

El principio de publicidad y la publicidad de los principios

The Principle of Publicity and the Publicity of Principles

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Autor:

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Universidade de Santiago de Compostela, España
joaquin.rodriguez-toubes@usc.es
<https://orcid.org/0000-0003-0969-8647>

Recibido: 14/11/2022

Aceptado: 15/1/2023

Citar como:

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (2023). El principio de publicidad y la publicidad de los principios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 313-347. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.12>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Resumen

El artículo discute cómo pueden ser fuente del derecho español los principios generales del derecho, según dice el artículo 1.1 del Código Civil, cuando el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la publicidad de las normas. La primera parte del artículo concreta el problema examinando la noción de principios generales del derecho, en especial su naturaleza normativa y sus modalidades implícitas, así como el significado de la garantía de publicidad de las normas y su aplicación a los principios implícitos. La segunda parte expone y evalúa cinco argumentos para responder la pregunta inicial: el argumento del error, según el cual no hay normas jurídicas implícitas; el argumento de la publicidad jurisprudencial, según el cual los principios generales del derecho implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos; el argumento de la publicidad material, según el cual los principios implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios; el argumento de la excepción, según el cual el artículo 9.3 de la Constitución española no afecta a las normas implícitas; y el argumento de la regla de reconocimiento, según el cual los principios implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen en la práctica los operadores jurídicos. La conclusión es que el último argumento describe y explica mejor que los demás la realidad jurídica española en lo concerniente a los principios generales del derecho implícitos, donde es común entre los juristas aceptar las dos creencias en conflicto que suscitan la pregunta inicial.

Palabras clave: principios implícitos; fuentes del derecho; publicidad de las normas

Abstract

The article discusses how general principles of law can be a source of Spanish law, according to Article 1.1 of the Civil Code, when Article 9.3 of the Spanish Constitution guarantees the publicity of norms. The first part of the article clarifies the problem by examining the notion of general principles of law, in particular their normative nature and their implicit modalities. The second part states and evaluates five arguments to answer the initial question: the argument of error, according to which there are no implicit legal rules; the argument of jurisprudential publicity, according to which implicit general principles of law are valid legal rules when they are applied and made public by judicial decisions; the argument of material publicity, according to which implicit principles are valid legal rules when they are public and notorious; the argument of exception, according to which Article 9.3 of the Spanish Constitution does not affect implicit norms; and the argument of the rule of recognition, according to which implicit principles are valid legal rules when they are actually believed to be so by legal operators. The conclusion is that the last argument describes and explains better than the others the Spanish legal reality concerning implicit general principles of law, where it is common among jurists to accept the two conflicting beliefs that raise the initial question.

Keywords: implicit principles; sources of law; publicity of norms

1. INTRODUCCIÓN¹

El objeto de este trabajo es discutir un problema en la teoría de las fuentes del derecho español, una especie de paradoja, que se resume en esta pregunta: ¿Cómo pueden ser fuente del derecho español los principios generales del derecho, según dice el artículo 1.1 del Código Civil, cuando el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la publicidad de las normas? Esta pregunta contiene términos interpretables y requiere aclaraciones, por lo que la primera parte del trabajo está dedicada a precisar el problema teórico y mostrar su dificultad e interés. En la segunda parte, discutiré algunas respuestas al problema y defenderé una de ellas.

El problema que quiero desarrollar es más teórico que práctico: afecta a cómo entienden el derecho y sus fuentes quienes operan en el ordenamiento jurídico español, y no a su efectiva aplicación. Porque es patente que en la práctica jurídica española no plantea ningún problema o inquietud la aplicación del principio de publicidad de las normas a los principios generales del derecho (en adelante, PGD). Al argumentar y decidir sobre el derecho aplicable a los casos, los jueces y otros juristas españoles invocan y aplican a menudo principios sin considerar necesario que hayan sido enunciados en una publicación oficial, pero no por ello ven conflicto con la garantía constitucional de publicidad de las normas. No hay aquí un problema práctico para los operadores jurídicos, pero sí hay un problema teórico. Porque es inconsistente aceptar que la publicidad es requisito de la validez jurídica de las normas por exigirla la Constitución y a la vez que los PGD son fuente de normas jurídicas implícitas.

1. Trabajo del Proyecto de investigación PID2019-105841RB-C22, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Los juristas españoles asumen típicamente que la Constitución española (en adelante, CE) tiene autoridad normativa supralegal para establecer requisitos de validez jurídica en el ordenamiento español, de manera que las normas que incumplan tales requisitos no son fuentes del derecho español aunque una ley declare otra cosa. Según esto, la garantía expresa en el artículo 9.3 CE es una norma vigente del ordenamiento español en virtud de la cual en éste las normas han de tener publicidad para ser derecho. Sin embargo, de la jurisprudencia, de la doctrina y del ejercicio del derecho se desprende que también es típico entre los juristas creer que el derecho contiene normas que no han sido publicadas. En efecto, creen que entre las fuentes del derecho español hay PGD, como afirma el artículo 1.1. del Código Civil (en adelante, CC): «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Y sostienen que algunos de estos PGD son fuente de normas implícitas, carentes de publicidad mientras no las incorpora una disposición o las aplica una resolución judicial. Quiénes tengan ambas creencias y se planteen el conflicto entre ellas experimentarán una disonancia cognitiva². Intuirán que tienen dos convicciones incompatibles y procurarán evitar la contradicción dándole una solución rápida y negándole importancia. De hecho no conozco ningún estudio que dé importancia al problema y sospecho que la actitud de pasarlo por alto seguirá siendo habitual, porque es la respuesta más fácil a la disonancia.

2. EL PROBLEMA

Para concretar el problema presentado haré unas precisiones sobre los PGD y su condición de normas (§2.1) y sobre el significado de la garantía constitucional de publicidad (§2.2).

2.1. La naturaleza normativa de los principios

El concepto de *principio* ha sido muy discutido por la teoría jurídica y ha protagonizado numerosas controversias. Entre los juristas españoles la noción de PGD es bien conocida, pues constaba ya en el artículo 6 *in fine* del Código Civil de 1889: «Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». Desde la reforma del Código Civil de 1973, los PGD se mencionan en su artículo 1 como fuentes del ordenamiento jurídico español que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio

2. En Psicología se conoce por disonancia cognitiva o cognoscitiva, desde que Festinger (1957) acuñó la expresión, la inconsistencia entre las creencias de un sujeto que este no consigue resolver o racionalizar y que, por causarle incomodidad, le motivan a tratar de reducirla y a evitar situaciones e información que la aumenten.

de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Esta condición de fuente del derecho no suele ser cuestionada, pero plantea al menos el problema que discute este trabajo. Para abordarlo examinaré primero cómo encajan los principios entre las normas (§2.1.1), y después la posibilidad de que las normas basadas en principios sean implícitas y no explícitas (§2.1.2).

2.1.1. *Los principios como normas*

Aunque muchos juristas parecen asumir que los principios son un tipo de normas y que los PGD son normas jurídicas, hay disparidad de fondo en cómo se conciben las normas y en qué características peculiares se atribuyen a los principios. Si ya Hart (1961) renunció a definir el derecho como una clase de normas porque la noción de norma apenas añade precisión a la de derecho, definir los principios como una clase de normas conduce a otro estancamiento. Con todo, el análisis del propio Hart sobre la idea de norma es útil como base conceptual inicial. Según Hart (1961), las normas son fundamentalmente pautas para guiar y evaluar las conductas que al menos algunos sujetos aceptan como tales pautas de conducta. Las normas motivan conductas externas, pero se caracterizan sobre todo por su *aspecto interno*, consistente en que son aceptadas y aportan razones para actuar y evaluar. Como las han presentado después Raz (1990, 2009) y otros, las normas son razones para la acción. Se acepta que los principios son normas en cuanto que son también pautas para guiar y evaluar la conducta que algunos sujetos interiorizan como razones para la acción³.

Son normas jurídicas las normas que se tienen por válidas en algún ordenamiento jurídico, y según la opinión general incluyen principios. Ahora bien, la expresión «norma jurídica» es doblemente ambigua (Hernández Marín, 1998a, p. 58). Puede referir a entidades fácticas, tales como los enunciados legales o las prácticas consuetudinarias, o a entidades abstractas o ideales, tales como ideas normativas o prescripciones. Y puede referir a entidades individuales, como un precepto, o a conjuntos de entidades, como el Código Civil. Dado que la noción «norma jurídica» se emplea en todos esos sentidos, es fácil generar malentendidos y equivocarse de discusión. No obstante, lo que se predica de un sentido de «norma jurídica» con frecuencia también es aplicable a otros. A mi juicio así ocurre en el artículo 9.3 CE, donde «las normas» cuya publicidad se garantiza son textos legales que enuncian varios preceptos y también los preceptos individuales y las prescripciones jurídicas. Por eso el artículo 9.3 CE plantea un problema a los PGD cualquiera que sea la acepción de «norma» que les atribuyamos.

3. Cabría objetar que la concepción funcional de las normas como pautas y razones para la acción se ajusta a su paradigma o prototipo, las prescripciones, pero describe peor otras modalidades normativas, como las reglas técnicas o las reglas constitutivas. Pero aquí no tenemos que ocuparnos de esto, pues se asume generalmente que los principios son prescripciones y por tanto están en el prototipo de las guías y razones para la acción.

Sin perjuicio de los reparos que discutiré (§3.1), creo que los juristas suelen concebir las normas jurídicas como entidades lingüísticas abstractas⁴. Son percibidas como el significado prescriptivo que transmiten o expresan las oraciones normativas. No son los actos de voluntad normativos (como la promulgación de leyes), ni lo que estos emiten (las leyes, en el ejemplo), sino el significado o sentido prescriptivo abstracto de esos actos o emisiones. Y son entidades lingüísticas porque necesitan algún tipo de formulación, aunque solo sea en el pensamiento⁵. Esta concepción abstracta de las normas la teorizó Kelsen al definir la norma como «el sentido de un querer, de un acto de voluntad», que en el caso de los mandatos «es el sentido de un acto que se dirige a la conducta de otro, un acto cuyo sentido es que otro (u otros) debe (o deben) comportarse de un modo determinado» (Kelsen, 2018, p. 34). Y es también la concepción que desarrolla Tarello al distinguir entre norma y disposición: «La norma “es” el significado de un segmento del lenguaje en función prescriptiva, enunciado por un documento lingüístico y promulgado observando ciertas fórmulas (ley, sentencia) o bien expresando (quizá con formas específicas de publicidad) un cierto tipo de prácticas (costumbres)» (Tarello, 1966, p. 353, trad. 2011, p. 118). Aunque las nociones de norma de Kelsen y Tarello difieren, porque el sentido del acto normativo puede no coincidir con el significado de su producto, lo que nos interesa aquí es que en ambas la norma es un objeto abstracto; y así es como creo que los juristas suelen entender las normas, conscientemente o no.

La concepción abstracta de las normas explica la distinción terminológica teórica entre fuentes del derecho y derecho. Cuando el artículo 1.1 CC habla de la ley como «fuente del derecho» da a entender que la ley no es derecho, sino que de ella emana derecho. Aunque la expresión «fuente del derecho» solo es una metáfora, es razonable atribuir ese modo de hablar a que los juristas conciben el derecho como un producto abstracto de factores concretos como la ley, diferenciando ambos tipos de entidades. Y si con frecuencia se habla de la ley como derecho, es por una metonimia entre el derecho y su causa, que acaba por confundirlos. Según esto, aunque se dice que la Constitución y las leyes son normas, en el fondo se piensa que las normas son los significados prescriptivos de (los enunciados de) la Constitución y de las leyes, y así lo capta la teoría jurídica. Ahora bien, esta explicación es menos intuitiva cuando la

4. No sigo la distinción entre entidades (factuales) *lingüísticas* y entidades (ideales) *semánticas* (Hernández Marín, 1998a, p. 43), porque creo que las normas tienen naturaleza abstracta pragmática además de semántica.

5. En cuanto guía de conducta, una norma requiere una formulación prescriptiva capaz de ser seguida. Una actitud, un ideal o un valor no son propiamente normas. Las normas pueden ser enunciadas, pero no es necesario: hay normas solo ideadas, formuladas en el pensamiento. Pero incluso una vez enunciada, la norma es una entidad abstracta: es la prescripción y no la emisión lingüística. Naturalmente, estas ideas son especulativas y discutibles. Hay quien identifica las normas jurídicas con enunciados (Hernández Marín, 1998a), lo cual excluye los principios implícitos (§3.1). Inversamente, cabe oponer que hay normas sin formulación lingüística, como hace la concepción pragmatista de las normas implícitas en prácticas (Brandom, 1994, p. 21). De hecho, hay juristas para quienes las creencias sociales y morales ya son principios (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 76; Díez-Picazo, 1993, p. 218). Pero es más común distinguir los principios (prescripciones, normas) de los valores (ideas sobre fines).

fuente del derecho son PGD que cuando son leyes o costumbres. Estas últimas tienen manifestación explícita en textos promulgados y prácticas sociales, mientras que los PGD pueden ser implícitos y las normas procedentes de ellos son el sentido abstracto de entidades abstractas. Por eso si ya es frecuente hablar de la ley o la costumbre como normas, dando al producto el nombre de su fuente, lo es más hablar de los PGD como normas⁶. Aunque cabe diferenciar teóricamente entre los PGD como fuente del derecho y como derecho, la distinción no tiene importancia práctica. En este trabajo procuro tenerla presente, pero la confusión es inofensiva y no hay que evitarla.

