

HUMBERTO ÁVILA

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Traducción de
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
NOTA A LA 10.^a EDICIÓN	11
NOTAS A LAS EDICIONES ANTERIORES	13
NOTA A LA 9. ^a EDICIÓN	13
NOTA A LA 8. ^a EDICIÓN	13
NOTA A LA 7. ^a EDICIÓN	13
NOTA A LA 6. ^a EDICIÓN	14
NOTA A LA 5. ^a EDICIÓN	14
NOTA A LA 4. ^a EDICIÓN	15
NOTA A LA 3. ^a EDICIÓN	15
NOTA A LA 2. ^a EDICIÓN	16
PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN INGLESA (<i>THEORY OF LEGAL PRINCIPLES</i>) (Prof. Frederick Schauer)	17
PREFACIO DE LA EDICIÓN ALEMANA (<i>THEORIE DER RECHTS-PRINZIPIEN</i>) (Prof. Claus-Wilhelm Canaris)	19
PREFACIO (Prof. Eros Roberto Grau)	23
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	25
CAPÍTULO II. NORMAS DE PRIMER GRADO: PRINCIPIOS Y REGLAS	29
1. DISTINCIONES PRELIMINARES	29

	Pág.
1.1. Texto y norma	29
1.2. Descripción, construcción y reconstrucción	30
2. PANORAMA DE LA EVOLUCIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	33
3. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	37
3.1. Criterio del «carácter hipotético-condicional»	37
3.1.1. Contenido	37
3.1.2. Análisis crítico	38
3.2. Criterio del «modo final de aplicación»	40
3.2.1. Contenido	40
3.2.2. Análisis crítico	41
3.3. Criterio del «conflicto normativo»	46
3.3.1. Contenido	46
3.3.2. Análisis crítico	47
4. PROPUESTA DE DISOCIACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	58
4.1. Fundamentos	58
4.1.1. Disociación justificante	58
4.1.2. Disociación abstracta	59
4.1.3. Disociación heurística	61
4.1.4. Disociación en alternativas inclusivas	62
4.2. Criterios de disociación	64
4.2.1. Criterio de la naturaleza del comportamiento prescrito	64
4.2.2. Criterio de la naturaleza de la justificación exigida	66
4.2.3. Criterio de la medida de contribución a la decisión	68
4.2.4. Cuadro esquemático	70
4.3. Propuesta conceptual de las reglas y los principios	70
4.4. Análisis del uso inconsistente de la distinción débil entre reglas y principios	75
4.5. Análisis del uso inconsistente de la distinción fuerte entre reglas y principios	77
4.6. Directrices para el análisis de los principios	81
4.6.1. Especificación de los fines al máximo: cuanto menos específico sea el fin, menos controlable será su realización	82
4.6.2. Investigación de casos paradigmáticos que puedan iniciar ese proceso de aclaración de las condiciones que componen el estado ideal de cosas que han de buscar los comportamientos necesarios para su realización	82
4.6.3. Examen, en esos casos, de las similitudes capaces de posibilitar	

