LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS. SU RELEVANCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO *

Horacio-José Alonso Vidal
Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo analiza la importancia en la aplicación del derecho de los principios implícitos. El primer apartado, consiste en un análisis estructural y como razones para la acción de los principios implícitos. El segundo apartado, aborda la cuestión sobre si la aplicación de los principios implícitos supone un ejercicio de discrecionalidad por el órgano de aplicación del derecho o no. Finalmente, a modo de conclusión, el autor sostiene que, pese a su indudable interés teórico, los principios implícitos tienen una relevancia menor en la aplicación cotidiana del derecho, excepto en aquellos supuestos en los que se haga una interpretación novedosa del mismo.

Palabras clave: principios implícitos, razonamiento jurídico.

ABSTRACT. This paper analyzes the importance in legal reasoning of the implied principles. The first section is a structural analysis of the implied principles and as a guide for human behaviour. The second section deals with the question if the application of implied principles implies or not discretion by the competent authorities. Lastly, as personal conclusion, the author advocates that despite their theoretic interest, implied principles has a lesser relevance in the daily application of Law, except in those cases where an innovative interpretation of Law is done.

Keywords: implied principles, legal reasoning.

* Fecha de recepción: 7 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 3 de julio de 2012.

1. PLANTEAMIENTO

Este trabajo tiene como objetivo analizar el papel en el razonamiento de los órganos de aplicación del derecho de los principios implícitos. Con este propósito, lo he estructurado en los siguientes apartados:

En el primero, expongo el análisis que ATIENZA y RUIZ MANERO hacen sobre los principios implícitos desde una doble perspectiva: estructural —de la que resulta que los principios implícitos no se distinguen de los explícitos— y, sobre todo, como razones para la acción, donde ambos tipos de principios sí que se diferencian. Su concepción me servirá de andamiaje conceptual para el resto de la exposición.

En el segundo, abordo la cuestión sobre si la aplicación de normas no identificables autoritativamente y, en concreto de principios implícitos, supone de suyo el ejercicio de discrecionalidad por el operador jurídico. En este sentido, expondré dos teorías sobre el particular totalmente contrapuestas. Por un lado, la concepción de DWORKIN de la aplicación del derecho como integridad y, por otro lado, la visión de GUASTINI de que la construcción de principios implícitos implica necesariamente arbitrariedad, y ello a pesar de formular un análisis impecable sobre las diversas técnicas que los juristas utilizan para la construcción de principios implícitos. Concluiré este apartado con mi propia visión sobre este problema, basada, con algunas matizaciones, en el trabajo *¿Qué queda del positivismo jurídico?* de Á. RÓDENAS.

Finalmente, termino la exposición con una reflexión propia, y que seguramente sea la más discutible de todo el trabajo: pese a que su interés teórico sea indudable, la discusión sobre la aplicación de los principios implícitos, desde un punto de vista práctico, me parece una cuestión de menor relevancia.

2. UN PUNTO DE PARTIDA: LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN LA TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

En la propuesta de clasificación de los principios jurídicos que formulan ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 6) se incluye la distinción entre principios explícitos y principios implícitos. Así, los primeros son aquellos formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y los segundos, aquellos principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico. Estos autores califican esta distinción como exhaustiva y excluyente.

Si consideramos otra de las distinciones que formulan ATIENZA y RUIZ MANERO —entre principios en sentido estricto y directrices—, nos encontramos con que nada se opone a que ambos tipos de enunciados, principios en sentido estricto y directrices, sean implícitos. Así, estructuralmente, los principios implícitos no se distinguirían de los principios explícitos. En efecto, un principio en sentido estricto implícito puede formularse como un enunciado que correlaciona casos con la calificación normativa de una determinada conducta del mismo modo que un principio explícito. Asimismo,

una directriz implícita establece un fin que debe cumplirse en la mayor medida posible, al igual que lo hace una directriz explícita.

Sin embargo, desde la perspectiva de las normas como razones para la acción sí que existirían diferencias entre los principios explícitos y los principios implícitos, tal y como señalan ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 12). Los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la razón 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: a saber, su origen en una determinada fuente. No son razones perentorias porque no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional acerca de la decisión a adoptar, sino que son razones *prima facie* 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.

Por su parte, los principios implícitos, explican ATIENZA y RUIZ MANERO, también son razones para la acción no perentorias, por los mismos motivos que no lo son los principios explícitos. Y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento judicial no es en virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad intrínseca de su contenido. En opinión de estos autores, dicha cualidad no es su justicia intrínseca, sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes. Sobre este aspecto, incidiré más adelante cuando me ocupe de la aplicación de los principios implícitos por el órgano judicial.