Los PGD son considerados habitualmente normas de un tipo especial por su estructura. No es pacífico cuál es esta estructura peculiar, pero el punto de vista estándar es posiblemente el teorizado por Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 7 y ss.)⁷. Como es sabido, las normas se estructuran típicamente combinando un supuesto fáctico o caso con la consecuencia que debe darse en ese supuesto, de manera que el caso opera como condición de aplicación de la consecuencia, la cual puede ser una conducta o un estado de cosas⁸. Pues bien, los principios se caracterizan por tener un supuesto de hecho impreciso o abierto, lo cual los distingue de otras normas, habitualmente llamadas «reglas», cuyo supuesto de hecho es preciso o cerrado. Como la propiedad de ser o no un supuesto de hecho impreciso o abierto es a su vez imprecisa, la demarcación entre principios y reglas no es nítida sino gradual; pero es teóricamente plausible y útil. Por ejemplo, es un principio una norma enunciada así: «Al interpretar y aplicar las normas jurídicas que afectan a un menor de edad, debe prevalecer el interés del menor»; porque la condición que activa la consecuencia jurídica es muy abierta: cuandoquiera que se interpreten y apliquen normas jurídicas que afecten a un menor. Por el contrario, «Los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio» enuncia una regla, porque la consecuencia jurídica (la prohibición de contraer matrimonio y la nulidad del intento) está asociada a una condición bien definida: que los contrayentes sean menores de edad no emancipados. Las condiciones cerradas especifican (sin perjuicio de la eventual vaguedad) las excepciones aplicables, mientras que las condiciones abiertas están expuestas a excepciones imprevistas⁹.

6. La doctrina española presenta los PGD a la vez como ideas y normas; juicios de valor sociales y contenidos implícitos en las leyes y también derecho aplicable; fundamentos del orden jurídico que lo armonizan e integran y parte integrante de este. Ver, entre otros, Díez-Picazo (1993, p. 219), Arce (1990, p. 55) o Gordillo (1990, p. 20). Esta complejidad explica que se llame PGD tanto a fuentes del derecho como a normas jurídicas. Por un lado, son normas (o ideas normativas) coherentes con la legislación o presentes en la sociedad que operan como fuentes del derecho. Por otro lado, son derecho en cuanto normas que concretan esas fuentes y son aplicables a casos.

7. Los siguen, por ejemplo Beladiez Rojo (1994) y Tardío Pato (2011).

8. Como toda norma se puede reformular de manera que tenga una condición y una consecuencia, no es viable atribuir a los principios la propiedad distintiva de carecer de esta estructura (Ávila, 2011, p. 59).

9. La diferencia entre condición abierta y cerrada no es la determinación o precisión semántica, pues hay reglas con condiciones semánticamente indeterminadas, sino la configuración del conjunto de casos que sirven de supuesto, como explican Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 32).

Es más discutible si es también distintivo de los principios la apertura de la conducta o estado de cosas que prescriben como consecuencia. Según la influyente teoría de Alexy (1993), los principios jurídicos son «mandatos de optimización» que obligan a perseguir cierto fin todo lo que sea posible en las circunstancias jurídicas y fácticas dadas. Según esto, los principios no prescriben una conducta o un resultado específicos, como las reglas, sino una conducta genérica favorable a un resultado cuando no haya mejores razones para otra diferente¹⁰. Algunos teóricos rechazan este enfoque tanto por razones morales y políticas como descriptivas (García Amado, 2017, p. 70 y ss.). Objetan que los principios, correctamente interpretados, pueden dar lugar a obligaciones específicas igual que las reglas; y que asumir esto –en vez de dejar su aplicación al albur de una ponderación con otros principios– es una exigencia de los estados de derecho y además lo habitual en la práctica jurisdiccional. Así, cuando el artículo 18.1 CE «garantiza el derecho al honor», establece una prohibición de dañar el honor y no un mandato de promoverlo en lo posible. Con todo, me parece claro que algunos principios funcionan efectivamente como mandatos de optimización. Por ejemplo, la norma contenida en el artículo 40 CE («Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico [...]»), que obliga a hacer lo posible para que haya progreso social y económico.

Ante la circunstancia de que unos principios funcionan como mandatos específicos y otros como mandatos de optimización, teóricos como Atienza y Ruiz Manero (1996) optan por distinguir entre *principios en sentido estricto* (cuyas consecuencias jurídicas son cerradas) y *directrices* (cuyas consecuencias jurídicas son abiertas). El inconveniente de esta solución es que algunos principios combinan ambos mandatos: son bivalentes. Así ocurre con los principios constitucionales que protegen derechos fundamentales. Son mandatos de optimización porque prescriben promover todo lo posible el fin que justifica el derecho (tienen *fuera expansiva*, se dice). Al mismo tiempo, son mandatos específicos que garantizan a los titulares del derecho un nivel mínimo de protección frente a todos, incluido el legislador¹¹. En definitiva, hay principios que son mandatos de optimización y además imponen conductas traducibles en reglas. Por otra parte, el carácter abierto o cerrado de la condición o de la consecuencia de una norma dependen de cómo se interprete el enunciado que la dispone; y a veces un mismo enunciado normativo se puede reconstruir indistintamente como principio o como regla. Pero las interpretaciones no suelen ser equivalentes y hay enunciados cuya norma se entiende

10. Según otra versión, los principios establecen fines, mientras que las normas establecen obligaciones, permisos y prohibiciones (Ávila, 2011, p. 64).

11. Este nivel es el umbral de satisfacción del principio, pues solo se respeta el principio cuando no se invade ese umbral, que es por ello una barrera a la ponderación (Rodríguez-Toubes, 2000). Así, el artículo 18.1 CE dispone el honor como un valor constitucional y su protección como un fin de las políticas públicas, pero también lo garantiza como un derecho con un «contenido esencial» inmune al efecto de otros principios.

más naturalmente como principio, otros como regla y otros como un combinado bivalente de ambas¹².

2.1.2. La publicidad de los principios jurídicos

Una vez visto qué tipo de norma son los PGD, debemos tratar la posibilidad de que sean implícitos y carezcan de publicidad, desafiando la garantía constitucional de publicidad de las normas. En la doctrina es ya común distinguir entre principios jurídicos explícitos, implícitos y extrasistémicos (o extrasistemáticos)¹³. Son principios explícitos o positivos los formulados expresamente en las disposiciones normativas y los enunciados jurisprudenciales que forman el ordenamiento jurídico positivo¹⁴. Son principios implícitos los que se infieren de las normas positivas del ordenamiento jurídico. Y son principios extrasistémicos los que supuestamente fundamentan el ordenamiento

12. Por ejemplo, en hipótesis el artículo 40 CE puede hacer un mandato específico aplicable por subsumición: *Cualquier poder público capaz de promover condiciones favorables para el progreso social y económico, debe hacerlo (en vez de no hacerlo)*. Sin embargo, interpretarlo así es forzado, pues no impone una conducta concreta en un caso indefinido, sino que indica un objetivo de las políticas públicas. En cambio, el principio *in dubio pro reo* es aplicable cuandoquiera que la interpretación de un hecho con relevancia penal es dudosa y puede beneficiar o perjudicar al acusado (una condición de aplicación indefinida), pero su consecuencia jurídica no es el mandato de procurar un fin, sino un deber específico: escoger la opción interpretativa que beneficia al acusado.

Considérese este otro ejemplo: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional» (artículo 19 CE). Este precepto puede ser reconstruido como normas diversas por sus condiciones y consecuencias, asumiendo en todo caso que no permite a los españoles residir y circular libremente por el territorio nacional, pues hay zonas vedadas lícitamente. Una interpretación podría ser: *Si alguien tiene nacionalidad española y pretende residir o circular en una zona del territorio español no vedada lícitamente, todos tienen la obligación de permitirlo*. Esta norma es un principio con supuesto de hecho abierto (expuesta a excepciones indefinidas, como que la pretensión de residir o de circular afecte a un derecho legítimo ajeno) y consecuencia cerrada (la obligación universal de tolerar la pretensión). Una segunda interpretación podría ser: *Quien tenga nacionalidad española tiene permiso para residir y circular en una zona del territorio español no vedada lícitamente*. Esta norma sería una regla dado que su condición está bien perfilada: que haya alguien con nacionalidad española. Pero no sería una buena interpretación del artículo 19 CE, porque este proclama un derecho y no solo una libertad o permiso, y comporta un deber general de respeto. Y cabe otra interpretación: *Los poderes públicos españoles competentes para facilitar que quien tenga nacionalidad española pueda residir o circular libremente en una zona del territorio español no vedada lícitamente, están obligados a procurarlo en lo posible*. La norma sería un mandato de optimización; y a mi juicio también es parte del contenido del artículo 19 CE.

13. La clasificación se remonta a Wróblewski (1989, p. 153 y ss.), la concreta Prieto Sanchís (1992, p. 134) y la adoptan García Figueroa (1998, p. 49 y ss.) y otros.

14. En la legislación española abundan los principios explícitos, y la técnica legislativa tiende a introducirlos en número creciente. Por ejemplo, recientemente la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, introdujo nuevos principios en esta ley, que ya incluía varias decenas, como «el principio de investigación e innovación responsable» (artículo 2.l) o «los principios de gestión correcta, transparente y eficaz» (artículo 15.1.i). También las sentencias y los autos de jueces y tribunales y del Tribunal Constitucional enuncian principios que pueden funcionar como normas jurídicas.

jurídico y contribuyen a su contenido sin estar explícitos ni implícitos en sus enunciados normativos positivos. El conflicto con la garantía de publicidad de las normas se suscita especialmente con los principios implícitos. Un principio explícito no plantea problemas especiales porque tiene la publicidad y la validez que tenga la disposición legislativa o la resolución judicial o del Tribunal Constitucional que lo enuncia. Los principios extrasistémicos carecen de publicidad, pero su naturaleza jurídica es polémica y no son un desafío para quienes se la niegan. La doctrina española incluye en la noción de PGD implícitos tanto las ideas sociales que fundamentan el ordenamiento jurídico positivo como las normas que se fundamentan en él y se infieren de él, pero son estas últimas las que suelen tomarse como fuente del derecho en la práctica y las que chocan con el artículo 9.3 CE.

Los PGD se entienden comúnmente como principios implícitos en las fuentes del derecho explícitas¹⁵. Buena parte de los principios jurídicos invocados por los tribunales y juristas españoles vienen de la tradición romanista (Reinoso, 1987), presumiblemente porque sintetizan una regulación vigente de base romana. Los PGD implícitos se infieren del derecho positivo por varias vías. La vía paradigmática es la inducción a partir de preceptos específicos, sintetizando en una norma la razón que subyace a uno o varios preceptos¹⁶. Un ejemplo es el «principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto o sin causa en daño de otro», llamado así por el Tribunal Supremo, Sala Primera (STS, 1.^a), en su Sentencia de 25.11.1985, según la cual dicha Sala lo acogió «tomándolo del Derecho Natural o de la tradición romana». Como afirmó la STS,

15. Sirva como ejemplo lo que afirmó el presidente del Tribunal Constitucional en su voto particular a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, que declaró nulos algunos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, respecto de una de las cuestiones suscitadas en el recurso de inconstitucionalidad: «La respuesta, en mi opinión, está en el principio de proporcionalidad como emanación de la vigencia del artículo 19 CE». Este «principio de proporcionalidad» capaz de resolver el recurso *emana* del artículo 19 CE por estar implícito en él.

16. Lo resume bien Guastini (1999, p. 41): «Los principios no expresos son el fruto [...] de integración del derecho por obra de los intérpretes. Los operadores jurídicos los obtienen a veces de normas singulares, otras de grupos más o menos amplios de normas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su conjunto». Alonso (2018, p. 230 y ss.) distingue tres procedimientos para obtener por inducción o generalización principios implícitos en un conjunto (típicamente incompleto) de normas: el falsacionismo, la inducción probabilística y la abducción. Con ellos se acepta, respectivamente, la generalización confirmada mientras no sea refutada, la que es más probable que se confirme o la que explica mejor los casos originales. Alonso defiende la abducción como método más adecuado para generalizar normas, porque gestiona mejor que el resto los casos anómalos o excepcionales debidos a sobreinclusión o infrainclusión de las reglas. En todo caso, también se puede generalizar un principio a partir de una única norma, como se hace al identificar la razón de ser de un precepto para aplicarlo a supuestos análogos a los que regula. Por eso se ha dicho que «el procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía»; y que si bien formular principios implícitos (*analogía iuris*) supone más generalización y tiene más proyección que establecer una analogía específica (*analogía legis*), la mecánica es muy similar (Prieto Sanchís, 1992, p. 142). Así, de la regla que obliga a responder por los daños causados por humos excesivos nocivos (artículo 1908 CC) se extrae un principio general de responsabilidad por daños causados por emisiones nocivas.

1.ª, 195/2003, de 28.02.2003, «éste es un principio general del Derecho, no recogido expresamente por ninguna norma positiva, aunque sí por la jurisprudencia»¹⁷. Otra vía para obtener PGD implícitos es deducirlos de otros principios aún más generales, explícitos o no. La deducción puede ser lógica o, con más frecuencia, una especificación informal en la que hay cierta construcción del intérprete. Así ha ocurrido al especificar el principio de tutela judicial efectiva explícito en el artículo 24 CE, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 223/2015, de 2 de noviembre, según la cual, «aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE», la prohibición de la *reformatio in peius* «representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos». Y pienso que otra vía para obtener PGD implícitos es la presuposición pragmática (Stalnaker, 1999), pues los principios explícitos prescriben implícitamente los principios que hay que aceptar para afirmar aquéllos. Por ejemplo, a mi juicio la garantía de publicidad de las normas del artículo 9.3 CE presupone un principio de primacía normativa de la Constitución, pues sin él esta no podría dar esa garantía.