	Pág.
la constitución de grupos de casos que giren en torno a la solución de un mismo problema central.....	83
4.6.4. Verificación de la existencia de criterios capaces de posibilitar la delimitación de los bienes jurídicos que componen el estado ideal de cosas y de los comportamientos considerados necesarios para su realización.....	83
4.6.5. Realización del recorrido inverso: una vez descubiertos el estado de cosas y los comportamientos necesarios para su promoción, se hace necesario comprobar la existencia de otros casos que deberían haberse decididos con base en el principio objeto de análisis.....	84
4.7. Ejemplo del principio de moralidad.....	84
4.8. Eficacia de los principios.....	86
4.8.1. Eficacia interna.....	86
4.8.2. Eficacia externa.....	89
4.9. Eficacia de las reglas.....	92
4.9.1. Eficacia interna.....	92
4.9.2. Eficacia externa.....	97
4.9.3. Superación de las reglas.....	100
5. LA CONVIVENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS.....	107
CAPÍTULO III. NORMAS DE SEGUNDO GRADO: POSTULADOS NORMATIVOS.....	111
1. INTRODUCCIÓN.....	111
2. POSTULADOS HERMENÉUTICOS.....	113
2.1. Consideraciones generales.....	113
2.2. Postulado de la coherencia.....	113
2.2.1. De la jerarquía a la coherencia.....	113
2.2.2. Coherencia sustancial.....	118
3. POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS.....	121
4. ANÁLISIS DEL USO INCONSISTENTE DE NORMAS Y METANORMAS.....	124
4.1. Consecuencias.....	124
5. DIRECTRICES PARA ANALIZAR LOS POSTULADOS NORMATIVOS APLICATIVOS.....	126
5.1. Necesidad de recopilar casos cuya solución se haya adoptado con base en algún postulado normativo.....	126

	<u>Pág.</u>
5.2. Análisis de la fundamentación de las decisiones para comprobar los elementos ordenados y la forma de relación entre sí.....	126
5.3. Investigación de las normas que fueron objeto de aplicación y de los fundamentos utilizados para elegir una determinada aplicación	127
5.4. Realización del camino inverso: una vez descubierta la estructura exigida en la aplicación del postulado, se verifica la existencia de otros casos que deberían haberse decidido con base en él.....	127
6. ESPECIES DE POSTULADOS	128
6.1. Consideraciones generales	128
6.2. Postulados inespecíficos	129
6.2.1. Ponderación	129
6.2.2. Concordancia práctica.....	131
6.2.3. Prohibición de exceso	131
6.3. Postulados específicos.....	135
6.3.1. Igualdad	135
6.3.2. Razonabilidad	136
6.3.3. Proporcionalidad	144
7. ANÁLISIS DE LA FALTA DE DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS POSTULADOS	158
CONCLUSIONES.....	163
BIBLIOGRAFÍA.....	167

NOTA A LA 10.^a EDICIÓN

Con incomparable entusiasmo presento a los lectores la 10.^a edición de *Teoría*, cuyas ediciones anteriores se agotaron, siempre con sorprendente rapidez. Diez ediciones de un libro crítico de Teoría del Derecho, en tan poco tiempo, es un fenómeno inaudito, especialmente en un mercado editorial dominado por obras comerciales o didácticas. Más raro aún ha sido que esta obra no sólo haya sido traducida al alemán y al inglés, siempre por editoriales de prestigio y presentadas por los más eminentes profesores, sino que también haya sido objeto de numerosas reseñas, citas y discusiones, tanto en Brasil como en el extranjero.

No obstante, lo que más me alegra es la generosa acogida que ha tenido la diferente forma de teorizar que la presente obra, desde su concepción, humildemente intenta incorporar: en vez de rendirse al argumento de las autoridades, opta por la autoridad de los argumentos; en lugar de utilizar un lenguaje rebuscado y hermético, elige un lenguaje sencillo y directo; y en lugar de preferir un examen con un elevado grado de abstracción y sin indicar criterios objetivos, se decide por una investigación repleta de ejemplos, de principio a fin, siempre apuntando a criterios, intersubjetivamente controlables, para la aplicación efectiva de las reglas y los principios.

Me regocijo enormemente en el hecho de que, tan sólo cinco años después de su primera edición, el contexto en el que nació, marcado por la incorporación acrítica de teorías extranjeras, se ha ido modificando, a lo largo del tiempo, para dar lugar a un ambiente en el que los autores ya no escriben simplemente para manifestar su acuerdo con sus colegas, sino que pasan a creer en que el mejor elogio que les pueden hacer es tomar su trabajo lo suficientemente en serio como para investigarlo desde una perspectiva crítica.