Aunque ATIENZA y RUIZ MANERO no dicen nada al respecto, probablemente porque se sobreentiende, la aplicación de un principio implícito siempre exigirá un mayor grado de deliberación que la aplicación de un principio explícito, y ello porque, además de ponderar si existen otras razones (otros principios) —que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido—, el órgano judicial tendrá que hacer un juicio de adecuación del principio implícito con las reglas y principios explícitos del sistema.

Finalmente, los principios implícitos actuarían principalmente en el sistema secundario o sistema del juez, en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la aplicación de normas) de los órganos jurídicos, aunque también puede afirmarse su aplicación en el sistema primario. Así por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad era un principio implícito aplicable a la interpretación de los negocios jurídicos antes de su reconocimiento expreso por el Código Civil.

3. PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

3.1. La concepción de DWORKIN

Ya es un lugar común en la Teoría del derecho contemporánea situar a DWORKIN como el principal precursor de la discusión sobre si el derecho es exclusivamente un sistema de reglas, cuestión a la que, como es sabido, da una respuesta negativa. En su obra, convertida en clásico, *Los derechos en serio*, DWORKIN (1999: 73-78) crítica que

el positivismo jurídico, y en concreto la versión del mismo planteada por HART, olvida que, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera que son adoptadas o desarrolladas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios. De este modo, la crítica de DWORKIN va dirigida a atacar las dos tesis básicas del positivismo, a saber: la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discreción judicial. Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su corrección moral —ni de la corrección moral de una norma puede derivarse su validez jurídica—, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que HART denomina la «regla de reconocimiento». Sin embargo, para DWORKIN esta tesis no se sostiene, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Así, para DWORKIN un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho —constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para criticar la separación conceptual entre derecho y moral—.

Por su parte, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada, a juicio de DWORKIN, por dos razones: en primer lugar, porque implica una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo. En segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así, el principio *nullum crimen sine lege praevia*). Ambos problemas, para DWORKIN, pueden ser solucionados si se reconoce la existencia de los principios jurídicos. En efecto, la existencia de éstos demuestra que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que siempre va a poder recurrir a un principio del ordenamiento jurídico. De este modo, no existe discreción judicial, sino que para cualquier caso que se plantee, el sistema jurídico, compuesto por reglas y principios, ofrece una respuesta correcta.

Nótese que, conforme a lo expuesto hasta ahora, y si bien no utiliza expresamente esta terminología, DWORKIN siempre se está refiriendo a los principios implícitos, no a los explícitos, puesto que siempre parte de la base que los principios entrarían en juego cuando no existe una norma que sí pueda ser identificada por haber sido producida por una autoridad. Por ello, la teoría de DWORKIN es incompleta en la descripción de los principios como tipos de normas, ya que no da cuenta de los principios explícitos. Esta objeción es una de las réplicas que HART (1994: 252 y ss.) formula a la crítica de DWORKIN en el *PostScript,* donde señala que*:* «La preocupación por la interpretación constructiva ha llevado a DWORKIN a *desconocer el hecho de que muchos principios jurídicos no deben su carácter a su contenido [...] sino a lo que él denomina su* pedi-

gree, *esto es, a la forma como han sido creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida*». Como «fuentes de autoridad reconocida» señala HART a la legislación y la jurisprudencia judicial. Y como ambas fuentes de autoridad conforman un criterio de identificación general o convencional de los principios: «Por consiguiente —dice HART—, no existe la incompatibilidad que, según Dworkin, se da entre la aceptación de principios como parte del derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento». Estos principios creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida son los principios explícitos.

Por otro lado, son dos los criterios de distinción entre reglas y principios que propone DWORKIN. Para explicar el primero, recurre al ejemplo de una sentencia dictada en 1889, cuando un Tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el caso *Riggs vs. Palmer* [1], si una persona que había asesinado a su abuelo debía tener derecho a recibir la herencia de éste al haber sido designado heredero en su testamento. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que «es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, conceden esta propiedad al asesino». Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen». Como consecuencia de este razonamiento el tribunal falló que el asesino no recibiera la herencia. Es decir, este caso habría sido resuelto mediante la aplicación de un principio implícito que se deduciría del ordenamiento jurídico en su conjunto, que podría sintetizarse en que «nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito».

Para DWORKIN, la norma utilizada para resolver este caso sería de un tipo muy diferente a las que consideramos reglas típicas, como la proposición que señala que «la velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora».

Así, si bien concede que ambos tipos de normas —las reglas y los principios— apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, no obstante difieren en el carácter de la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas: si los hechos que estipula una norma de este tipo están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso, la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

Sin embargo, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito, pero ello no implica que la ley nunca posibilite que una persona se beneficie de su acto ilícito, como sucedería en el caso de la usucapión. De este modo, lo que haría un principio es limitarse a fijar una razón para resolver en un determinado sentido, pero no exige una decisión en particular, porque pueden concurrir otros principios que apunten en dirección contraria y, en tal caso, es posible que aquel principio no prevalezca.