2.2. El principio de publicidad de las normas

El problema de hacer compatibles la garantía de «publicidad de las normas» y la aceptación generalizada de que hay principios implícitos que son (fuente del) derecho depende en parte de cómo entendamos las palabras «publicidad» y «normas» en el artículo 9.3 CE.

Hay dos maneras básicas de entender que las normas han de ser públicas para sus destinatarios: como difusión efectiva y como publicación en algún soporte material

17. Que este principio es una norma jurídica lo pone de manifiesto la STS, 1.ª, 584/2003 de 17.06.2003, que lo aplicó para atribuir una indemnización al miembro superviviente de una pareja de hecho con cargo a la herencia del miembro difunto, ante la «falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio"». Los herederos negaban tener un deber legal de indemnizar –precisamente por no haber norma positiva que lo impusiese– y la Audiencia Provincial les había dado la razón, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia con base en el principio formulado anteriormente por el propio tribunal.

Otro ejemplo del vigor normativo del principio de [reparación del] enriquecimiento injusto lo brindan tres SSTS, 3.ª, de 15.04.2002, que lo aplicaron para confirmar que la devolución del anticipo de una ayuda para exportar aceites por incumplir su finalidad debía incluir los intereses, pese a que ninguna disposición vigente los exigía. Dicen estas SSTS (FJ 4.º): «Los principios generales del derecho forman parte del ordenamiento jurídico español, en general (art. 1.1 y 1.4 CC) y muy especialmente del ordenamiento jurídico administrativo»; si bien «la admisión, entre nosotros, de la figura enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil»; de modo que «el que "ratio decidendi" de la sentencia sea la aplicación del enriquecimiento injusto no puede ser contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103 CE) [...], puesto que dicha figura, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo». Estas tres sentencias las cita Tardío Pato (2011, pp. 19-23) como modélicas.

accesible y fiable, en particular un boletín oficial. Podemos llamar publicidad *material* a la primera y *formal* a la segunda. Es dudoso qué acepción usa el artículo 9.3 CE, pero la segunda es más plausible porque es inviable que la Constitución pueda garantizar la publicidad material de las normas jurídicas necesarias en el Estado español, y en cambio es fácil que pueda garantizar su publicidad formal: basta con negar validez jurídica a las normas no publicadas. Por eso los tratamientos doctrinales de la publicidad de las normas suelen estar enfocados hacia la publicidad formal, si bien a veces la consideran una condición necesaria pero no suficiente¹⁸. Con todo, también cabe interpretar que el artículo 9.3 CE exige a las normas jurídicas un mínimo de publicidad del tipo que corresponda a sus características propias. Así, mientras que las normas enunciadas por escrito pueden y deben tener publicidad formal en un documento oficial, a las normas consuetudinarias les basta la publicidad material. En ese caso, las normas implícitas basadas en PGD podrían cumplir la condición de publicidad si son suficientemente notorias, un argumento que examinaré luego (§3.3).

La STC 179/1989, de 2 de noviembre, afirmó que los destinatarios de las normas han de tener «una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento». Pero, ¿qué instrumento de difusión general da a conocer los PGD implícitos? Aparte de las dificultades materiales para conocer las normas contenidas en PGD por causa de la indeterminación de su contenido, cuando son normas implícitas se añade como dificultad la ausencia de publicidad formal. Algunos PGD se publican con las sentencias que los formulan, pero a menudo estas los aplican considerándolos fuentes del derecho ya antes de ser públicos. ¿Cómo puede haber principios no publicados que se aportan y aplican como fuentes del derecho, si el artículo 9.3 CE garantiza la publicidad de las normas?¹⁹

18. Por ejemplo, escribe Jerez Delgado (2005, pp. 766-767): «La publicación de las normas en el “Boletín Oficial del Estado” [o demás periódicos oficiales] es un presupuesto de eficacia jurídica, sin el cual no entrarán en vigor (art. 2 CC)». Pero más adelante añade: «El imperativo constitucional de publicidad de las normas no debe entenderse como *sinónimo de publicación* en periódicos oficiales, sino como veto al *carácter oculto* de las normas» (p. 776). Esta advertencia puede significar que el artículo 9.3 CE también exige la difusión efectiva (publicidad material) o simplemente que las publicaciones oficiales deben ser accesibles.

19. Cabría objetar que la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE no impone una condición de validez de las normas, sino un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos para que procuren la publicidad en la mayor medida posible. Según esto, el artículo 9.3 CE utiliza el verbo *garantizar* con el significado de promover como hace el artículo 46 CE, según el cual los poderes públicos «garantizarán la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España», que nadie interpretaría como la obligación de introducir algún tipo de condición. Pero esta analogía es implausible, porque a diferencia de lo que sucede en el artículo 46 CE, en el artículo 9.3 CE la posibilidad de dar al verbo su significado habitual (asegurar) es sencilla, y no se justifica darle un significado extraño (promover). De hecho, la necesidad de interpretar el artículo 46 CE dando un significado inusual al verbo *garantizar* indica que la palabra no está bien elegida en este artículo. Aunque la discrepancia sobre la interpretación del artículo 9.3 CE no se resuelve diciendo cuál es más

Por otro lado, ¿a qué llama *normas* el artículo 9.3 CE? Por lo pronto, podemos suponer que se refiere a normas *jurídicas*, porque solo sobre ellas tiene competencia y alcance la Constitución. En cambio no podemos dar por hecho que se refiera a las normas como entidades lingüísticas abstractas, aunque la concepción dominante distingue el derecho de sus fuentes y concibe las normas jurídicas como sentidos de disposiciones y de prácticas (y acaso de los actos de voluntad que las crean). Porque esa concepción no tiene reflejo en la práctica terminológica y, por ejemplo, se llama «ley» indistintamente a la disposición y a la norma que resulta de ella²⁰. Es inverosímil que el artículo 9.3 CE aluda a las normas diferenciándolas de las disposiciones, porque en la cultura jurídica española de 1978, como ahora, son términos intercambiables²¹. De cualquier modo no importa mucho si el artículo 9.3 CE usa «norma» como sinónimo de disposición o como entidad abstracta, porque a todos los efectos el resultado es el mismo. Si el artículo 9.3 CE exige la publicidad de las normas entendidas como significados normativos, exige igualmente que esas entidades abstractas se plasmen y hagan públicas en documentos, de manera que equivale a la exigencia de que se publiquen las disposiciones. A fin de cuentas, entonces, es indiferente si la palabra «normas» en el artículo 9.3 CE refiere entidades concretas o abstractas, porque su garantía de publicidad tiene las mismas consecuencias.

El artículo 9.3 CE también es ambivalente en cuanto a si se refiere a las normas como preceptos individuales o como los cuerpos o conjuntos que los integran, pero la exigencia de publicidad tiene un contenido parecido con ambas acepciones. Probablemente al redactar el artículo 9.3 CE se pensó en «normas» tales como leyes y reglamentos más que en sus reglas y principios específicos, pero cualquier requisito de publicidad de los conjuntos afecta a los elementos incluidos en ellos. Viceversa, exigir publicidad a las normas específicas (como las «normas relativas a los derechos fundamentales» a que se refiere el artículo 10.2 CE o las «normas para resolver los conflictos de leyes» que menciona el artículo 149.1 CE) también afecta a los cuerpos legales que las contienen. Por

plausible, defendiendo que la Constitución garantiza que las normas de su competencia serán públicas porque está en condiciones de asegurarlo, lo cual solo es posible si impide que las normas sin publicidad adquieran validez jurídica.

20. Incluso autores que distinguen entre ley-fuente y ley-norma entienden por «norma» textos y no entidades abstractas. Así Santaolalla (1998, pp. 446-450) explica con la distinción por qué una ley aprobada y publicada puede dar lugar a normas válidas sin haber sido sancionada o promulgada; pero añade que la discrepancia entre la ley como fuente y como norma disminuye al utilizar medios informáticos que minimizan los errores al publicar el texto legal aprobado, con lo cual indica que no piensa en la ley-norma como significado abstracto, sino como texto vigente. También en el contexto de la distinción kelseniana fuente/norma, Centenera (2016, p. 85) afirma que «no es posible hablar de norma propiamente jurídica si falta la publicación oficial», como si el texto creado por el acto normativo fuese ya la norma, en vez de ser también fuente de la norma, la cual es según Kelsen un sentido y no un texto.
21. La palabra «norma» aparece en la Constitución indistintamente como documento (así el artículo 147.1 dice que «los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma») y como idea abstracta (así el artículo 117.3 habla de «las normas de competencia y procedimiento» que establezcan las leyes).

eso es razonable pensar que el artículo 9.3 CE usa la palabra «normas» con su polisemia tradicional y sin restringir su significado. De ser así las cosas, la garantía constitucional de publicidad afecta plenamente a los principios²².

3. LAS RESPUESTAS

Una vez caracterizado el problema de aceptar a la vez la exigencia constitucional de publicidad de las normas y la validez jurídica de normas implícitas cuya fuente son PGD, procede ahora evaluar las posibles soluciones del problema. En concreto, consideraré cinco argumentos de respuesta, que llamaré el argumento del error, según el cual no hay normas jurídicas implícitas (§ 3.1); el argumento de la publicidad jurisprudencial, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos (§3.2); el argumento de la publicidad material, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios (§3.3); el argumento de la excepción, según el cual el artículo 9.3 CE no afecta a las normas implícitas (§3.4); y el argumento de la regla de reconocimiento, según el cual los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen los operadores jurídicos, tengan o no publicidad (§3.5). Sostendré que el último argumento describe y explica mejor la realidad jurídica española en lo concerniente a los PGD implícitos, donde es común entre los juristas aceptar las dos creencias en conflicto, mientras que los cuatro primeros argumentos eluden esta realidad sin afrontarla.

3.1. Argumento del error: no hay normas jurídicas implícitas

La respuesta más radical a la pregunta de por qué muchos juristas creen que hay principios implícitos que son normas jurídicas, siendo un requisito constitucional de ellas tener publicidad, es que están en un error, pues los principios implícitos no son normas jurídicas. Entre quienes se han ocupado de los PGD implícitos no faltan los escépticos sobre su carácter normativo. Este escepticismo ante la posibilidad de que haya PGD implícitos fuente de normas jurídicas se debe a reparos filosóficos hacia ellos por su ontología y por la amenaza que suponen al estado de derecho. En cambio no he visto que nadie los niegue por un reparo *jurídico*, alegando que los PGD implícitos no pueden ser fuente de derecho porque lo impide el artículo 9.3 CE, de manera que el artículo 1.1 CC es inconstitucional. Esta variante del argumento del error, según la cual los PGD implícitos no son normas jurídicas porque son inconstitucionales, es insólita

22. Por lo demás, los principios también pueden ser normas simples (como la que somete las obligaciones a la cláusula *rebus sic stantibus*) o compuestas (como el principio de seguridad jurídica, que según la STC 150/1990, de 4 de octubre, «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, [...]»).

y no la tendré más en cuenta, pero quien la defiende tiene una solución clara y simple al problema que discute este trabajo y no experimentará disonancia cognitiva alguna.

Consideraré aquí la tesis de Hernández Marín (1998a, p. 131), que «sostiene que el Derecho se reduce al contenido de los cuerpos legales o jurídicos, que el Derecho se reduce a la ley», entendida como el conjunto de enunciados de los textos legales. Según esto, como los PGD son entidades ideales, no factuales, no son parte del derecho; en realidad no existen. Hernández Marín (1998a, p. 92) observa que los PGD son normas jurídicas y fuentes del derecho en la concepción estándar o mayoritaria, pero «nadie se atreve a ofrecer una lista exhaustiva» de ellos ni hay acuerdo sobre qué exigen. A su juicio, esta indeterminación e inconcreción de los principios postulados por los juristas se debe al error metodológico de suponer que existen igual que existe la ley, dando un salto categorial injustificable (Hernández Marín, 1998a, p. 134)²³. Hernández Marín (2021, p. 27) advierte que en la ontología actual más sólida, dispuesta a admitir algunas entidades ideales lógicas y matemáticas, «no tienen cabida la mayoría de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del Derecho: valores, principios, obligaciones, derechos subjetivos [...], normas jurídicas consuetudinarias, etc.».