Esta nueva edición cuenta con ampliaciones puntuales en el texto y con una nueva bibliografía sobre el tema. De nuevo, agradezco a los lectores, tanto brasileños como extranjeros, las sugerencias realizadas con el fin de perfeccionar la presente obra.

NOTAS A LAS EDICIONES ANTERIORES

NOTA A LA 9.^a EDICIÓN

Con gran júbilo lanzo la 9.^a edición de *Teoría*. Se ha realizado una revisión general del texto de la obra y cuenta con nuevas indicaciones bibliográficas.

Como siempre, mi reconocimiento a todos los profesores y alumnos, tanto brasileños como extranjeros, por su valiosa contribución al continuo perfeccionamiento de este trabajo.

Enero de 2009

NOTA A LA 8.^a EDICIÓN

Con enorme satisfacción lanzo la 8.^a edición de *Teoría*. Se ha realizado una nueva revisión del texto de la obra y cuenta con nuevas decisiones judiciales, que dan soporte a las tesis defendidas a lo largo de la exposición, así como con nuevas indicaciones bibliográficas.

De nuevo, agradezco a todos los profesores y alumnos, tanto brasileños como extranjeros, que tan calurosamente han acogido el presente estudio, su valiosa contribución al continuo perfeccionamiento de este trabajo.

NOTA A LA 7.^a EDICIÓN

Con enorme satisfacción presento la 7.^a edición de *Teoría*. Cuenta no sólo con una revisión general de su texto sino, también, con una ampliación de la parte dedicada a las normas de segundo grado, con el fin de estudiar el postula-

do de la coherencia del ordenamiento jurídico. Como los principios no prestablecen el medio que ha de ser necesariamente escogido para su realización, permitiendo la elección de varios medios, y como los distintos principios constitucionales apuntan en más de una dirección, tan sólo el postulado de la coherencia permitirá encontrar la alternativa interpretativa que mejor sostenga el conjunto del ordenamiento constitucional. Por ello se incluye, en esta edición, el estudio del *postulado de la coherencia*.

La revisión y ampliación de *Teoría* se realizaron con ocasión de su reciente publicación en inglés. Tras analizar la obra y proponer pequeñas sugerencias, el profesor Frederick SCHAUER, de la Universidad de Harvard, EE UU, secundó su envío a la acreditada editorial internacional Springer, con sede en Ámsterdam, Holanda, para publicarla en el marco de la prestigiosa colección *Law and Philosophy Library*, coordinada por él y los eminentes profesores Francisco LAPORTA, de la Universidad de Madrid, España, y Aleksander PECZENIK, de la Universidad de Lund, Finlandia. Después de pasar por dos importantes examinadores y el Consejo Editorial, finalmente, la obra se ha publicado, en mayo de este año, con el título *The Theory of Legal Principles*. Por lo tanto, agradezco a los directores, a los miembros del Consejo Editorial y a los ilustres profesores que la examinaron el privilegio de lanzar, al debate académico internacional, una obra que los lectores brasileños y alemanes tan generosamente han acogido.

NOTA A LA 6.^a EDICIÓN

Esta nueva edición, que ve la luz dado el rápido agotamiento de la edición anterior, cuenta con el texto anterior revisado y ampliado con nuevas partes referentes tanto a la jurisprudencia como a la doctrina que dan soporte a los argumentos que en ella se sostienen. A todos los atentos lectores, tanto brasileños como extranjeros, que me ayudan a perfeccionar constantemente la obra, mi más sincero agradecimiento.