[1] El caso del «nieto apurado», como lo ha denominado CARRIÒ.

Ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en otros supuestos, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo.

La segunda diferencia que DWORKIN establece entre las reglas y los principios tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los segundos pero de la que carecen las primeras: la dimensión de peso o importancia. Así, cuando los principios colisionan entre sí, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión, esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido como, por ejemplo, otras reglas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior o algo similar.

En una obra posterior, *Law Empire*, DWORKIN (1986) avanza en su teoría, exponiendo cómo esos principios —implícitos— deben ser aplicados por el juez para la solución de un caso determinado evitando la discrecionalidad. Así, frente a la visión meramente fáctica[2] del derecho, característica del positivismo jurídico, DWORKIN defiende su Teoría del derecho como integridad. Para explicar su Teoría, DWORKIN se sirve de una figura contrafáctica, un juez denominado «Hércules», dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas. Pues bien, según DWORKIN, para el juez Hércules el derecho vigente consiste en los principios que proporcionan la mejor justificación disponible para el entendimiento del derecho como un todo, de tal suerte que ante un caso difícil el deber de Hércules sería encontrar los principios que expliquen de la mejor manera posible las reglas vigentes y que provean la mejor justificación moral para la decisión del caso.

3.2. La concepción de GUASTINI

La opinión de GUASTINI difiere totalmente de la de DWORKIN respecto a si la utilización de los principios implícitos para la resolución de casos implica discrecionalidad o no del Tribunal. Si para DWORKIN la manera de evitar esa discrecionalidad sería, precisamente mediante la aplicación de estos principios implícitos, de acuerdo a su Teoría del derecho como integridad, GUASTINI llega justo a la conclusión contraria.

GUASTINI (1999) parte de una distinción entre principios explícitos (que él denomina expresos) muy similar a la de ATIENZA y RUIZ MANERO. Así, son principios expresos los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa, de la que puedan recabarse (como cualquier otra norma) mediante interpretación. Por el contrario, son principios no expresos los que carecen de disposición, esto es, los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino

[2] *Plain-fact view of Law* en el original.

que son elaborados o «construidos» por los intérpretes en el momento de aplicar el derecho.

Pues bien, para GUASTINI (1999: 41) la aplicación de los principios implícitos supone mayor discrecionalidad judicial que la que se produce con la aplicación de los principios expresos. Y ello porque los principios no expresos son fruto, no de interpretación —es decir, de adscripción de significado a específicos textos normativos—, sino de integración del derecho por obra de los intérpretes. En este sentido, el iusfilósofo genovés señala que los operadores jurídicos a veces obtienen los principios implícitos de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas y en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, se obtiene un principio de una norma singular cada vez que se formula hipótesis de una ratio, es decir, un fin, como perseguido por la norma, o de un valor de justicia, aunque también puede derivar de una norma concreta (como el principio de libertad de forma en la contratación, que en derecho español, la doctrina mayoritaria extrae del art. 1.281 del Código Civil). Como principios implícitos extraídos de una multiplicidad de normas, GUASTINI da el ejemplo del tradicional principio dispositivo en el derecho procesal civil (que, en efecto, en derecho español se deduciría de múltiples artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el art. 251, conforme al cual es la parte demandante en su escrito de demanda la que fija la cuantía del proceso, o el art. 399.5, que estipula que es también la parte demandante la que debe señalar su pretensión en el escrito demanda). Por último, como ejemplos de principios jurídicos implícitos extraídos del conjunto del ordenamiento, GUASTINI cita la «norma general exclusiva» o principio de libertad, esto es, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, o el principio de certeza del derecho.

GUASTINI (1999: 41-42) continúa señalando que es posible sostener, como hipótesis, que en nuestra cultura jurídica se hace uso de, al menos, tres diversas técnicas de construcción de principios implícitos.

Una primera técnica de construcción consiste en la «inducción» de normas generales —mediante abstracción, generalización o universalización—, a partir de normas particulares. GUASTINI califica a este procedimiento como *altamente discrecional* con la siguiente explicación. Supongamos una norma particular, N, que conecta la consecuencia jurídica, Z, a un supuesto de hecho complejo, F, que se realiza cuando se presentan conjuntamente las circunstancias A, B y C. La estructura de la norma N será: «Si A, B y C, entonces C». Pues bien, la formulación de un principio implícito en este caso conllevaría la realización del siguiente proceso intelectual por el intérprete. Se distinguen dentro de los elementos (A, B, C) que caracterizan al supuesto de hecho F, los componentes esenciales de los accidentales. En segundo lugar, se construye un supuesto de hecho F1 que no comprende los elementos accidentales (y que por tanto es más general que F). En tercer lugar, se formula el principio que conecta la misma consecuencia jurídica Z al supuesto de hecho F1. El problema para GUASTINI estribaría en que la distinción entre los componentes accidentales y los esenciales es completamente discrecional, de modo que el principio obtenido por universalización tendrá un contenido diverso según el intérprete haya elegido hacer abstracción al construirlo del componente A, B o C.

