta, que se puede afirmar que, “desde el punto de vista de la certeza y la predecibilidad de las relaciones jurídicas, estamos en el peor de los mundos posibles”⁴⁴. Y no debemos olvidar que la seguridad jurídica, la certeza y la predecibilidad, garantizan a los individuos la capacidad de predicción de las actuaciones del poder y la calculabilidad de sus propias acciones favoreciendo la libre elección de planes y proyectos de vida⁴⁵. No obstante, como señala Javier Ansuátegui, desde una determinada perspectiva se puede afirmar que, precisamente, la Constitución, a pesar del carácter abierto de muchas de sus disposiciones, “al representar un marco de estabilidad y previsibilidad que en la actualidad ya no puede garantizar la ley, que hoy es rápida, inestable, cambiante, contribuye a la seguridad jurídica”⁴⁶.

Bibliografía

AARNIO, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000

ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988

⁴³ BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pág. 129.

⁴⁴ LAPORTA, F. J., “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, cit., pág. 70.

⁴⁵ CUENCA GÓMEZ, Patricia: *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 143.

⁴⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho*, cit., pág. 104.

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997

ALEXY, Robert: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009

ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007

ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, nº 3, 1994

ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995

Asís, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996

BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004

CABRA APALATEGUI, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000

CUENCA GÓMEZ, Patricia: *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006

GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003

GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009

GUASTINI, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, nº 34, 1999

LAPORTA, F. J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A.: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009

PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, nº 23, 2000

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998

RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004

RUIZ RUIZ, Ramón: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *Urbe et Ius*, abril de 2007

RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002

ZAGREBLESKY, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995