Septiembre de 2006

NOTA A LA 5.^a EDICIÓN

Tras cuatro ediciones, la última de ellas con tres tiradas, que se agotaron rápidamente, ha llegado el momento de revisar y ampliar la obra *Teoría*. Además de efectuar modificaciones puntuales en la redacción del texto y en las citas, con el fin de perfeccionarlas, la 5.^a edición cuenta con ampliaciones provocadas con ocasión de la versión alemana de la obra. Después de leerla y hacer sugerencias de forma y contenido, el profesor Claus-Wilhelm CANARIS, Catedrático de Derecho Privado y Metodología de la Ciencia del Derecho de la

Universidad de Munich, sugirió la publicación de la obra en Alemania y se encargó de enviarla, personalmente, a la prestigiosa editorial Duncker und Humblot, de Berlín, que inmediatamente aceptó incluirla en la renombrada colección de Teoría del Derecho, con el título *Theorie der Rechtsprinzipien*. La edición alemana fue debidamente adaptada y cuenta con una abundante investigación jurisprudencial que corrobora sus conclusiones también en el ordenamiento jurídico de Alemania.

Esta 5.^a edición cuenta con varias ampliaciones derivadas de las discusiones entabladas con selectos interlocutores. Agradezco al profesor CANARIS el perfeccionamiento del lenguaje y del contenido general de la obra. Al profesor Frederick SCHAUER, de la Universidad de Harvard, mi director de posdoctorado en la Facultad de Derecho de Harvard (*Harvard Law School*), le debo la ayuda crítica en el examen de la bibliografía inglesa y americana sobre la teoría de las normas, responsable de la minuciosa investigación de la eficacia de los principios y de las reglas.

Entre las innovaciones, destacan las siguientes partes: detalle de la eficacia externa de los principios y las reglas; construcción y análisis de las condiciones de superación de las reglas; análisis crítico del uso inconsistente de normas y metanormas; examen crítico de la falta de diferenciación entre las especies de postulados.

Enero de 2006

NOTA A LA 4.^a EDICIÓN

En poco tiempo, se agotó la 3.^a edición de *Teoría*, a la que se añadieron dos nuevos capítulos, uno sobre la eficacia de los principios y de las reglas y otro sobre la intensidad del control de los otros Poderes por parte del Poder Judicial. En esta 4.^a edición, me he limitado a efectuar modificaciones puntuales en la redacción del texto.

Agosto de 2004

NOTA A LA 3.^a EDICIÓN

Con inmensa satisfacción presento a los lectores la nueva edición de *Teoría de los Principios*, cuyas 2.^a y 1.^a ediciones se agotaron en pocos meses.

Esta edición ha sido debidamente revisada y ampliada en dos importantes partes.

La primera, que se ha introducido al final del segundo capítulo, versa sobre la eficacia de los principios y de las reglas. Se trata de un tema de gran relevan-

cia, pues permite comprender mejor no sólo la diferente funcionalidad de los principios y las reglas sino también verificar que las reglas no son normas de segunda categoría.

La segunda, que se ha introducido al final del tercer capítulo, discurre sobre la intensidad del control de los otros Poderes por parte del Poder Judicial. Nuevamente, es de gran importancia conocer las situaciones en las que el control del Poder Judicial sobre las elecciones efectuadas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo deberá ser más intenso y en qué ocasiones deberá ser menos intenso, especialmente para demostrar que, en cualquier caso, siempre habrá control.

Marzo de 2004

NOTA A LA 2.^a EDICIÓN

Con inmensa satisfacción presento a los lectores la nueva edición de *Teoría*, cuya 1.^a edición, lanzada en abril de este año, para mi grata sorpresa, se agotó en pocos meses. En esta edición simplemente me he limitado a efectuar pequeñas modificaciones puntuales en la redacción del texto.

Agosto de 2003

PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN INGLESA ***(THEORY OF LEGAL PRINCIPLES)***

Pese a que hay libros sobre reglas y, desde DWORKIN, el papel de los principios jurídicos ha sido foco de la teoría del derecho, faltaba un estudio sistemático serio sobre los principios jurídicos: qué son, de dónde vienen, cómo se identifican y cómo interactúan con otras fuentes en la discusión jurídica y en la aplicación del derecho. El indispensable libro del profesor ÁVILA colma esta laguna con rigor, profundidad y creatividad, y se convertirá en lectura obligatoria para todos los interesados en interpretación y argumentación jurídicas.