Una segunda técnica de construcción de principios implícitos consiste en la búsqueda por el intérprete —para GUASTINI, peyorativamente, se trataría de *conjeturas*—

de los fines, intenciones, valores del legislador. Esta técnica es la que se emplea cada vez que se obtiene la ratio de una norma. Pues bien, para GUASTINI estas conjeturas son obviamente discrecionales, pues es raro que una norma responda a un fin unívoco y todo resultado que una norma puede producir es susceptible de ser asumido como razón de ser de tal norma. Esta última aseveración de GUASTINI me parece claramente *contrafáctica* y una clara petición de principio. En efecto, son numerosos los casos en los que una norma tiene un resultado indeseado, y no por ello podemos asumir que, una de las finalidades posibles de la norma, era la obtención de ese resultado indeseado. Así por ejemplo, cuando se estableció la conocida como *Ley Seca* en los EEUU se produjo un aumento del contrabando de alcohol y de los delitos violentos relacionados con el mismo, y no por ello diríamos que una de las posibles finalidades de la norma era fomentar el mercado negro de esta sustancia y que las bandas mafiosas se liasen a tiros por el control de los canales de distribución.

Finalmente, la última técnica de construcción de los principios implícitos consiste: por un lado, en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio previamente reconocido como tal; y por otro lado, en elevar después la norma implícita así construida al rango de principio. GUASTINI presenta como ejemplo el principio de igualdad de armas entre las partes en el seno de un proceso, principio que sería instrumental respecto al derecho de defensa.

En conclusión, la aplicación judicial de principios implícitos para GUASTINI no sería más que un ejercicio de discrecionalidad, cuando no de arbitrariedad por el Tribunal. Sin embargo, la razón de fondo para la visión negativa de este autor sobre la utilización de los principios implícitos en el razonamiento judicial no está explicitada en el trabajo que acabo de glosar, pero sí en otros. Así, el problema sobre la admisibilidad de los principios implícitos como normas aplicables para la resolución de casos estriba en que para este autor es una petición asumir que los principios tienen un contenido prescriptivo que hay que descubrir mediante la interpretación, pues para GUASTINI (1999b: 85) que los principios tengan un contenido prescriptivo es una tesis que habría que demostrar, lo cual es dudoso desde el momento que puede sostenerse que, precisamente, la imposibilidad de realizar una interpretación literal excluye que los principios tengan contenido prescriptivo [3].

Considero que esta conclusión de GUASTINI es excesivamente simplista y no está a la altura de la fineza analítica que se colige de su tipología de las técnicas de construcción de los principios implícitos. De este modo, él mismo resta utilidad al completo análisis que hace de las técnicas de construcción de los principios implícitos, cuando sostiene que su utilización implica discrecionalidad, cuando no directamente su arbitrariedad. En este sentido, si el trabajo de GUASTINI se interpreta en términos puramente descriptivos, esto es, que se limita a relacionar las técnicas interpretativas de las que hacen uso los juristas para la construcción de los principios implícitos, y no a analizar la corrección de su aplicación, no se comprende entonces sus esfuerzos por definir

[3] GUASTINI (1999b: 12) distingue entre dos tipos de interpretaciones: la interpretación declarativa o literal y la interpretación correctiva. La interpretación literal sería aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado «literal» —el significado prima facie— que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas. Por su parte, la interpretación correctora es aquella que otorga a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

las condiciones de aplicación y los límites de cada técnica interpretativa, poniendo además numerosos y buenos ejemplos, de todo lo cual se deduciría una pretensión prescriptiva sobre el alcance y limitaciones de las referidas técnicas de construcción de principios implícitos.

Todo lo cual, evidencia, una vez más, que la pretendida separación que GUASTINI sostiene entre teoría y dogmática de la interpretación, de la que las técnicas de construcción de principios implícitos sería un subapartado, no funciona [4].

3.3. Toma de postura

La aplicación de principios implícitos constituye un claro supuesto de aplicación de normas no identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, lo cual tampoco debe extrañarnos. En efecto, como explica RÓDENAS (2003), es el propio ordenamiento jurídico quien en muchos supuestos permite al órgano jurisdiccional la posibilidad de resolver un caso mediante la aplicación de normas no identificables autoritativamente.