La concepción realista del derecho defendida por Hernández Marín, escéptica hacia los PGD, es un serio desafío a las ideas sostenidas por el común de los juristas, pero tiene problemas. Creo que yerra al reducir ser realista describiendo el derecho a describirlo como entidades reales factuales. El derecho no es un fenómeno que pueda ser definido y explicado científicamente sin contar con lo que piensan de él quienes lo experimentan. Por el contrario, es un producto social cuya naturaleza depende estrechamente de cómo lo perciben quienes lo producen. Describir el derecho no es como describir un fenómeno natural como la gravedad. Para explicar la gravedad es pertinente una teoría científica que haga caso omiso de lo que opina la gente sobre la gravedad. En cambio, para explicar el derecho es inapropiado prescindir de lo que la gente considera derecho, porque el derecho no es otra cosa que lo que la gente considera derecho. Y por lo que se percibe, en la sociedad española actual se considera derecho y norma jurídica lo que los jueces y otros operadores jurídicos identifican (por reconocerlo, no por decidirlo) como derecho y norma jurídica. Se confía y defiere la identificación del derecho al criterio de los jueces porque se asume que aplican a ello un conocimiento experto importante, al tratarse de un fenómeno complejo, que justifica prescindir de otros

23. González Lagier (1998, pp. 389-390) ha contestado la objeción realista de Hernández Marín proponiendo que la existencia y el contenido de los principios implícitos «se pueden determinar sin recurrir a postular la existencia de entidades que carezcan por completo de conexión con la realidad», sino adoptando «una concepción “inductiva” o “de abajo a arriba”, para la cual los PGD son abstracciones y generalizaciones a partir de normas que sí se encuentran explicitadas en el texto de la ley»; o también basándolos en una moral social. Pero la existencia empírica del texto legal no se reproduce en los principios inducidos de él, como replicó Hernández Marín (1998b, p. 916): «los principios y las normas consuetudinarias ni son hechos, ni son reducibles a hechos». La conexión de los principios con los hechos por inducirse de ellos no basta para asimilarlos a los hechos, porque no dejan de ser entidades abstractas. Si hay principios implícitos ha de ser porque existen como entidades abstractas.

juicios de valor. Pienso que en este aspecto el derecho es un fenómeno parcialmente análogo al arte. Como el arte, es un producto humano cuya configuración y contenido depende de cómo se conciba. No hay una esencia o noción objetiva de arte que la ciencia pueda describir sin tener en cuenta la percepción no científica, y tampoco la hay de derecho, porque tanto el derecho como el arte son constructos dependientes de las contingencias de su construcción. Pero a diferencia del arte, el derecho se concibe hoy como un fenómeno institucionalizado donde el rol reconocido a las autoridades expertas para deslindarlo de otros es mucho mayor que el reconocido a los expertos en arte. La identificación del derecho está actualmente deferida o confiada a los expertos y en esto sí se parecen el derecho y la gravedad, pero a diferencia de ella, el derecho es lo que los expertos cuyo juicio se respeta, en particular los jueces, consideran que es²⁴.

Pues bien, mi argumento es que si se aceptan estas consideraciones es un error describir el derecho, *en contra de la concepción dominante*, como un conjunto de entidades factuales, aceptando que la mayoría de juristas y de legos lo entiende de otra manera. Si el derecho no es otra cosa que lo que se acepta generalmente como derecho, y actualmente es lo que los jueces aceptan como derecho, entonces algo es derecho si y solo si los jueces lo reconocen como tal, ya sean entidades factuales como los textos legales o ya sean entidades ideales o abstractas como los principios implícitos. Negar que existan como derecho principios que aceptan como derecho la mayoría de los jueces —y quienes delegan en ellos este juicio— es análogo a negar que exista como arte la música no interpretada (la que captan en las partituras quienes saben leerlas), sin importar lo que piensen otros. En definitiva, si la concepción del derecho dominante acepta que los principios implícitos en las leyes son fuentes del derecho, lo son. En tal caso, negar que lo sean puede justificarse *de lege ferenda*, por decirlo así, para exponer la confusión

24. La idea de que los jueces y tribunales conocen el derecho (*iura novit curia*) no solo supone aceptar que basen sus decisiones en normas no invocadas por las partes, sino también, más profundamente, que son quienes saben qué es derecho. Pero el derecho dejaría de entenderse como lo que los jueces creen que es si cundiese la desconfianza en su criterio para identificarlo. Entonces la noción de derecho se disociaría del punto de vista judicial y se disolvería en la comprensión diversa de quienes la manejan. Permítaseme otra comparación: así como consideramos *partícula elemental* lo que los físicos identifican como tal, por deferencia a un conocimiento experto que la mayoría no poseemos, en la actualidad consideramos norma jurídica lo que los jueces reconocen como tal. En consecuencia, estamos dispuestos a adaptar nuestro concepto de «partícula elemental» y de «norma jurídica» a la evolución que tengan estos conceptos en la práctica respectiva de los físicos y de los jueces. La diferencia es que una partícula elemental es lo que es con independencia de lo que se piense sobre ella, igual que ocurre con la gravedad, mientras que las normas jurídicas y el derecho son lo que se piensa sobre ellos. Por tanto, el conocimiento experto tiene consecuencias muy distintas al determinar qué es una partícula elemental o la gravedad que al determinar qué es una norma jurídica o el derecho. En el primer caso, es un conocimiento puramente técnico y descriptivo, o pretende serlo, porque los físicos no modifican su objeto de estudio al concebirlo de una u otra manera. En el segundo caso, en cambio, es un conocimiento parcialmente constitutivo, porque si bien los jueces no tienen autoridad para decidir libremente qué es o no norma jurídica y derecho (pues la deferencia al criterio judicial cuando hay que identificar el derecho está condicionada a que no sea una decisión interesada o arbitraria), sí tienen un amplio margen de maniobra y sus concepciones sobre tales objetos pueden cambiar su naturaleza.

de la concepción dominante e impulsar una concepción más sólida. En cambio, esa negación no se justifica como descripción del derecho vigente, *de lege lata*, porque este no es algo distinto de lo que la concepción dominante cree que es.

Por lo dicho, creo que como punto de vista realista sobre el derecho es más plausible la explicación de Ross, según la cual las normas jurídicas no son solo enunciados y conductas: son también un «esquema de interpretación» para comprenderlos, una «ideología» presente en jueces y otros actores jurídicos que les lleva a percibir el funcionamiento del derecho como un todo coherente y hace predecibles sus conductas (Ross, 2019, pp. 76, 126)²⁵. El derecho es lo que los tribunales creen que es, no lo que el teórico postula²⁶. El derecho –apunta Ross– son hechos, pero además de los textos y actos que se consideran normativos cuentan en él las experiencias subjetivas de reconocimiento de pautas sociales obligatorias. Este enfoque puede aceptar como normas jurídicas los PGD implícitos en la legislación, porque los explica como esquemas de interpretación de las pautas de conducta prescritas en ella. Aunque los principios implícitos no tienen naturaleza fáctica, su existencia se explica como hechos psicológicos que facilitan entender y predecir el derecho en acción. De hecho, al tratar la teoría de las fuentes del derecho Ross incluye entre ellas las ideas y las teorías que forman la cultura jurídica de los jueces y que les sirven de base para decidir casos cuando no les satisface la solución que les da la legislación o la costumbre (Ross, 2019, p. 115-118)²⁷. Ahora bien, aunque la explicación de Ross hace posible seguir hablando de los PGD como normas jurídicas, no resuelve el problema de su falta de publicidad. Porque una ideología normativa ha de tener consistencia interna para poder servir de esquema de interpretación de los hechos jurídicos, y sin embargo la ideología dominante asume

25. «Las normas jurídicas son las ideas normativas abstractas que, empleadas como un esquema de interpretación, hacen posible asimilar el fenómeno jurídico (el derecho que funciona en el mundo real) como una red significativa de transacciones jurídicas y hacer predicciones, dentro de ciertos límites, acerca del curso que tomará el derecho cuando opera en un contexto del mundo real» (Ross, 2019, p. 76). Así, «el proceso mental mediante el cual el juez llega a un estadio donde puede basar su decisión en una regla en vez de otra no tiene lugar de manera caprichosa y arbitraria (diferente en el juez Pedro que en el juez Pablo), sino que está determinada por actitudes y nociones, por una ideología normativa común que está presente y operativa de modo uniforme entre las mentes de los jueces daneses cuando actúan como tales jueces» (Ross, 2019, p. 126). Cfr. trad. esp. (Ross, 1994, pp. 31, 72).

26. Ross (2019, p. 90) es aquí rotundo: «Cualquier intento de llegar a una doctrina de las fuentes del derecho que sea normativa en el sentido de que establezca directivas acerca de cómo deben comportarse los tribunales, en vez de establecer y describir las directivas que de hecho son seguidas por los tribunales, está condenada al fracaso; esto es, en la medida en que sea presentada como derecho científicamente válido y no meramente como un proyecto para un derecho diferente, y mejor, del territorio. Como cualquier otra teoría del derecho válido científicamente, la teoría de las fuentes del derecho es *descriptiva de normas* y no *expresiva de normas*: es una teoría acerca de normas, no una teoría en normas»

27. Ross explica que la tradición jurídica que opera como fuente del derecho, la *naturaleza de la cosa* en la terminología danesa, no debe confundirse con un derecho natural suprapositivo basado en razonamientos *a priori*, pero no es tampoco una fuente positiva y por ello refuta la explicación positivista. Pues bien, esta ideología que los jueces aceptan como *naturaleza de la cosa* del derecho, descrita por Ross como un hecho de la vida jurídica, viene a ser la misma fuente del derecho que el Código Civil español llama «principios generales del derecho».

simultáneamente que hay principios no publicados que son normas jurídicas y que no hay normas jurídicas sin publicidad. Para reconocer los PGD como ideología normativa hay que entender cómo les afecta la garantía constitucional de publicidad.

3.2. Argumento de la publicidad jurisprudencial: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando las resoluciones judiciales los aplican y hacen públicos

Aunque la inconsistencia de aceptar que los PGD implícitos son normas jurídicas y a la vez exigir que estas tengan publicidad se evita negando que existan los PGD, como entre los juristas domina la creencia de que existen y pueden ser normas jurídicas, el problema requiere otra solución. La que seguramente muchos juristas españoles darían es que los PGD implícitos son normas jurídicas en cuanto los hace públicos una resolución judicial, pero no antes²⁸. Más precisamente, llegan a ser normas jurídicas públicas en la jurisprudencia de los tribunales superiores y del Tribunal Constitucional. En términos de la distinción ya discutida (§2.1.1), los PGD son fuentes mientras están implícitos o son postulados (por abogados, por la doctrina...) y son normas jurídicas cuando toman forma aplicable en una resolución judicial.

La tesis de que los PGD son normas jurídicas que tienen su publicidad en las sentencias judiciales puede complementarse o reforzarse argumentando que la formulación judicial de principios está autorizada por el derecho. Hay varias maneras de argumentar

28. Sospecho que la tesis de que los principios implícitos son normas jurídicas solo cuando los aplican jueces y tribunales está más extendida entre los juristas españoles de lo que afirman sus escritos. A mi modo de ver, esa tesis acompaña de manera problemática a planteamientos que caracterizan los PGD como normas implícitas. Así, Rodríguez Boente (2008, p. 96 y 112) sostiene que los PGD «son siempre implícitos» y podrían obtenerse por inducción o deducción de otras normas válidas; pero no obstante añade que «son posteriores a la labor de interpretación que lleva a cabo el juez, existen desde ese momento, y no antes». La autora indica así que los PGD con estatus de normas jurídicas no son todos los que cabría inferir y formular a partir de las normas positivas, sino solo los que ha inferido (y presumiblemente publicado) algún juez o tribunal.

También Tardío Pato (2011, pp. 191 y 199), aunque defiende que los PGD son normas jurídicas frente a quienes les atribuyen una naturaleza prenormativa que solo se actualiza en norma mediante la legislación o la jurisprudencia –cita a Betti, Esser o Larenz–, enseguida afirma que una norma jurídica «está institucionalizada, lo que significa que existen ciertos órganos estatales, los jueces y otros órganos administrativos, encargados de aplicarlas»; y para indicar que los PGD cumplen esa condición, pone como ejemplo «que la norma principal de enriquecimiento sin causa ha sido aplicada» por órganos administrativos y judiciales. El ejemplo es ilustrativo, porque tras la tesis de que el principio existe como norma jurídica cuando es *aplicable* institucionalmente, y no cuando es *aplicado*, trasluce la necesidad de se aplique de hecho. Si la aplicación efectiva es lo que puede revelar los principios implícitos aplicables y determinar que son normas jurídicas, entonces los principios no son normas jurídicas hasta haber sido aplicados. Pero tal vez todo lo que se quiere decir es que los PGD son normas jurídicas porque son aplicables como tales a *juicio de los órganos de aplicación del derecho*. Esta interpretación es la que yo defiendo (§3.5): los PGD no son normas jurídicas porque haya instituciones encargadas de aplicarlos que en efecto los aplican, sino porque hay instituciones que se consideran obligadas a aplicarlos y por eso los aplican.

que el derecho autoriza a los jueces y tribunales a formular principios basados en las normas positivas para decidir casos que estas no resuelven o resuelven insatisfactoriamente. Un argumento es que si el derecho impide a los jueces excusarse de decidir un caso de su competencia porque no está regulado (prohibición del *non liquet*), implícitamente les autoriza a aportar su solución²⁹. Otro argumento es que si el derecho permite a los jueces y tribunales en algunos contextos aplicar las normas positivas analógicamente a casos que ellas no regulan, implícitamente les autoriza a formular y aplicar los principios que justifican esa analogía³⁰. Por estas y otras razones, los principios que los tribunales superiores y el Tribunal Constitucional consideran normas implícitas en el ordenamiento jurídico positivo, y publican en sus resoluciones, tienen la autoridad de normas válidas en el derecho español³¹.

La solución expuesta en este apartado al desafío de la dudosa publicidad de los principios jurídicos implícitos es adecuada y suficiente para justificar la validez jurídica de los principios de construcción jurisprudencial, pero no es satisfactoria respecto de los principios *implícitos* primigenios, que siguen suscitando el desafío original. Ciertamente, cuando en la práctica jurídica se invocan y aplican normas alegando que son principios jurídicos implícitos, suele hacerse citando sentencias que los aplicaron antes. Esto hace que tiendan a percibirse como productos jurisprudenciales, en vez

29. Los jueces y tribunales tienen «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conocen, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (artículo 1.7 CC), bajo amenaza de castigo penal (artículo 448 del Código Penal). El artículo 1.1 CC facilita cumplir ese deber incluyendo los PGD en el sistema de fuentes: hay una autorización para formular PGD cuando haya deber de decidir casos que no regulan ni la ley ni la costumbre.