Cambridge, marzo de 2007

Profesor Frederick SCHAUER
John F. Kennedy School of Government
Universidad de Harvard, EE UU

PREFACIO DE LA EDICIÓN ALEMANA (*THEORIE DER RECHTSPRINZIPIEN*)

I

Hace algunas décadas los más importantes impulsos en el campo de la filosofía y de la teoría del derecho llegan preponderantemente del universo del derecho angloamericano. Esto es especialmente cierto en el tema de los principios generales del derecho, en el que, a la estela de los trabajos de Ronald DWORKIN, la distinción entre reglas y principios ha sido memorable también en el universo jurídico de lengua alemana, donde ha encontrado muchos seguidores, a pesar de algunas variantes y el distinto desarrollo de algunos detalles. El hecho de que este tema se discuta intensamente también en el universo del derecho iberoamericano aún no se ha asimilado suficientemente en nuestro país.

Por lo tanto, tenemos suerte de que Humberto BERGMANN ÁVILA, profundo conocedor de la ciencia jurídica alemana y con un excelente dominio de este idioma, presente una versión de su *Teoría de los Principios [Jurídicos]* también como monografía en alemán. Nacido en 1970, el autor es profesor de Derecho Tributario, Financiero, Económico y Constitucional en la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, así como abogado en la ciudad de Porto Alegre, Brasil. Está vinculado a la ciencia jurídica alemana sobre todo tras obtener en 2002 el grado de doctor gracias a una tesis sobre *Limitaciones constitucionales materiales del poder tributario en la Constitución Brasileña y en la Ley Fundamental Alemana*, presentada en *Ludwig-Maximilians-Universität*, Múnich, y publicada ese mismo año en Baden-Baden.

II

A pesar de la apertura del autor frente a las posiciones hasta ahora desarrolladas y su disposición para incorporar y preservar enfoques fecundos de otros autores, la presente obra se caracteriza por su perfil nítidamente independiente y por la originalidad de su concepción. Una tesis inicial de central importancia afirma que la oposición entre *regla* y *principio*, ambos entendidos en igual medida como normas, no puede verse en el sentido de la exclusividad contradictoria, sino en el de que una norma jurídica puede funcionar como regla y como principio. Además, el autor no reconoce la especificidad de los principios en el hecho de que éstos pueden y deben ser ponderados y poseen una dimensión de peso, pues prueba que esto también vale fundamentalmente para las reglas. Por lo tanto, busca la distinción entre reglas y principios en otra dirección, encontrándola en primer lugar en el hecho de que las reglas describen directamente un comportamiento o atribuyen una competencia como objeto, buscando sólo indirectamente obtener un fin, mientras que, por el contrario, los principios buscan directamente la consecución de un fin e influyen sólo indirectamente en los modos conductuales o en las atribuciones de competencia necesarias para ello. De esta forma, el autor, aduciendo criterios adicionales, desarrolla una propuesta propia y diferenciada para distinguir reglas y principios.

A continuación amplía su concepción con un plano adicional, añadiendo los *postulados* a las reglas y los principios. Al proceder de esta forma, tiene en mente criterios como la proporcionalidad y la razonabilidad, la eficiencia y la seguridad jurídica, que suelen denominarse principios, con frecuencia, de forma bastante irreflexiva. El autor enfrenta este uso lingüístico y este modo de ver con el argumento de que tales postulados no buscan, a diferencia de los principios en sentido más estricto, la consecución directa de un fin, sino que, por el contrario, cumplen la función distinta de prescribir y orientar determinados modos de pensamiento y argumentación, estructurando, de esta manera, el modo de aplicación de las reglas y de los principios. Por ello los postulados no se localizan en el plano de las reglas y de los principios, sino en un metaplano, lo que lleva al autor a calificarlos como normas de segundo grado o normas de aplicación.