Así, nuestro propio sistema de fuentes, recogido en el art. 1 del Código Civil, establece que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Es decir, nuestro propio ordenamiento prevé la posibilidad de que a falta de norma identificable autoritativamente (ley o costumbre) puedan aplicarse los principios generales del derecho en una doble función: en primer lugar, para colmar lagunas. Y, en segundo lugar, o más bien complementariamente, con una función axiológica, esto es, para permitir el correcto entendimiento de las normas. El Tribunal Constitucional español ha expresado esta idea en los siguientes términos [5]:

> Los principios generales del derecho*, no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores,* los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias.

De este modo, en contra de lo postulado por GUASTINI, estoy de acuerdo con RÓDENAS (2003: 433) cuando sostiene que una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios fijados en el sistema de fuentes, y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos, pues el derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente, ni le es indiferente cuál es su contenido. Así, en el caso de los principios implícitos, el operador jurídico que los aplique, deberá desarrollar una argumentación tendente a demostrar la existencia de dos condiciones de aplicación:

a) Subsidiariedad, esto es, que no exista norma identificable autoritativamente aplicable al caso, o bien que la norma identificable autoritativamente debe ser interpretada de forma diferente o incluso ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión.

---

[4] *Vid.* la crítica que le dirige en el mismo sentido GIMENO PRESA: 2001.

[5] STC 290/2000, de 30 de noviembre. Es de destacar, nuevamente, cómo nuestro Alto Tribunal, si bien no utiliza la terminología de principios implícitos, se está refiriendo a ellos, pues habla de principios generales del derecho no recogidos en el texto de la constitución o acogidos como principios rectores.

b) Coherencia, esto es, que el contenido del principio implícito sea coherente con las reglas y principios explícitos del sistema.

A continuación explicaré las condiciones de aplicación de cada uno de estos requisitos.

En primer lugar, el supuesto más claro de aplicación subsidiaria de un principio implícito se producirá cuando no exista una norma identificable autoritativamente —una regla o un principio explícito— para su resolución, esto es, cuando exista una laguna ordinaria. Un ejemplo lo tenemos en el caso resuelto por la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de marzo de 2011. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

— El recurrente en amparo, un trabajador público de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, solicita realizar su jornada laboral en turno de noche para conciliar su vida familiar y laboral, lo cual no está previsto en norma alguna, ni legal, ni reglamentaria ni convencional, y tampoco en su contrato de trabajo. Tampoco la Administración para la que trabaja tiene, en su organización del trabajo, un horario nocturno, por lo que la petición del cambio de turno alteraría la organización del trabajo.

— En las sucesivas instancias judiciales se rechazó la pretensión del trabajador, al no existir una norma expresa que amparase su pretensión.

— Sin embargo, el Tribunal Constitucional otorga el amparo y reconoce la posibilidad de ese derecho en caso de que se haga una correcta ponderación de las circunstancias fácticas concurrentes, y lo incardina bajo el principio, constitucional, de conciliación de la vida familiar y laboral, principio implícito que se colegiría del mandato de no discriminación por circunstancias personales —art. 14 CE— y del principio de protección de la familia (art. 39 CE), con la siguiente argumentación:

> Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones.

En segundo lugar, también pueden constituir un caso de aplicación de principios implícitos, aquellos supuestos en los que sí existe una norma identificable autoritativa-

mente —una regla o un principio explícito— aplicable, si bien la concurrencia de un principio implícito en el supuesto concreto supone que el principio o regla explícitos deban interpretarse de forma distinta a la literal o incluso no aplicarse, es decir, son supuestos en los que existe una laguna axiológica. Un ejemplo lo tenemos en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de fecha 14 de febrero de 1998. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

— Un ciudadano reclama a la Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León unos daños producidos en las cosechas de trigo y cebada de su finca por la caza mayor en el año 1995.

— En el momento de plantear su reclamación existe una laguna procesal consistente en que no está determinado con claridad cuál es la jurisdicción competente para plantear judicialmente la reclamación, si la civil o la contencioso-administrativa.

— El Juzgado de Primera Instancia se considera competente y estima la reclamación.

— La Consejería de Medio Ambiente presenta recurso de apelación contra la referida Sentencia, basado en la excepción de falta de jurisdicción, alegando, en síntesis, que la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común ha supuesto la unidad de foro, a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, para cualesquiera reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración. Esta postura también parece ser apoyada por la Ley Orgánica 61/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues el art. 9.4 de dicho texto legal expresa que «conocerán, asimismo —los del orden contencioso-administrativo— de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive».