30. Así ocurre en el derecho civil por efecto del artículo 4.1 CC: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Este artículo supone una autorización –o incluso obligación– a los jueces y tribunales para que indaguen y formulen los principios que sintetizan la razón de ser de las normas positivas, con el fin de decidir casos que ellas no regulan con la misma justificación que los que sí regulan. Se ha dicho con razón que «el procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía»; y que si bien formular principios implícitos (*analogía iuris*) supone más generalización y tiene más proyección que establecer una analogía específica (*analogía legis*), la mecánica es muy similar (Prieto Sanchís, 1992, p. 142). En consecuencia, si el derecho autoriza a establecer analogías, también autoriza a formular y aplicar los principios que las sustentan.

31. Según Alonso Vidal (2012, p. 165), los principios implícitos son «normas no identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes», lo cual supongo que significa que no se identifican por proceder de una autoridad aceptada como fuente, pues el sistema de fuentes sí autoriza su identificación. Si los operadores jurídicos invocan y aplican principios implícitos es porque se consideran autorizados para ello, y el sistema de fuentes no es otra cosa que la costumbre seguida para identificar el derecho. Alonso Vidal enumera unas exigencias del derecho para aplicar principios implícitos, pero son ficciones si los operadores jurídicos no las asumen. Así, dice que una condición es que «no exista norma identificable autoritativamente aplicable al caso» (entendiendo que identificable por la autoridad de donde procede) o que ella deba «ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión». Esta condición es nimia y a la vez realista: exige que el principio implícito no contradiga una disposición legal salvo que el operador considere que esta debe ceder ante el principio.

de como contenidos del derecho que los tribunales captan, pero no crean³². Y como percibir las normas basadas en principios como creaciones jurisprudenciales publicadas en sentencias y autos es consistente con la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE, es un recurso socorrido para evitar la disonancia cognitiva que provoca exigir la publicidad a normas implícitas. Sin embargo, aunque cuando se invocan PGD como normas jurídicas lo que típicamente se invoca son normas construidas por tribunales, también es común considerar normas jurídicas válidas los propios principios implícitos en el derecho positivo. El Tribunal Supremo no siempre ampara en precedentes las normas que aplica como PGD, ya sea porque no los hay, cuando formula la norma por primera vez para decidir el caso, o porque asume que esas normas no nacen en la jurisprudencia que las aplicó, sino en el derecho implícito³³. Por otra parte, la idea de que los PGD son fuente de normas jurídicas ya antes de que los tribunales las publiquen subyace a muchas exposiciones doctrinales. Además suele asumirse que también es función de la doctrina jurídica detectar los principios implícitos en el derecho positivo y formularlos en normas susceptibles de ser aplicadas, para interpretar e integrar el ordenamiento. Pero entonces, si se acepta que puede haber normas jurídicas fundadas en principios implícitos ya antes de que intervenga un juez o tribunal que las construya y publique, sigue sin respuesta el dilema de cómo esas normas carentes de publicidad pueden ser válidas para el derecho si el artículo 9.3 CE garantiza la publicidad de las normas.

3.3. Argumento de la publicidad material: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando son públicos y notorios

Como dije (§2.2), la publicidad de las normas para conocimiento de sus destinatarios puede ser *formal* –la publicación en un soporte oficial accesible a ellos– o *material* –la difusión efectiva de su contenido entre ellos–; y la garantía del artículo 9.3 CE puede interpretarse en ambas acepciones (aunque es más plausible la primera). Esta distinción facilita responder la pregunta que motiva este trabajo diciendo que los PGD implícitos son normas jurídicas conformes con la Constitución cuando tienen publicidad material suficiente, pero no en otro caso. Esto es, cabría sostener que hay principios implícitos

32. Esta percepción está alentada por el propio Tribunal Supremo, que ha exigido a quienes alegan PGD «la necesidad de probar su vigencia general y aplicación al caso, demostrando que es acogido por el ordenamiento jurídico, citado el precepto que lo sanciona o la jurisprudencia que lo recoge (sentencias de 27 de octubre de 1967, 28 de mayo de 1968, 7 de febrero de 1972)» (STS, 1.ª, 295/2000 de 23.03.2000, FJ 3). Incluso podría aducirse que la reducción del derecho de los principios implícitos a normas jurisprudenciales es consistente con la tesis y la terminología que distingue entre el derecho y sus fuentes. Porque cabe interpretar que los PGD implícitos son fuentes del derecho (*ex* artículo 1.1 CC) que pasan a ser derecho, en su caso, solo cuando son tratados, aplicados y publicados como normas jurídicas en las resoluciones judiciales.

33. Por ejemplo, vimos que según la STS, 1.ª, de 25.11.1985, la Sala Primera del Tribunal Supremo acogió el principio que veda el enriquecimiento sin causa «tomándolo del Derecho Natural o de la tradición romana».

en el derecho positivo que son tan evidentes para cualquiera que conozca mínimamente ese derecho que no es verosímil que quienes se guían habitualmente por él desconozcan esos principios. Siendo así, esas normas implícitas evidentes son públicas para sus destinatarios igual que lo son las normas positivas de las que se infieren; y si estas tienen publicidad suficiente a los efectos del artículo 9.3 CE, también aquéllas³⁴. Además, podría añadirse que las normas implícitas cuya fuente son PGD a menudo se siguen y se aceptan públicamente como costumbres jurídicas, de manera que si la costumbre puede ser fuente de normas jurídicas válidas pese a carecer de publicidad formal en un soporte oficial, también han de serlo los PGD que es costumbre aceptar.

Esta estrategia de respuesta tiene al menos tres problemas graves. El primero es que es implausible que el artículo 9.3 CE garantice la publicidad material de las normas, porque sería una garantía falsa, imposible de cumplir salvo con un número muy reducido de normas, como ya apunté. Alguien podría objetar que algunas sentencias sugieren que el artículo 9.3 CE pide publicidad material y no formal. Pienso sobre todo en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, y en la STS, 3.ª, de 09.07.2001, que sigue la doctrina de aquella. Ambas sentencias confirmaron sanciones impuestas por sendos colegios profesionales por incumplimiento de normas deontológicas, rechazando las alegaciones de insuficiente certeza y publicidad de las reglas sancionadoras, por considerar que eran previsibles para los colegiados recurrentes³⁵. Su juicio es que «lo que de verdad importa es, en primer lugar que el destinatario de la norma pueda conocer su existencia; en segundo lugar, que pueda tener certeza de que su contenido no ha sido alterado; y, por último, que pueda entenderla». En vista de esto, podría pensarse que lo que importa a los efectos del artículo 9.3 CE es el conocimiento y la difusión material de las normas por los vinculados por ellas y no su publicidad formal. Siendo así, cabría sostener que los principios jurídicos implícitos notorios tienen la publicidad

34. Se ha dicho incluso que si los PGD se entienden implícitos en la ley, «resultará difícil justificar el valor de fuente autónoma del Derecho» reconocida por el artículo 1 CC (Gordillo, 1990, p. 495). Esto supone que formular un PGD implícito en la ley es reproducirla y que la fuente del derecho es la misma tanto si se aplica la ley como un PGD basado en ella, una idea solo plausible si la relación entre ley y PGD fuese de entranamiento lógico.

35. Según la STC 219/1989 (FJ 5.º), «Frente a esta manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve [...] que las Normas Deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados». Y la STS, 3.ª, de 09.07.2001 añade (f. d. 3.º): «nadie se atrevería a negar la necesidad de que las normas que integran el ordenamiento jurídico puedan ser conocidas, exacta y fácilmente, por sus destinatarios o, si se prefiere y por hablar con mayor precisión, por aquéllos a quienes vinculan. Pero esto no significa que haya que admitir también la necesidad de que, siempre y en todo caso, y sin posible solución alternativa, tengan que ser publicadas en un diario oficial. Entre otras razones, porque lo que la Constitución garantiza es únicamente la publicidad de las normas (artículo 9.3) y no el instrumento por medio del cual esa publicidad se haga efectiva».

exigida constitucionalmente sin necesidad de publicación formal alguna. Sin embargo esta sería una lectura apresurada, porque esas sentencias abordan específicamente la publicidad de una norma disciplinaria en la relación especial de un colegiado con su colegio profesional. El criterio de la «manifiesta previsibilidad» juega solo en este ámbito especial y no es extrapolable a otros. Ni es aplicable a todas las normas sancionadoras, ni tiene por qué serlo a los principios jurídicos implícitos³⁶.

También podría objetarse que si el artículo 9.3 CE exigiese la publicidad formal de las normas para su validez jurídica, no podría haber normas consuetudinarias válidas; y como las hay, ha de ser porque el artículo 9.3 CE no exige publicidad formal sino la publicidad material que la costumbre posee por definición (pues no hay costumbre sin un comportamiento regular público y notorio). Pero en esta reducción al absurdo hay petición de principio, porque asume como premisa que una norma consuetudinaria no es válida jurídicamente sin ser conforme con el artículo 9.3 CE y de esa premisa (junto con el hecho de que hay normas consuetudinarias válidas), concluye una interpretación del artículo que hace posible esa conformidad. El reparo es que el argumento pretendía mostrar que una norma sin publicidad formal puede ser conforme con el artículo 9.3 CE, y asumir que lo es incurre en petición de principio. En realidad, a la postre, el conflicto con el artículo 9.3 CE, interpretando que exige la publicidad formal de las normas, afecta a la costumbre tanto como a los PGD, y su solución podría ser la misma (§ 3.5). Por otra parte, si los PGD tuviesen la publicidad material de las costumbres, serían costumbres. Si se consideran una fuente del derecho distinta de la costumbre ha de ser porque no son como ella normas públicas seguidas por ser de general conocimiento y aceptación.

El segundo problema de la respuesta ensayada es que solo es aplicable a los principios evidentes o entrañados por el derecho publicado, y pocos lo son verdaderamente. Las normas que suelen citarse como principios implícitos, típicamente porque la jurisprudencia los aplica, pueden parecer evidentes retrospectivamente, pero no lo eran antes de ser postuladas. Es más habitual que el principio postulado aparezca como una novedad que la jurisprudencia posterior confirma. Además, a veces es posible inferir principios contradictorios de un mismo conjunto de normas jurídicas, lo cual indica que ninguno de esos principios alternativos es evidente por sí mismo³⁷. Con estas

36. En cambio, las dos sentencias citadas dejan claro, sobre todo la extensa reflexión del Tribunal Supremo, que la publicidad (formal) de las normas no requiere su publicación en un boletín oficial, sino que basta con que sean accesibles a sus destinatarios en un soporte del que se puedan fiar. Esto afecta a normas publicadas en tabloneros de anuncios o en Internet (algo habitual en la normativa universitaria), y también a los PGD publicados en las sentencias que los aplican, que pueden contar con publicidad formal suficiente en ellas. Lo problemático es creer que hay PGD que ya son normas jurídicas siendo implícitos y carecer de publicidad ni siquiera en sentencias.

37. Por ejemplo, de los artículos del Código Civil es posible inducir tanto el principio que obliga a cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) como el principio que condiciona esa obligación a que las circunstancias del pacto se mantengan (*rebus sic stantibus*). Dado que estos dos principios son opuestos, sería extraño alegar que ambos tienen publicidad material por ser obvios en el Código Civil y que ninguno es más evidente que el otro.

objeciones no niego que haya normas implícitas evidentes, porque sin duda las hay³⁸. Pero en lo que atañe a los principios, las evidencias son tenues y escasean. Por ejemplo, de la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia (artículo 1902 CC) son deducibles principios y reglas más específicos, pero no es evidente cuáles. Y todavía menos evidente es la obtención de principios por inducción de otras normas, entre otras razones porque el resultado de la generalización depende del conjunto de normas que se seleccione para hacerla. La postulación de PGD implícitos no es casi nunca una deducción lógica, sino que está a medio camino entre la interpretación y la construcción jurídica.

Un tercer problema para sostener que los PGD implícitos pueden tener publicidad material es que su contenido abierto y fundamentalmente indeterminado hace inverosímil que quienes deberían seguirlos los conozcan uniformemente. Por ejemplo, ¿qué contenido público tiene el principio que veda el enriquecimiento sin causa? Es público a lo sumo que la legislación civil no protege el enriquecimiento sin causa, pero es dudoso qué es enriquecimiento y qué causa es inaceptable. La publicidad material de los principios implícitos es raquítica, vacía de contenido.

Por otra parte, el desafío teórico que aborda este trabajo no es identificar los PGD implícitos evidentes que podrían ser compatibles con el artículo 9.3 CE, sino la vigencia entre los juristas españoles de dos creencias incompatibles: que no hay normas jurídicas sin publicidad y que entre las normas jurídicas hay principios implícitos carentes de publicidad. El problema afecta a principios implícitos que se tienen por derecho sin ser evidentes, o cuya evidencia es cuestionable porque chocan con otros principios no

38. Por ejemplo, de los contenidos semánticos claros de unas normas se infieren por deducción lógica otras normas evidentes. Así, si el acreedor no puede disponer de lo que recibe en prenda o hipoteca (artículo 1859 CC), es evidente, por deducirse del significado de «disponer», que no puede vender lo que recibe en prenda o hipoteca.