Pese al elevado nivel de abstracción y densidad del lenguaje y argumentación en amplios fragmentos de la obra, la exposición del autor se ve enriquecida de forma plástica por ejemplos prácticos, extraídos tanto del derecho brasileño como del alemán, en su mayor parte del derecho constitucional y tributario, en consonancia con el énfasis del trabajo científico del autor en el campo del derecho material. Ello evidencia simultáneamente que el interés del autor por la teoría jurídica se vincula a un fundamento iusdogmático amplio —una combinación que una vez más prueba su fecundidad en la presente obra—.

Por este motivo, deseo que este libro participe en la discusión alemana sobre la teoría del derecho con el interés y la resonancia que merece.

Munich, agosto de 2005

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm CANARIS

Profesor Titular de Derecho Civil
y Metodología de la Ciencia del Derecho
de la Universidad de Munich, Alemania.

Doctor *Honoris Causa* de las Universidades
de Lisboa, la Autónoma de Madrid, Atenas y Graz

PREFACIO

Llamé a Humberto, inmediatamente después de haber leído el original de este libro, para expresarle sinceramente el agrado que me había producido el trabajo intelectual en él sintetizado.

Humberto realiza una contribución extremadamente importante para lo que yo llamaría, siguiendo la tendencia de la moda francesa, *nettoyage* de la doctrina. Una de las conferencias a la que asistí en un reciente congreso versaba sobre la distinción entre los métodos de interpretación, gramatical, teleológico, etc. De repente percibí que quien hablaba tenía más de doscientos años, un auténtico muerto sin sepultura, que hacía resonar el Bolero, de Ravel...

Humberto, como diría José RÉGIO, ama lo lejano y las ilusiones, los abismos, los torrentes, los desiertos. Cuando el alma no es pequeña —de RÉGIO a PESSOA— gritamos el maravilloso «¡no voy por ahí! Sólo voy por donde me llevan mis propios pasos». Por ello —le dije a Humberto— «tu libro es un caminar sobre tus propios pasos». Es un libro personalmente suyo.

Por ello este libro es esencial, pues rompe la corriente de banalización de los principios y desequilibra a los «genios para sí mismos». Esto es lo que ellos temen: cuando alguien les cuestiona, reaccionan como quien lucha por salvarse de morir ahogado. El problema es que tienen un único salvavidas, tejido sobre la bibliografía del pasado y, la más moderna, cuando ha sido contrastada, está mal digerida. Son unos *Esteves*, sin bibliografía...

Me permito contar una historia. El último día de la oposición que realicé para ser profesor titular, en el *Largo de São Francisco*, en cuanto anunciaron el resultado, un profesor, venido de otro Estado y que pasaba por ahí, me abrazó y dijo: «¡Qué bien! ¡Ahora ya puedes vender tu biblioteca!». Aún hoy no sé si el colega hablaba en broma o en serio. Pero la impresión que tengo es que las bibliotecas de algunos de ellos ya han sido negociadas hace años, y que quienes

las adquirieron, al por mayor o al por menor, disfrutaban de libros antiguos completamente vírgenes y que nunca antes han sido consultados...

Me encanta el libro de Humberto. Confirma mis convicciones de que la interpretación es interpretación/aplicación de los textos y de los hechos y de que la ponderación es un momento interior de la interpretación/aplicación del derecho.

Sus directrices para el análisis de los principios —apartado 4.4. del capítulo II— me hacen ver, con una mayor nitidez, que el derecho no se interpreta por partes.

Su propuesta de distinción heurística entre regla y principio —y postulados— y de «alternativa inclusiva» es extremadamente rica. Y el modelo tripartito (regla, principio y postulado normativo aplicativo, en el apartado 3) ilumina las tinieblas tenebrosas en las que se pierden bien sabemos quiénes. El examen del postulado de proporcionalidad es, simplemente, primoroso.