— Finalmente, la Audiencia Provincial de Soria desestimó el recurso con la siguiente argumentación:

> «Aun reconociendo esa unidad de jurisdicción a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de incompetencia de este Tribunal a los más de cinco años de ocurridos los daños, significaría embarcar al actor en una nueva búsqueda de juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratara de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente también protegido. No pudiéndose olvidar que, por lo general, los pleitos contencioso-administrativos son más gravosos o caros para el administrado que los civiles y que no puede compararse la celeridad de un juicio de cognición con un contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo —Sentencias de 12 de junio de 1997, 20 de febrero de 1997, 23 de diciembre de 1997, etc.—, en supuestos semejantes al presente ha declarado que "a estas alturas aceptar un peregrinaje de jurisdicciones se presenta irritante y no acomodado a una gestión efectiva, ante un supuesto claro de responsabilidad por daños"» concluyendo con que «hay que afirmar que la evitación del peregrinaje procesal es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concertada la cuestión en este aspecto procesal y cumplir lo determinado en el art. 24 de la Constitución española . En definitiva, reconociendo la razón legal que le asiste al recurrente, confirmada por la resolución del Tribunal de Conflictos antes apuntada, lo cierto es que existía una laguna legal de carácter procesal que debe cubrirse en este caso concreto, y por las razones apuntadas,

según la precedente doctrina conforme al principio general de la evitación del "peregrinaje de jurisdicciones"».

Este tipo de lagunas se producen porque, siguiendo a SCHAUER (2004), cabría distinguir entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas. Conforme a esta distinción, puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de situaciones se conocerían como experiencias recalcitrantes, y pueden presentarse de dos formas (RÓDENAS, 2003: 432). En algunos casos, puede suceder que las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporen ciertos supuestos a los que, sin embargo, su justificación subyacente sí sería aplicable. En estos supuestos, la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente. En contraposición, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Este tipo de experiencias recalcitrantes, a su vez, estaría representado por dos tipos de supuestos: aquellos que quedan fuera del alcance de la regla de acuerdo a su razón subyacente y aquellos otros que suponen una excepción a su aplicación considerando otras razones que no habían sido prevista en el balance original que dio lugar a la razón subyacente de la regla.

Ilustraré con el siguiente ejemplo cómo un principio implícito puede matizar la aplicación de una regla o un principio explícito, o incluso determinar su no aplicación. Así sucede, en relación a las medidas de protección de la legalidad urbanística, con el principio de menor demolición, el cual no se encuentra recogido positivamente, si bien la jurisprudencia contencioso-administrativa lo ha venido aplicando como manifestación concreta del principio de proporcionalidad. El principio de menor demolición resultaría aplicable en aquellos supuestos en los que existe una infracción urbanística, por ejemplo un exceso de edificabilidad, pero dicha infracción es de menor entidad, por lo que resultaría desproporcionado la aplicación de la medida de restauración de la legalidad urbanística prevista, esto es, la demolición.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1993 explica lo que acabo de exponer en los siguientes términos:

> El *principio o criterio de proporcionalidad, congruencia y menor demolición, desarrollado por la jurisprudencia, pretende en su aplicación evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida y las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta,* resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente es necesario indicar que la doctrina jurisprudencial viene entendiendo que procede la aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que la entidad de la infracción no se corresponda con el rigor y los efectos de la medida de demolición dispuesta (SSTS de 1 de julio y de 19 de septiembre de 1981). No procederá, por tanto, la demolición en los casos en que se esté ante desajustes mínimos con la normativa urbanística de la construcción ilegal.

En este supuesto, estaríamos ante una *experiencia recalcitrante supraincluyente*, en la que la apreciación del principio de menor demolición, un principio implícito, des-

plaza la aplicación de la regla que determina la demolición como medida de restauración de la legalidad urbanística.

Ahora bien, como señala RÓDENAS (2003:438), que los jueces dejen de aplicar una norma identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, a favor de la aplicación de un principio implícito no implica tampoco que los jueces tengan discrecionalidad para establecer el balance de razones que estimen oportuno, con tal de que se base en razones ya reconocidas por el ordenamiento jurídico, sino que será preciso que desarrollen una argumentación dirigida a demostrar la prevalencia de razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuren tácitamente en el sistema.