En la revisión anónima de este trabajo, un informe me sugirió reflexionar sobre el hecho de que no todo lo público es explícito y da algunos ejemplos. Para evitar malentendidos, insisto en que no es imprescindible que las normas sean explícitas para que satisfagan la exigencia constitucional de publicidad, porque a menudo las normas publicadas entrañan o presuponen claramente otras, las cuales entonces comparten suficientemente esa publicidad. Pero no todas las normas implícitas en las normas publicadas se siguen de ellas con claridad, y cuando hay dudas e incertidumbre ya no es plausible la tesis de la publicidad compartida (como en los ejemplos de las notas 37, 39 o 42). El informe incluye como ejemplo que al autorizar al Estado a gravar la venta de bienes, el legislador también establece que la base para calcular el impuesto es el valor de los bienes. A mi juicio una implicación así no es una norma pública, sino una interpretación muy discutible (¿por qué no podría el regulador disponer como base imponible la naturaleza del bien, en vez de su valor?), la cual no será norma pública si no se hace explícita. Con frecuencia las emisiones lingüísticas, tanto normativas como enunciativas y otras, comunican significados que no *dicen* explícitamente sino que ha de inferirlos la audiencia aplicando principios generales de interpretación al contexto dado. Y los significados implícitos pueden ser necesarios también para comprender correctamente los explícitos. Pero es ilusorio pensar que todo lo comunicado implícitamente tiene *publicidad* para la audiencia.

menos obvios³⁹. A este problema no da solución el argumento de la publicidad material, que solo afecta a los (hipotéticos) PGD obvios.

3.4. Argumento de la excepción: el artículo 9.3 CE no afecta a las normas implícitas

Se ha escrito que «es evidente que con el principio [del artículo 9.1 CE], el legislador, ha querido referirse solamente a las normas escritas, puesto que normas lo son también la costumbre y los generales del Derecho; lo cual no excluye que éstos tengan también alguna forma de publicidad, como la conciencia social en el caso de la costumbre, o lo que se deduce de las demás normas (que son públicas) en el caso de los principios generales del Derecho» (Villar Palasí y Suñé Liñás, 1996, p. 561). Según esta interpretación, las normas implícitas aportadas por los PGD no están afectadas por la garantía de publicidad porque el artículo 9.3 CE las exceptúa de ella.

Pero ¿es una excepción evidente? Si el artículo 9.3 CE se refiere sin más a «las normas», ¿por qué habría que entender excluidas las que tienen como fuente la costumbre o los PGD, por más que al intérprete le parezca necesario para evitar la disonancia cognitiva? El argumento de la excepción desvirtúa los preceptos constitucionales, porque quedan expuestos a que quien haya de aplicarlos considere evidente que no son aplicables al caso aunque encaje en su texto. Por ejemplo, el argumento daría pie a sostener también que la garantía de publicidad de las normas no afecta a los preceptos legales que contienen datos comprometidos para la seguridad de las personas o del Estado y cuya difusión amenaza algún bien importante, como la salud o el orden público. Esto es, podría considerarse evidente que la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE no afecta a las normas que deben ser secretas por seguridad pública. Esta es una argumentación peligrosa, que amenaza la eficacia de las garantías constitucionales⁴⁰.

39. Por poner otro ejemplo (ver nota 37), pensemos en el principio de autonomía de la voluntad, una inducción ya clásica de los preceptos de la legislación civil sobre obligaciones y contratos. Dada la naturalidad con que se invoca este principio, podría tomarse como un ejemplo de norma evidente para quien conozca la legislación civil, y por tanto con la misma publicidad material que ella. Sin embargo, de la legislación civil también se infieren principios opuestos a la autonomía de la voluntad, como la prohibición de las cláusulas inmorales (artículo 1255 CC), que puede tener una interpretación muy expansiva si se da eficacia horizontal a los derechos fundamentales. Mi objeción no es que la autonomía de la voluntad y la prohibición de las obligaciones inmorales no pueden ser a la vez principios del derecho español, porque lo son, sino que no puede sostenerse que cada uno de los principios opuestos es público y notorio. Valga este nuevo ejemplo para confirmar que la pregunta de por qué se aceptan como normas jurídicas PGD no publicados queda sin contestar diciendo simplemente que son principios públicos.

40. Recuérdese lo sucedido con el Reglamento (CE) n.º 622/2003 de la Comisión, de 4 de abril de 2003, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea. El Reglamento disponía medidas de seguridad aérea y decía en su artículo 3 *in fine*: «Dichas especificaciones serán secretas y no se publicarán. Se pondrán a disposición de las personas debidamente autorizadas por los Estados miembros o la Comisión». El Reglamento fue cuestionado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual falló en su Sentencia de 10.03.2009, asunto C-345/06, que

Ahora bien, mi reparo al argumento de la excepción no se basa en un dogma que obligue a entender los preceptos constitucionales o legales en sus términos literales, sin modulación alguna. Si fuera así, tendría que afirmar que el artículo 9.3 CE también garantiza la publicidad de las normas morales o sociales, que también son normas; lo cual sería absurdo, puesto que la Constitución española no tiene jurisdicción sobre la moral ni sobre los usos sociales. Por el contrario, sostengo que todo precepto debe ser interpretado a la luz de su contexto relevante, como cualquier manifestación lingüística. Y sostengo, como ejemplo ahora pertinente, que en el contexto relevante de la interpretación jurídica operan principios contrarios a que las normas sean absurdas y favorables a que sean racionales, razonables y coherentes entre sí. Pero una cosa es pensar que el artículo 9.3 CE y cualquier otro ha de interpretarse dándole razonabilidad y sentido en el ordenamiento jurídico, y otra muy distinta es pensar que cuando una regulación altera llamativamente el *statu quo* hay que interpretar que no es aplicable. La Constitución y las leyes se promulgan típicamente para alterar el *statu quo*, y la convicción de que una situación debe continuar no basta para que la nueva regulación no le afecte. Las normas constitucionales que prohíben discriminar por razón de sexo no exceptúan las reglas que estaban asentadas en la legislación, y la norma que ampara la libertad de expresión no exceptúa las declaraciones que era habitual prohibir; y no puede darse por hecho que la norma que exige publicidad a las normas exceptúa las que tradicionalmente no eran públicas.

El argumento de la excepción tiene fundamento, no obstante, si se adopta una teoría intencionalista de la interpretación de las disposiciones legales, según la cual estas significan lo que significaban para la autoridad que las promulgó. Esta teoría tiene mucho a su favor, y sin duda anima a bastantes juristas, pero también enfrenta importantes dificultades y, en general, me parece menos convincente que otras, como la teoría que defiende interpretar los textos legales por su significado público. En todo caso, para que la teoría intencionalista pueda justificar que el artículo 9.3 CE no incluye entre las normas las basadas en PGD (o en la costumbre), debería demostrar que quienes promulgaron la Constitución española no querían incluirlas. No creo que baste con aducir que como siempre fueron (y siguen siendo) normas jurídicas, es evidente que no querían incluirlas. Por otra parte, si de la evidencia de que hay normas jurídicas implícitas podemos inferir que no era intención de quienes promulgaron el artículo 9.3 CE incluirlas en la garantía de publicidad, el mismo razonamiento justificará numerosas salvedades al texto de la Constitución. Así, sin salir del artículo 9.3 CE, la evidencia de que hay reglamentos y usos administrativos que se aplican contradiciendo el sentido de las leyes sería indicativa de que son excepciones del principio de legalidad.

Con todo, el argumento de la excepción no es descartable de plano y, reenfocándolo, también lo puede acoger quien prefiera interpretar los textos legales por lo que

como las medidas no publicadas incluían obligaciones a particulares, tales como la prohibición de introducir en las aeronaves una lista de artículos, debían ser publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, y al no haber sido publicadas carecían de fuerza vinculante.

dicen. En esta versión reenfocada, el argumento sostendría que la redacción del texto es un error o descuido legislativo, que el intérprete debe corregir con naturalidad como lo haría con cualquier error de un hablante. El argumento de la excepción por corrección es a mi juicio defendible respecto de las disposiciones manifiestamente erradas, cuya interpretación literal produce un claro absurdo (Rodríguez-Toubes, 2021)⁴¹. Sin embargo es dudoso que el artículo 9.3 CE admita este argumento, porque no hay un error de redacción manifiesto. No es necesariamente absurdo exigir publicidad a todas las normas jurídicas y negar validez a las normas implícitas. Sobre todo, no es absurdo respecto de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos⁴².

Si el mandato de publicidad del artículo 9.3 CE no es aplicable a las normas implícitas procedentes de RGd no es porque el legislador constituyente las haya exceptuado, sino porque el común de los operadores jurídicos no cree que haya que aplicárselo. El artículo 9.3 CE y el resto del ordenamiento jurídico se aplica cuando y como a los jueces y a los demás operadores jurídicos les parece que ha de aplicarse, pero no debe confundirse este hecho de la vida jurídica con la (inverosímil) existencia de una norma que excluye de los mandatos de la Constitución aquello que la dicción del texto incluye pero al intérprete le parece evidente que debe excluirse. Un precepto constitucional que nadie toma en serio no deja de ser un precepto constitucional. Quien al aplicar la Constitución cree su deber jurídico pasar por alto su texto no sigue la Constitución, sino un principio supraconstitucional que opera como criterio de validez de las normas constitucionales y justifica no aplicarla. En mi opinión, que desarrollaré enseguida (§3.5), el artículo 9.3 CE condiciona la validez jurídica de todas las normas a que tengan publicidad, pero en la práctica esta condición no opera en las normas implícitas porque su validez está amparada en el derecho español por una norma activa todavía más importante⁴³.

41. Por ejemplo, la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tras su modificación de 2006, se deroga a sí misma en su disposición derogatoria; pero esto es tan absurdo que nadie interpreta esta derogación en sus propios términos y se pasa por alto.

42. Para percibir esto recuérdese el célebre ejemplo usado por Radbruch (1930, p. 156), en el que un hombre con un oso se pregunta si puede entrar en una estación de ferrocarril donde un cartel prohíbe entrar con perros. Radbruch dice que un jurista contestará negativamente por analogía y para evitar un resultado absurdo; y en efecto en un caso así es natural razonar *a fortiori* e interpretar que la prohibición de entrar con osos está implícita en la regla del cartel. Pero supongamos ahora que incumplir la prohibición está castigado con una fuerte multa: ¿estará el jurista igualmente dispuesto a interpretar la norma *a fortiori* y multar a quien entra en la estación con un oso cuando lo prohibido es entrar con perros? O supongamos que hay una tasa por viajar con perros: ¿la extendería a los osos? En contextos como el sancionador o el impositivo tiene sentido exigir que la norma sea pública, con lo cual no es absurdo garantizar que en ellos no haya normas implícitas.

43. La diferencia entre la explicación que defiende y los argumentos de la excepción y del error legislativo puede apreciarse también con el ejemplo del artículo 19 CE («Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional»). Está claro que este artículo se entiende y aplica asumiendo que hay zonas del territorio nacional donde los españoles no tienen derecho a residir ni circular libremente, como las fincas privadas ajenas. Entonces cabría argumentar que las áreas de acceso legalmente restringido son excepciones evidentes del artículo 19 CE. Pero esto vacía

3.5. Argumento de la regla de reconocimiento: los PGD implícitos son normas jurídicas válidas cuando así lo creen los operadores jurídicos, tengan o no publicidad

Los cuatro argumentos considerados afrontan el problema de la publicidad de las normas implícitas eludiéndolo, aduciendo que no hay normas jurídicas implícitas, que dejan de ser implícitas cuando se aplican, que son suficientemente accesibles o que no les afecta la garantía constitucional de publicidad. Por supuesto, eludir el problema evita la disonancia cognitiva que causa percibirlo, y por eso estas estrategias negadoras son una consecuencia previsible de la propia disonancia. Negar la contradicción satisface al jurista que no quiere problemas. Ahora bien, el problema sigue sin resolver, porque es un hecho que muchos jueces y otros juristas españoles tienen dos creencias incompatibles: que en virtud del artículo 9.3 CE las normas sin publicidad no tienen validez jurídica y que los PGD son fuente de normas jurídicas implícitas válidas. El problema es explicar la realidad causada por la coexistencia de estas ideas opuestas.

La explicación a mi juicio más convincente es que los juristas españoles se engañan al creer que la conformidad con la Constitución es un criterio supremo de validez de las normas jurídicas y que el artículo 9.3 CE determina que la publicidad es condición de su validez. En el orden jurídico español, y potencialmente en cualquiera, hay criterios de validez jurídica más decisivos que la conformidad con la Constitución, los cuales corrigen o modulan las normas explícitas de la Constitución y hacen posible que tengan validez jurídica normas implícitas que no satisfacen la garantía de publicidad del artículo 9.3 CE. Este artículo no puede impedir que las normas sin publicidad tengan validez jurídica, aunque lo pretenda. Porque contra lo que a veces se dice, los criterios de validez jurídica no los decide el poder constituyente ni los recoge la Constitución formal (el texto constitucional) de un sistema jurídico, sino que son parte de la Constitución material conformada de hecho.