El texto es múltiple y variado, siempre positivamente. La exposición sobre el principio de moralidad (apartado 4.5. del capítulo II) debería ser la primera lección de aquellos «juristas» de medio pelo que piensan que la moralidad sustituye a la ética de la legalidad por otra, contraria a la legalidad... Es lamentable tener que escuchar lo que se ha dicho a este respecto.

Por ello tomé la iniciativa de expresarle a Humberto que realmente me gustaría escribir el prefacio de este libro, porque, así, indirectamente, participo de la sustancial contribución que trae al pensamiento jurídico. Estar a su lado me ennoblece intelectualmente.

EROS ROBERTO GRAU

Profesor Titular de Derecho Económico
de la Universidad de Sao Paulo
Magistrado del Supremo Tribunal Federal

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La idea de este trabajo se debe a la repercusión que la publicación de unos artículos sobre los principios jurídicos tuvo en el medio jurídico¹. A ella se sumó otra razón: la constante relevancia que la distinción entre *principios* y *reglas* viene ganando en los debates doctrinales y jurisprudenciales.

Los estudios de derecho público, especialmente de derecho constitucional, han logrado avances significativos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales. Hoy, más que ayer, importa construir el sentido y delimitar la función de aquellas normas que, además de prescribir los fines que han de alcanzarse, sirven de fundamento para aplicar el ordenamiento constitucional: los principios jurídicos. Asimismo, es plausible afirmar que la doctrina constitucional vive, en la actualidad, la euforia de lo que se convino en llamar *Estado Principiológico*. No obstante, es importante resaltar que notables excepciones confirman la regla de que la euforia de lo nuevo terminó acarreado algunos excesos y problemas teóricos que han inhibido la propia efectividad del ordenamiento jurídico. Se trata, en especial y paradójicamente, de la efectividad de elementos llamados fundamentales: los principios jurídicos. En este marco, hay algunas cuestiones que causan perplejidad.

La primera de ellas es la distinción misma entre principios y reglas. Por un lado, las distinciones que separan los principios de las reglas en virtud de la estructura y los modos de aplicación y colisión entienden como *necesarias* cualidades que son meramente *contingentes* en las referidas especies normativas. Además, esas distinciones exaltan la importancia de los principios —lo que empequeñece la función de las reglas—. Por otro lado, tales distinciones han

¹ ÁVILA, 1999a: 151-179, y 1999b: 159-180.

atribuido a los principios la condición de normas que, al estar relacionadas con valores que requieren una apreciación subjetiva de quien las aplica, no son susceptibles de investigación controlable intersubjetivamente. Como resultado de todo ello, el imprescindible descubrimiento de los comportamientos que han de adoptarse para concretar los principios cede lugar a una investigación circunscrita a la mera proclamación —a veces desesperada e inconsecuente— de su importancia. Los principios son reverenciados como *bases* o *pilares* del ordenamiento jurídico sin que a esa veneración se le añadan elementos que permitan entenderlos y aplicarlos mejor.

La segunda cuestión que provoca la tonicidad es la falta de una deseable claridad conceptual al tratar las especies normativas. Esto ocurre no sólo porque se utilizan como sinónimas varias categorías que en rigor son diferentes —como es el caso de la referencia indiscriminada a *principios*, una y otra vez confundidos con *reglas*, *axiomas*, *postulados*, *ideas*, *medidas*, *máximas* y *critérios*—, sino también porque varios postulados —como se verá— distintos se tratan como si exigieran del intérprete el mismo examen, como es el caso de la alusión acrítica a la *proporcionalidad*, no pocas veces confundida con la *justa proporción*, el *deber de razonabilidad*, la *prohibición de exceso*, la *relación de equivalencia*, la *exigencia de ponderación*, el *deber de concordancia práctica* o, incluso, con la propia *proporcionalidad en sentido estricto*.