La segunda condición de aplicación, como he apuntado, es la coherencia. En mi opinión, en este contexto el concepto de coherencia tiene varias implicaciones, a saber:

Una primera implicación sería de tipo lógico o conceptual, es decir, el intérprete colige la existencia del principio implícito a partir del derecho explícito. Esta operación es innecesaria para el intérprete cuando aplica derecho explícito porque éste se puede identificar en razón de la autoridad que lo ha producido. Conviene aclarar que estoy utilizando aquí el término lógica en sentido amplio, no como sinónimo de lógica-deductiva. En efecto, en ocasiones se puede presentar un principio implícito como una mera subsunción de un principio explícito ya reconocido por el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el principio de menor demolición al que hacía referencia anteriormente puede verse como una especificación en el ámbito de la restauración de la legalidad urbanística del principio de proporcionalidad consagrado en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Pero, en otros supuestos, el principio implícito será fruto de una operación de inducción con base en varias reglas concretas del ordenamiento jurídico, como el principio de justicia rogada en el procedimiento civil, que, como bien dice GUASTINI, se colige de varias reglas explícitas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Una segunda implicación sería la necesidad de que el intérprete formule un juicio de adecuación, es decir, no es suficiente con que el principio implícito se colija del derecho explícito sino que se requiere que su contenido se adecue al mismo. Ahora bien, el problema estriba en determinar cuándo se puede considerar que un principio implícito se adecua al derecho explícito. A esta cuestión, se le han dado diversas respuestas, como la ya señalada de DWORKIN, conforme al cual un principio implícito sería coherente si permite, en un caso difícil, explicar de la mejor manera posible las reglas vigentes y provee la mejor justificación moral para la decisión del supuesto.

MACCORMICK (*vid.* ATIENZA, 1997: 147) se expresa en términos parecidos cuando sostiene que una norma es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuran —cuando son considerados en su conjunto— una forma de vida satisfactoria.

Con estas definiciones, sin embargo, el problema sólo se prorroga, porque, ¿qué ocurre cuando existe discrepancia sobre esos valores o principios generales? A este respecto, y como expone BAYÓN (2002: 71-72), cabría diferenciar entre un convencio-

nalismo explícito [6] —que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito— y un convencionalismo profundo —según el cual son los criterios tácitos de corrección los que fundamentan la objetividad de la convención y no los acuerdos explícitos realmente existentes—. De acuerdo a esta última tesis, para hallar esas convenciones tácitas el intérprete debe llevar a cabo una suerte de equilibrio reflexivo rawlsiano, en virtud del cual las hipótesis que se formulan sobre el peso de las razones en conflicto implicadas en la resolución de los casos concretos deben apoyarse en reconstrucciones de los criterios tácitos convencionales que dan cuenta de la institución o sector normativo en cuestión, y tales reconstrucciones, a su vez, deberán confrontarse con nuestras convenciones interpretativas más arraigadas que se ponen de manifiesto en los casos paradigmáticos. De modo que si se producen desajustes como resultado de las comparaciones, se salvarán mediante un ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones que nos lleven ora a descartar algunas de nuestra convenciones, ora a ofrecer otra reconstrucción, o, en fin, a reformular las hipótesis hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos.

No obstante lo anterior, la defensa de un convencionalismo profundo, sostiene RÓDENAS, no implica que siempre haya una única respuesta correcta para cada caso, pues para el convencionalismo profundo los límites del derecho estarían en los límites de nuestras convenciones, de suerte que aunque lo que determine la verdad o falsedad de nuestras convenciones sean los criterios tácitos compartidos por la comunidad y no el carácter expreso de la misma, todavía el derecho permanece indeterminado en todos aquellos supuestos que presentan una litigiosidad tal que es imposible fijar unos criterios tácitos compartidos.

Para el caso de los principios implícitos, sin embargo, mi opinión es que el operador jurídico no debe ir más allá del convencionalismo explícito porque, dado su carácter subsidiario, es necesario para su aplicación que exista un acuerdo previo explícito sobre el alcance de los principios o reglas de los que se derivaría el principio implícito que se pretende aplicar. Así, no tendría mucho sentido que un Tribunal aplicase el principio de menor demolición si, en lugar del principio de proporcionalidad, lo que contemplase el ordenamiento jurídico en su conjunto fuese un principio de cumplimiento estricto de las sanciones. Asimismo, tampoco tendría sentido que se dedujera la existencia del principio de justicia rogada en el procedimiento civil, si en su lugar la Ley de Enjuiciamiento Civil contuviese una serie de normas haciendo referencia al impulso de oficio como principio rector del proceso.

Por este motivo, mi propuesta de reconstrucción de la aplicación de los principios implícitos es más restringida, en términos de reglas procesales de la argumentación, que la que propone RÓDENAS (2003: 448) para la aplicación de normas no identificadas autoritativamente en general, de suerte que:

1) Los principios implícitos operarán en el razonamiento jurídico como razones para la acción no perentorias y no independientes de su contenido.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que un principio implícito debe ser aplicado (bien porque el caso en cuestión no está regulado expresamente por una norma

[6] Doctrinalmente se ha denominado a este convencionalismo como superficial, yo prefiero denominarlo explícito por ser un término más descriptivo, ya que el adjetivo superficial tiene connotaciones peyorativas.

identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, o porque en el caso en cuestión constituye una excepción a una regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada por la toma en consideración del principio implícito.

3) Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: *a)* que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y *b)* que de acuerdo a las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito.

4. RELEVANCIA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

En mi opinión, pese a que la existencia y aplicabilidad de los principios implícitos para la resolución de un caso ha sido uno de los debates nucleares de la Teoría del derecho, al menos desde DWORKIN, por lo que su interés teórico es indudable, desde un punto de vista práctico me parece una cuestión de menor trascendencia. Ello es así porque la totalidad de los principios implícitos acaban por convertirse en principios explícitos. Este corolario me parece que es especialmente evidente en los sistemas jurídicos anglosajones, en los que expresamente se reconocen como fuentes de autoridad a la legislación y, sobre todo, a la jurisprudencia judicial. En efecto, una vez que un tribunal de Nueva York resolvió el caso *Riggs vs. Palmer* mediante la aplicación de un principio implícito consistente en que «nadie puede sacar provecho de su propio acto ilícito», dicho principio quedo explicitado de cara a futuros casos en forma de precedente vinculante.

En el derecho continental, si bien de forma menos evidente, me parece que se puede sostener una conclusión similar. Y es que, aunque el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho sea más discutible, lo cierto es que, como he defendido, la aplicación por los tribunales de un principio implícito acaba constituyendo una convención interpretativa explícita que es la que a su vez determina la propia aceptabilidad de la aplicación del principio implícito en cuestión.

No obstante lo anterior, existiría una importante salvedad a esta relativa intrascendencia práctica de los principios implícitos. Se trataría de aquellos supuestos en los que el órgano de aplicación realiza una interpretación novedosa del derecho, como sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer.* Un ejemplo reciente en la jurisprudencia menor española lo tenemos en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de fecha 17 de diciembre de 2011, que ha suscitado una gran polémica, al no permitir a una entidad financiera continuar el procedimiento de ejecución, tras haber resultado insuficiente la subasta del inmueble para cubrir la totalidad de la responsabilidad hipotecaria, lo que equivaldría, de facto, al reconocimiento de la dación en pago sin consentimiento del acreedor para la extinción de la deuda.

El razonamiento del tribunal en esta resolución es el siguiente:

— Existe una regla X que prescribe que la ejecución contra el deudor Y debe continuar contra el resto de sus bienes cuando la realización del bien Z no ha satisfecho el importe del crédito de R.

— En este caso, la regla X no es aplicable porque el bien Z estaba valorado por el propio R en caso de subasta por un importe superior al crédito, siendo coyuntural que la subasta se declarase desierta.

Reconstruyendo el razonamiento del tribunal, para justificar la no aplicación a este caso de la regla X, aplica una serie de normas implícitas del siguiente tenor:

> Las entidades financieras no pueden sacar provecho de su propia actuación poco rigurosa al valorar los bienes hipotecados.
>
> La valoración admitida por la entidad financiera constituye un acto propio que le vincula.

En resumen, esta resolución sí que estaría aplicando unas normas implícitas, que aún no se han consolidado, porque existe otra línea jurisprudencial, por ahora mayoritaria, que postula justo lo contrario, esto es, que lo dispuesto en el art. 579 de la LEC no puede dejar de aplicarse en estos casos[7].

Pues bien, conforme a las reglas procesales de la argumentación que he expuesto anteriormente, considero que el Tribunal se habría excedido en este caso en la aplicación de normas implícitas, porque se habría apartado de las convenciones interpretativas explícitas, correspondiendo al legislador, y no a un tribunal, instituir la dación en pago como un medio para saldar las deudas hipotecarias.

REFERENCIAS

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 1997: *Las razones del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del derecho,* Barcelona: Ariel.

BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en *La relevancia del derecho,* Barcelona: Gedisa.

DWORKIN, R., 1986: *Law's empire,* Massachussets: Harvard University Press.

— 1997: *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel.

GIMENO PRESA, M.ª C., 2001: *Interpretación y derecho: análisis de la obra de Riccardo Guastini,* Universidad Externado de Colombia.

GUASTINI, R., 1999a: «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, en *Jueces para la democracia,* núm. 34.

— 1999b: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ciudad de México: UNAM.

HART, H. L. A., 1994: *El concepto de derecho y Poscript*.

RÓDENAS CALATAYUD, Á., 2003: «¿Qué queda del positivismo jurídico?», *Doxa,* núm. 26.

SCHAUER, F., 2004: *Las reglas en juego*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

[7] El art. 579 de la LEC establece que: «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución». Así, el Auto de esa misma Audiencia, pero de otra Sección, la Tercera, de fecha 28 de enero de 2011, resolvió justo en sentido contrario.