Según puede apreciarse, propongo como respuesta a nuestro desafío aplicar la teoría de la *regla de reconocimiento* de Hart. Como se sabe, Hart (1961, trad. 1980) sostuvo que en los sistemas jurídicos modernos, los jueces y tribunales y demás operadores jurídicos suelen identificar las normas del sistema por su conformidad con determinados criterios de validez, los cuales forman una *regla de reconocimiento*, típicamente no explícita ni precisa, cuya existencia es un hecho constatable externamente en la práctica concordante de los operadores, si bien ellos aceptan internamente que para hacer esa identificación

de contenido el artículo como límite al legislador (resultaría que solo atribuye el derecho a circular por donde la ley permite circular) y expone la Constitución a excepciones *ad hoc*. Otra solución es entender el artículo como lo haría un lector informado del contexto jurídico y social, modulando con él su significado literal, lo cual lleva a evitar las interpretaciones incongruentes con el resto del ordenamiento jurídico o absurdas. En concreto, lleva a entender que el artículo no impide al legislador restringir la circulación para proteger derechos y bienes jurídicos importantes. Y una tercera explicación es que si bien el artículo 19 CE da derecho a circular libremente por todo el territorio nacional, esta norma está desplazada (invalidada) por otra más importante, vigente en la práctica, que niega el derecho de circular por donde la ley lo prohíbe razonablemente.

jurídica es obligatorio seguir dicha regla; y la ciudadanía en general también identifica las normas jurídicas con esa misma regla de reconocimiento o, en todo caso, le muestra su aquiescencia al obedecer las normas que según ella son válidas (Hart 1961, p. 113; trad. 1980, p. 145). La teoría de la regla de reconocimiento es compleja y ha dado lugar a infinidad de discusiones que aquí no procede tratar. Me conformaré con tomar de ella esa idea central: las normas que pertenecen al derecho son las conformes con los criterios comunes o *regla de reconocimiento* que los operadores jurídicos tienen la costumbre (práctica normativa) de seguir para hacer esa demarcación, y que la ciudadanía en general respeta; no lo establece ninguna norma promulgada.

En realidad, la explicación de la validez jurídica dada por Hart no es muy distinta de la que vimos que daba Ross: lo que verdaderamente importa no son las normas, sino las creencias normativas de los operadores jurídicos que explican sus conductas respecto al derecho y las hacen predecibles hasta cierto punto. Pienso que la diferencia entre Hart y Ross es apenas de enfoque: mientras que Ross adopta una perspectiva científica y propone una explicación sociológica puramente externa o *etic*, la perspectiva de Hart contemporiza con el punto de vista jurídico y combina la descripción externa de las prácticas con una justificación, al modo *emic*, de la noción de validez jurídica⁴⁴. Sea como sea, dar cuenta de la pertenencia al derecho de unas u otras normas por referencia a las creencias empíricas de los operadores jurídicos sobre la cuestión, como hacen Ross y Hart, y no por referencia a lo que disponen las normas del propio derecho, nos permite dar una respuesta más plausible al problema planteado en este trabajo. La respuesta es que la regla de reconocimiento del derecho español incluye como criterio de validez de las normas jurídicas ser un contenido implícito de otras normas cuya validez también se acepta. En estas condiciones, las normas implícitas pueden tener validez jurídica aunque se la niegue explícitamente una norma positiva, incluida la Constitución. En concreto, volviendo a nuestro tema, los PGD son fuente de normas implícitas del derecho español cuando y porque así lo creen por costumbre los operadores jurídicos cuyo criterio para identificar el derecho respeta de hecho la ciudadanía española, pese a que el artículo 9.3 CE niega formalmente validez a las normas implícitas carentes de publicidad. Así las cosas, el hecho de que hay principios implícitos que son fuente del derecho a juicio de quienes tienen la competencia para reconocerlo –los jueces y tribunales, básicamente– refuta (falsea) el postulado de que la Constitución «garantiza» la publicidad de las normas⁴⁵.

44. La distinción *emic/etic* procede de la lingüística y de la antropología y diferencia los enfoques teóricos sobre fenómenos culturales por (respectivamente) su mayor o menor receptividad a las interpretaciones que les dan los participantes o, al revés, por su menor o mayor materialismo (Mostowlansky y Rota, 2020). En otro trabajo ya apunté que esta distinción incide en los puntos de vista sobre el derecho (Rodríguez-Toubes, 2013, p. 183).

45. En este punto podría objetarse que una norma inválida según el artículo 9.3 CE no puede estar implícita en el derecho positivo español. Esta objeción se contesta de dos maneras. Primero, no es imposible que un derecho positivo tenga normas implícitas que se contradicen. Así, un mismo conjunto normativo tolera generalizaciones opuestas, como ocurre en el derecho civil con el principio *pacta sunt servanda*

La posibilidad de que haya normas jurídicas implícitas supraconstitucionales, capaces de resistir o de desactivar mandatos claros de la Constitución, resultará chocante a muchos porque contraría ideas jurídicas firmes, como la jerarquía normativa con primacía de la Constitución. Según lo expuesto, las normas pueden ser válidas aunque no respeten la Constitución: basta que lo permitan otros criterios de validez efectivos y prevalentes, como el que reconoce validez a normas implícitas⁴⁶. Formalmente los PGD son fuentes supletorias de la ley (artículo 1.4 CC), y por eso la idea de PGD válidos *contra Constitutionem* es incluso más contraintuitiva que la de PGD válidos *contra legem*, pero ambas ideas se materializan en la práctica y tienen la misma explicación con la teoría de la regla de reconocimiento⁴⁷. Según Hernández Marín (2021, p. 29), la prevalencia de un principio implícito sobre una norma explícita habría que justificarla «mediante una tesis general que permita decidir, dados dos elementos cualesquiera del derecho (normas, principios, etc.), cuál de ellos es superior al otro». Mi planteamiento es que esa tesis general es la regla de reconocimiento contingente del sistema jurídico. Es decir, no es una teoría sobre las fuentes del derecho y su jerarquía respectiva, sino el modo en que los jueces las conciben y ordenan en la práctica por considerarlo su obligación.

y su excepción *rebus sic stantibus*. Por eso no tiene que sorprender que haya normas jurídicas implícitas consistentes con una parte del ordenamiento (las normas de donde se infieren) y en conflicto con otra (como la exigencia de publicidad). Segundo, el argumento de la regla de reconocimiento sostiene que si los operadores jurídicos cuya autoridad para identificar el derecho es aceptada (por acción u omisión) por la ciudadanía consideran que cierto principio implícito satisface los criterios que ellos deben seguir para decidir si es una norma del derecho, entonces es una norma del derecho digan lo que digan las normas formales, incluida la Constitución. Por tanto, este argumento cuestiona precisamente que la compatibilidad con la Constitución formal pueda ser un criterio determinante para establecer la pertenencia al derecho español de una norma cualquiera, implícita o explícita; de manera que no vale como objeción al argumento decir que el derecho español no puede tener normas implícitas contrarias a la Constitución.

46. Mi criterio antes de llegar a las conclusiones que presento en este artículo era que según la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico español es derecho «lo que prescribieron o prescriban en el futuro las resoluciones del Tribunal Constitucional, la Constitución, los Tratados internacionales ratificados por España y las normas derivadas de ellos, las normas promulgadas por los Parlamentos estatal y autonómicos, las resoluciones judiciales y las normas y decisiones de la Administración, por este orden, salvo que sea sumamente inmoral o absurdo» (Rodríguez-Toubes, 2001, p. 229). Ahora tendría que añadir: «...así como las normas implícitas en otras normas jurídicas y coherentes con su conjunto». Pero sigo creyendo que (por ahora) el criterio del Tribunal Constitucional es decisivo para la validez jurídica, de modo que puede determinar qué normas implícitas son parte del derecho español (haciéndolas explícitas, en su caso).
47. Como ejemplo de desplazamiento de leyes explícitas por un principio implícito se ha citado la STS, 1.ª, 76/2015, de 17.02.2015, que casó una sentencia que había aplicado en sus propios términos artículos del Código Civil y de la Ley del Registro Civil, con el argumento del principio de interés superior del menor, que en esa fecha no estaba explícito en la ley española (Hernández Marín, 2021, p. 28). Quizá no sea el mejor ejemplo, porque la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, dispone que en las medidas concernientes a los niños los tribunales y otras autoridades atenderán «el interés superior del niño», por lo que cabe argumentar que en el caso prevaleció un principio explícito de mayor jerarquía que las reglas legales. Pero aunque sean poco frecuentes, hay supuestos en que un principio implícito se sobrepuso a una regla legal (vid. nota 17 *supra*); y sobre ellos son certeras, y comparto, las reflexiones que hace Hernández Marín sobre la amenaza al imperio de la ley.

Que un principio implícito prevalezca *jurídicamente* sobre la ley o sobre la Constitución no lo determina una concepción del derecho o la teoría sobre sus fuentes que nos formemos como observadores, sino la práctica de los jueces por la cual reconocen y aplican esa prevalencia como parte del derecho que les vincula, en tanto en cuanto dicha práctica judicial sea aceptada por la ciudadanía en general, por deferencia, como criterio para demarcar lo jurídico. Aunque la naturaleza del derecho que revela la teoría de la regla de reconocimiento choque con nuestras expectativas o preferencias, su valor en cuanto enfoque descriptivo no se ve afectado. La teoría de la regla de reconocimiento puede discutirse como explicación de los conceptos de derecho y de validez jurídica, pero no es una teoría política o moral. Puede ser criticada por cómo describe el derecho, pero no debería criticarse por cómo es el derecho que describe, si lo describe fielmente. En concreto, según esta teoría son derecho cualesquiera normas que la regla de reconocimiento admita, ya sean inmorales, ilegales o inconstitucionales⁴⁸. Por eso esta teoría puede explicar que sean derecho principios implícitos pese a incumplir el requisito constitucional de publicidad.

Ante el argumento expuesto habrá juristas que invocarán el auxilio de Kelsen para defender que el derecho no es lo que los operadores jurídicos contingentemente creen que es, sino el conjunto de normas producidas conforme a normas de derecho previas; porque la validez jurídica no la explica ningún hecho, sino otras normas y, a la postre, una norma fundante presupuesta. Estos juristas querrán afirmar que en el derecho español la producción normativa está regida por la Constitución y que en ella fundan su validez las demás normas jurídicas, de manera que una norma inconstitucional no puede tener validez; y si los operadores jurídicos se la reconocen de hecho, cometen un error que no cambia el derecho. Sin embargo, la teoría de Kelsen y la teoría de la regla de reconocimiento están más en sintonía de lo que parece. Aunque de Kelsen

48. La teoría de la regla de reconocimiento es difícil de aceptar, incluso siendo receptivos a ella, por quienes quieren preservar a toda costa la supremacía normativa de la Constitución formal. Es el caso de Tardío Pato (2011, p. 209), que critica la teoría, precisamente en el contexto de evaluar (y afirmar) la identificación de los PGD como normas del derecho español, por poner en duda la supremacía de la Constitución aprobada por voluntad del pueblo. Según Tardío Pato (2011, p. 213-214) «la regla de reconocimiento de nuestro sistema jurídico remite a lo que se establezca en nuestra Constitución y en las normas en ella previstas directa o indirectamente»; y se colige «*que la exigencia de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución queda mediatizada por la salvaguardia por todos esos poderes públicos de los referidos valores y principios constitucionales*», los cuales son prevalentes. Esto es, según Tardío Pato, si algunas normas del derecho español son principios que prevalecen sobre las reglas positivas es porque así lo establece la Constitución, y *por tanto* la regla de reconocimiento; y no porque lo establece la regla de reconocimiento con independencia, o incluso en contra, del texto de la Constitución. Esta crítica está desencaminada. Equivale a criticar unas gafas graduadas porque no gusta lo que se ve con ellas. Por descontado, tanto los métodos como las gafas pueden ser engañosos y presentarnos realidades distorsionadas, pero la crítica ha de dirigirse a que la observación sea fiable y veraz, no a que nos satisfaga lo observado. Si un derecho donde rige una Constitución formal se percibe y se aplica sistemáticamente prescindiendo de algunas de sus normas, es una ficción sostener que esas normas tienen supremacía; y reivindicar esa ficción no ayuda a entender ese derecho, aunque pueda estar justificado políticamente para cambiarlo.

suelen destacarse sus planteamientos formalistas, que niegan toda validez jurídica a las normas cuya producción no está autorizada expresamente por normas previas formalmente válidas, tales como una constitución positiva o las leyes, lo cierto es que Kelsen también admitió que es posible una autorización tácita del ordenamiento jurídico. Esta posibilidad la explica al tratar el caso de un orden jurídico que acepta la costumbre como fuente de derecho incluso superior a la legislación (Kelsen, 1991, pp. 232-237).

Como es sabido, Kelsen distingue tres sentidos de constitución de un orden jurídico estatal: el *formal* (el texto llamado «Constitución»), el *material* («la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales») y el *lógico-jurídico* (la «norma fundante básica» que hay que presuponer para fundamentar la validez del derecho positivo). Pues bien, Kelsen considera el caso en que «la aplicación de la costumbre por los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto» (ibíd., p. 233); ni lo faculte en general la constitución (material) jurídico-positiva (ibíd., p. 236). El caso incluye la posibilidad de que se considere conforme a derecho «la aplicación de un derecho consuetudinario que derogue el derecho legislado». En un supuesto así, la autorización para aplicar costumbres, incluso *contra legem*, viene también de una costumbre. Pero esta costumbre no puede explicarse como una parte de la constitución material jurídico-positiva, aunque tiene como función regular la producción normativa, porque de otro modo tendría que fundamentarse en ella misma y habría *petitio principii*, sino que ha de explicarse como parte de la constitución lógico-jurídica presupuesta (ibíd., p. 237)⁴⁹. La conclusión de este argumento es que, en último término, la conformidad o disconformidad de las normas con el derecho no depende de lo que dispongan al respecto la constitución formal o la constitución material, sino de lo que es aceptado de hecho y –precisamente para dar cuenta de este hecho– ha de presuponerse respaldado por la constitución lógico-jurídica. Y esta conclusión es aplicable a los PGD igual que a la costumbre. En efecto, el argumento de Kelsen conduce a afirmar que cuando en un orden jurídico se aceptan los PGD como fuente de normas válidas, aunque no lo autorizan o lo desautorizan las normas positivas, incluida la Constitución formal, hay que presuponer que lo autoriza la norma fundante básica de ese orden jurídico⁵⁰.