Es verdad que lo importante no es saber cuál es la denominación más correcta de uno u otro principio. Lo decisivo, realmente, es saber cuál es el modo más seguro de garantizar su aplicación y su efectividad. Ocurre que la aplicación del derecho depende precisamente de procesos discursivos e institucionales sin los cuales éste no se hace realidad. La materia bruta utilizada por el intérprete —el texto normativo o dispositivo— constituye una mera posibilidad de derecho. La transformación de los textos normativos en normas jurídicas depende de la construcción de contenidos de sentido por parte del intérprete. En razón del deber de fundamentación, quienes los manejan han de comprender esos contenidos de sentido, incluso como condición para que sus destinatarios los puedan entender. Justamente por ello, aumenta la importancia de la distinción entre las categorías que el aplicador del derecho utiliza. El uso desmesurado de categorías no sólo se contrapone a la exigencia científica de claridad —sin la cual no puede erigirse ninguna ciencia digna de ese nombre—, sino que también compromete la claridad y la previsibilidad del derecho, elementos indispensables para el principio del Estado democrático de derecho.

Es fácil ver que aquí no se está exaltando una mera exigencia analítica de disociar tan sólo para separar. La denominación que el intérprete da a las categorías es secundaria. La necesidad de distinción no surge en razón de la existencia de diversas denominaciones para numerosas categorías. Deriva, en vez de ello, de la necesidad de que haya diferentes designaciones para diversos fe-

nómenos². No se trata, por lo tanto, de una distinción meramente terminológica, sino de una exigencia de claridad conceptual: cuando existen varias especies de exámenes en el plano concreto, es aconsejable calificarlas de distintas formas³. La dogmática constitucional también debe buscar la claridad porque ésta proporciona más medios de control de la actividad estatal⁴.

Este trabajo busca, por lo tanto, contribuir a una mejor definición y aplicación de los principios y las reglas. Su finalidad es clara: mantener la distinción entre principios y reglas, pero estructurarla bajo fundamentos distintos de los que normalmente emplea la doctrina. Se demostrará, por un lado, que los principios no sólo explicitan valores, sino que, indirectamente, establecen especies precisas de comportamientos; y, por otro, que la regulación de conductas mediante reglas también puede ser objeto de ponderación, aunque el comportamiento preliminarmente previsto dependa de que se satisfagan algunas condiciones para ser superado. Con ello, se deja atrás tanto la mera exaltación de valores sin la regulación de comportamientos, como la automática aplicación de reglas. Se propone un modelo de explicación de las especies normativas que, además de introducir una ponderación estructurada en el proceso de aplicación, incluye criterios materiales de justicia en la argumentación, mediante la reconstrucción analítica del uso concreto de los postulados normativos, especialmente de la razonabilidad y la proporcionalidad. Todo ello sin abandonar la capacidad de control intersubjetivo de la argumentación, que, normalmente, deriva en un caprichoso decisionismo.

La distinción entre principios y reglas se ha puesto de moda. Los trabajos de derecho público tratan la distinción, con raras excepciones, como si ésta, de puro obvia, eximiese de realizar estudios más detallados. La separación entre las especies normativas gana un sentido unánime. La unanimidad termina difundiendo no el conocimiento crítico de las especies normativas, sino la creencia de que éstas son de esa manera, y punto.

Se banalizaron afirmaciones, expresadas con un tono categórico, al respecto de la distinción entre principios y reglas. Las normas o son principios o son reglas. Las reglas no precisan ni pueden ser objeto de ponderación; los principios necesitan y deben ser ponderados. Las reglas establecen deberes definitivos, independientes de las posibilidades fácticas y normativas; los principios establecen deberes preliminares, dependientes de las posibilidades fácticas y normativas. Cuando chocan dos reglas, una de las dos es inválida o, para superar el conflicto, debe admitirse una excepción a una de ellas. Cuando chocan dos principios, los dos superan el conflicto y mantienen su validez, aunque el aplicador debe decidir cuál de ellos tiene un mayor peso.

² ÁVILA, 1999a: 151-152.

³ HUSTER, 1993: 134 y 144-145.

⁴ VOGEL y WALDHOFF, 1999: 232.