49. Al abrir la posibilidad de que en un orden jurídico se presuponga la validez de una constitución escrita y a la vez la de una costumbre que autoriza a soslayarla, Kelsen complica su estrategia de explicar la unidad de los sistemas jurídicos remitiendo a su norma fundante. Como advirtió Raz (2009, p. 129), si la observación determina que hay dos conjuntos de normas efectivas, uno consuetudinario y otro promulgado, la teoría de Kelsen no puede establecer si forman un sistema con la misma norma fundante o no.

50. Hay que advertir que Kelsen no llega a la conclusión de que los PGD son fuente de normas jurídicas, sino que por el contrario lo niega, incurriendo a mi juicio en una contradicción. Por un lado, como acabamos de ver, admite que en un orden jurídico puede ser costumbre constitucional, cuya validez hay que presuponer, aceptar como derecho normas que el derecho positivo no ampara. Por otro lado, en cambio, sostiene que solo son derecho las normas positivas que prescriben actos coactivos; y más específicamente, que no son derecho los principios meramente implícitos. Según explica, los principios morales, políticos o éticos que influyen en las autoridades productoras de derecho se pueden considerar

En definitiva, al admitir Kelsen la necesidad lógica de presuponer validez jurídica a la constitución material que de hecho se acepta como válida, su teoría implica que el criterio de validez de un orden jurídico es su regla de reconocimiento y no su constitución formal. Por ello Kelsen no es un buen aliado para combatir el argumento que explica la validez de las normas implícitas por referencia a la regla de reconocimiento. Su teoría también conduce a afirmar que los PGD son fuente de normas válidas cuando los jueces y tribunales actúan como si lo fuesen. La diferencia crucial entre las teorías de Kelsen y Hart es, claro está, que Kelsen da por supuesta la validez de la constitución material del orden jurídico efectivo para evitar el salto lógico de fundamentarla en algún hecho, mientras que Hart considera innecesario explicar la validez de la regla de reconocimiento del orden jurídico y se conforma con dar cuenta de su existencia y funcionamiento (Hart 1961, p. 105; trad. 1980, p. 135).

La tesis que defiende también es contraintuitiva respecto de la idea muy difundida de que la publicidad de las normas es un requisito ineludible para su juridicidad (con independencia del artículo 9.3 CE). Esta intuición la teorizó Fuller (1969, p. 39), quien defendió que una de las ocho condiciones que ha de cumplir un sistema jurídico para serlo propiamente es la publicidad de sus normas, una propiedad moral que ha de poseer mínimamente y también debe ser impulsada (es una aspiración además de un deber)⁵¹. Pues bien, el derecho español refuta la tesis de que no hay normas jurídicas carentes de publicidad, porque los operadores jurídicos con autoridad para demarcar qué normas son o no derecho incluyen en él normas implícitas. Esto es, la regla de reconocimiento del derecho español admite normas sin publicidad; y no sería de extrañar que ocurra lo mismo en otros sistemas jurídicos.

Es sabido que Fuller discrepó de Hart respecto a cómo establecer qué es o no derecho, y por ello las tesis de Fuller sobre la condición de publicidad son refutadas por la teoría de la regla de reconocimiento solo si esta explica mejor lo que llamamos «derecho», como defiende. Mientras que Fuller explica el derecho basándose en intuiciones acerca de cómo debe ser para cumplir bien la función que se le supone (regular la conducta humana con normas) —lo cual le lleva a postular la condición de publicidad y otras—, Hart explica el derecho basándose en cómo funciona y se vive de hecho; y

jurídicos, pero no son derecho si no son normas «que disponen actos de coacción específicos, producidas de un modo determinado por el derecho» (Kelsen, 2018, p. 138). Tenemos, pues, que Kelsen no considera derecho los principios no positivados, pero tendría que admitir que los principios son derecho cuando en el orden jurídico se ven como derecho, igual que lo admitió respecto de la costumbre *contra legem*. Así las cosas, Kelsen está en la tesitura de muchos juristas. Por una parte, niega que los principios implícitos sean normas del derecho hasta que son positivados en las leyes o por los jueces y tribunales al decidir casos. Por otra parte, sin embargo, no puede negar que los principios implícitos son normas del derecho ya antes de ser positivados cuando es un hecho que es así como se perciben en el orden jurídico.

51. Es discutible si Fuller negó naturaleza jurídica a toda norma sin promulgación o publicidad, pero lo parece (Centenera, 2016, p. 84). En todo caso, es una idea común que también compartí, razonando que al identificar el derecho habría que exigir un mínimo de accesibilidad para quienes están obligados por él, para que pudiesen seguirlo, lo cual descartaría las normas que carecen totalmente de publicidad.

creo que este segundo enfoque es superior. Dicho en términos simples, según Hart el derecho es lo que quienes lo usan creen que es, y no lo que creen los filósofos; y como quienes actualmente usan el derecho defieren el juicio sobre qué es o no derecho al criterio seguido en común por los jueces y otros pocos agentes, es este criterio el que al fin y al cabo determina qué es o no derecho.

Con todo, Hart (1961, p. 202) no tiene inconveniente en suponer que el derecho, en tanto en cuanto es visto como un medio de control social, posee en la práctica algunos de los rasgos que le atribuye Fuller, como la inteligibilidad. Esto lo toma Fuller (1969, p. 198) como una concesión que impide afirmar que el derecho se identifica con el Estado y que «cualquier cosa—incluso un gruñido o un gemido— es derecho solo con tal de que venga de una fuente identificada por la regla de reconocimiento»⁵². Pero la concesión es previsible, porque con la teoría de la regla de reconocimiento es inverosímil que en una sociedad moderna sea derecho cualquier cosa que emita una fuente autorizada. Es fácil observar que hay filtros de jerarquía, coherencia, inteligibilidad y otros que también forman parte de los criterios de validez. Pero aunque sea conveniente, sensato y natural que las normas tengan ciertas propiedades, como la inteligibilidad, la publicidad o la irretroactividad, que estas propiedades sean condiciones para pertenecer al derecho no es una necesidad lógica, sino un hecho contingente, y más o menos previsible, causado por la regla de reconocimiento efectiva. Así, es improbable que un colectivo de juristas acepte como derecho un gruñido, pero los hay que aceptan normas sin publicidad. En definitiva, si los operadores jurídicos toman como derecho una norma porque satisface los requisitos de validez que ellos siguen como costumbre vinculante y aplican con la autorización o la aquiescencia del grupo social, entonces choca con la evidencia y no sirve de explicación —es excéntrico— afirmar que esa norma no es derecho porque incumple algún requisito, como la publicidad, postulado por el teórico como una exigencia lógica o moral. En cambio, no parece que la publicidad de las normas se tome en la práctica de los juristas como una condición imprescindible para reconocerlas como derecho.

52. Por desgracia, la tesis ridícula que Fuller no quiso atribuir a Hart se me ha atribuido a mí (Peña Freire, 2019, p. 36), aunque en este punto me limito a seguir a Hart. La atribución se debe a haber escrito que si todos los operadores jurídicos consideran que ciertas normas son válidas, «parece excéntrico afirmar que tales normas son derecho solo si cumplen en una medida misteriosa ciertas exigencias formales añadidas» (Rodríguez-Toubes, 2001, p. 232). A mi modo de ver hay un abismo entre esa idea y afirmar que es derecho cualquier cosa que emita una autoridad reconocida, y lamento la confusión. Lo único que sostenía y sostengo —siguiendo a Hart— es que los criterios de validez jurídica son los que emplean en la práctica para identificar el derecho los operadores jurídicos autorizados socialmente para ello (criterios que parecen requerir bastante más que la procedencia de una autoridad reconocida), y no los criterios supuestamente esenciales que los filósofos deducen de la naturaleza de las cosas.

4. REFERENCIAS

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés (trad.)). Centro de Estudios Constitucionales. [Orig. *Theorie der Grundrechte*, 1986].
- ALONSO, J. P. (2018). *Principios implícitos*. Marcial Pons.
- ALONSO VIDAL, H. J. (2012). Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 157.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Civitas.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. (1996). *Las piezas del Derecho : Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- ÁVILA, H. (2011). *Teoría de los principios* (L. Criado Sánchez (trad.)). Marcial Pons. [Orig. *Teoría dos Princípios*, 2003]. <https://doi.org/10.2307/jj.2321986>
- BELADIEZ ROJO, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Tecnos.
- BRANDOM, R. B. (1994). *Making It Explicit : Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Harvard University Press.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F. (2016). La promulgación de las normas en el pensamiento de L. Fuller: Una lectura a propósito del ordenamiento jurídico actual. *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 25(1), 73-99. <https://doi.org/10.15304/dereito.25.1.3047>
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho* (3ª ed.). Ariel.
- FESTINGUER, L. (1957). *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford University Press. [Hay trad. esp. de J. E. Martín Daza: *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, Instituto de Estudios Políticos, 1975]. <https://doi.org/10.1515/9781503620766>
- FULLER, L. L. (1969). *The Morality of Law* (2ª ed.). Yale University Press. [1.ª ed. 1964; con trad. esp. de F. Navarro: *La moral del derecho*, Trillas, 1967].
- GARCÍA AMADO, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1998). Los presupuestos ontológicos del Derecho: (a propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»). *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-v1, 369-395.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1990). *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- GUASTINI, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial (P. Andrés Ibáñez, trad.). *Jueces para la democracia*, 34, 39-46.
- HART, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió (trad.); 2ª ed.). Editora Nacional.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998a). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998b). Réplica a «Los presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Lagier. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-v1, 397-410. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.20>
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.

- JEREZ DELGADO, C. (2005). Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información. *Anuario de Derecho Civil*, 58(2), 765-812.
- KELSEN, H. (1991). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo (trad.)). Porrúa – UNAM. [Orig. *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, 1960].
- KELSEN, H. (2018). *Teoría general de las normas* (M. Á. Rodilla (trad.)). Marcial Pons. [Orig. *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (ed. póstuma, de R. Metall)].
- MOSTOWLANSKY, T. y Rota, A. (2020). Emic and etic. En F. Stein (ed.), *The Cambridge Encyclopedia of Anthropology*. En línea: <http://doi.org/10.29164/20emicetic>.
- PEÑA FREIRE, A. M. (2019). *Legalidad y orden jurídico : El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*. Atelier.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre principios y normas : Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- RADBRUCH, G. (1930). *Introducción a la ciencia del derecho* (L. Recasens Siches (trad.)). Revista de Derecho Privado. [Orig. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Quelle & Meyer, 1910].
- RAZ, J. (1990). *Practical Reasons and Norms* (2ª ed.). Princeton University Press. [Hay trad. esp. de J. Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991].
- RAZ, J. (2009). *The Authority of Law* (2ª ed.). Oxford University Press. [1.ª ed. 1979, con trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán: *La autoridad del Derecho*, UNAM, 1985 (2.ª ed.)].
- REINOSO BARBERO, F. (1987). *Los principios generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Dykinson.
- RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. (2008). *Los Principios Generales del Derecho*. Universidade de Santiago de Compostela.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2000). El punto de vista jurídico y los jueces. En R. Ortega García (ed.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos* (pp. 143-191). Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2001). La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho. *Derechos y libertades*, 10, 215-232.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2021). La excepción del absurdo en la interpretación de la ley. En J. A. García Amado y J. A. Sendín Mateos (eds.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos* (pp. 289-317). Tirant lo Blanch.
- ROSS, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia* (G. R. Carrió (trad.); 5ª ed.). EUDEBA.
- ROSS, A. (2019). *On Law and Justice* (J. v. H. Holtermann (ed.); U. Bindreiter (trad.)). Oxford University Press. [Orig. *Om Ret og Retfærdighed*, 1953]. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198716105.001.0001>
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (1998). Artículo 91. Sanción y promulgación de las leyes. En Ó. Alzaga Villaamil (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. VII* (pp. 419-455). Edersa.
- STALNAKER, R. C. (1999). Pragmatic Presuppositions. En *Context and Content : Essays on Intentionality in Speech and Thought* (pp. 47-62). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0198237073.003.0003>
- TARDÍO PATO, J. A. (2011). *Los principios generales del Derecho*. Bosch.
- TARELLO, G. (1966). Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLIII, 349-357.

- TARELLO, G. (2011). El «problema» de la interpretación: una formulación ambigua. En S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), & M. Fernández Pérez (trad.), *Disposición vs. Norma* (pp. 111-127). Palestra.
- VILLAR PALASÍ, J. L., y Suñé Liñás, E. (1996). Artículo 9. El estado de derecho y la constitución. En Ó. Alzaga Villaamil (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, vol. I* (pp. 467-582). Edersa.
- WRÓBLEWSKI, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho* (J. Igartua y F. J. Ezquiaga (trads.)). Universidad del País Vasco.

