

# LOS DELITOS DE ODIO Y LOS BASADOS EN LA EXPRESIÓN.

## LAS CONSTANTES POLÉMICAS DE SU REGULACIÓN

HATE CRIMES AND EXPRESSION-BASED OFFENSES.  
THE ONGOING CONTROVERSIES OF THEIR REGULATION

**Gonzalo Barrera Blanco**

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España

gbarbla@upo.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9023-1360>

Recibido: junio de 2025

Aceptado: noviembre de 2025

---

**Palabras Clave:** delitos de odio, delitos de expresión, derechos humanos, discriminación, grupos dianas

**Keywords:** hate crimes, expression crimes, human rights, discrimination, target groups

---

**Resumen:** Si hay una cuestión que parece repetirse como en un bucle infinito es sin duda el tema de la regulación de los delitos de expresión. Ni con las campanadas que anuncian el nuevo año nos abandona la propuesta de que hay que desregularizar ciertos delitos de expresión. Los motivos siempre van aparejados a ciertos casos que resultan polémicos, pero como al final no se hace esa reforma tan anunciada, pues cada cierto tiempo vuelve a resurgir. Sin embargo, la cuestión es, ¿pero realmente debe hacerse? Con este trabajo queremos poner de manifiesto porque este debate debería de estar zanjado y dejar de ser alentado doctrinalmente.

---

**Abstract:** If there is one issue that seems to repeat itself in an endless loop, it is undoubtedly the regulation of expression-related crimes. Not even the New Year's Eve chimes spare us from the recurring proposal to deregulate certain expression-based offenses. The arguments for this proposal are always tied to controversial cases, but since the much-discussed reform never actually takes place, the debate resurfaces periodically. However, the real question is: should it actually be done? With this paper, we aim to demonstrate why this debate should be considered settled and no longer encouraged doctrinally.

---

## I. Introducción

Queremos comenzar enmarcando este trabajo en el análisis de políticas públicas entendido como estudio de las interacciones entre actores públicos y privados, orientado por problemas públicos (Subirats *et al.*, 2008) y con una mirada comparada, más allá de la dogmática penal estricta. Este enfoque permite observar al Estado en acción, identificar actores, recursos e instituciones, y evaluar cómo esas relaciones condicionan la formulación, la adopción o no adopción y la aplicación de reformas en materia de delitos de expresión y discurso de odio a partir de casos recientes que abren ventanas de oportunidad para suprimir tipos penales, y criminalizar determinadas expresiones políticas.

Partiendo de la idea o polémica central sobre la que trata en este trabajo es la propuesta de desregulación de los denominados delitos de expresión, que según el interés de ciertos posicionamientos en la política nacional española vuelve plantearse de forma cíclica cada cierto tiempo. Esto se concreta en una serie de casos observados desde hace tiempo hasta las controversias que se originaron a raíz de los sucesos ocurridos durante las campanadas del 1 de enero de 2025 y Torre-Pacheco o Jumillas en verano del mismo año.

De hecho, en referencia a esos casos observados que de forma recurrente podemos observar la condena del rapero Pablo Hasél o la condena a España por parte de las instancias judiciales europeas por el caso de las injurias al Rey (STEDH, Stern Taulats y Roura Capellera, 2018).

Ambos casos, junto con los demás que vamos a tomar de referencia, nos permiten ver como el debate va resurgiendo en diferentes momentos, especialmente en la prensa.

Esta cuestión, que parece no haber desaparecido a nivel de debate social ya que los actores políticos no han conseguido resultados, da la impresión, equivocada, de que no se ha debatido o que la doctrina penal ha ignorado este tema.

Se observa como la reiteración del debate no se explica sólo por coyunturas mediáticas, sino por la estructura de redes de políticas públicas: patrones relativamente estables de interdependencia entre actores que se articulan en torno a programas y problemas (redes temáticas, comunidades de política, triángulos de hierro), en un marco de gobernanza multinivel (Klijn, 1998: 19-28). Esta lente ayuda a comprender por qué, aun sin reformas formales, el ciclo de agenda reabre periódicamente la controversia y recicla argumentos ya conocidos. Esto se debe a que precisamente los mismos actores no habrían alcanzado aún su objetivo concreto.

Por tanto, esta situación de resurgimiento cíclico de proponer la supresión de los delitos de expresión, por determinados partidos políticos, estaría marcando una cierta desafección por el sistema. Por ello, examinaremos por qué esta propuesta tendría errores que la harían fracasar, así como su incidencia con el debate sobre los delitos de odio, particularmente entre las organizaciones políticas. Al ser observado todo junto nos permitirá hacer una propuesta de mejora más coherente en todas estas cuestiones para evitar que sigamos discutiendo de forma recurrente sobre lo mismo.

Calificar la supresión de delitos de expresión o la criminalización de las propuestas políticas como problema público depende, en consecuencia, de cómo los actores definen la cuestión y consiguen instalarla en la agenda: formulación del problema, viabilidad política, oportunidad (Olavarría Gambi, 2007). Ello remite a ventanas de oportunidad que se abren por eventos (precisamente vamos a intentar analizar algunos de ellos), cambios de humor social o alineamientos políticos, y que condicionan la intensidad y dirección del debate.

Para ilustrar esta cuestión, remitimos a diversos ejemplos de carácter periodístico como son los siguientes: la condena a Pablo Hasél (La Razón, 2016; RTVE, 2021) la quema de fotos del Rey (El Confidencial, 2018); el insulto a los periodistas (Europa Press, 2020); noticia sobre los delitos de expresión (Público 2022); las campanadas de 2025 (El Español, 2025; El Diario, 2025; La Vanguardia 2025; La Moncloa, 2025); Torre-Pacheco (La Sexta, 2025a); Jumilla (20Minutos, 2025); los mensajes en los incendios (La Sexta, 2025b).

La remisión a la prensa, en este enfoque metodológico, tiene un simple carácter de herramienta para observar la realidad que estamos describiendo.

No obstante, y en relación con los planteamientos de base que estamos fijando, la respuesta actual no parece haber cambiado desde los primeros debates, ya que la cuestión de fondo permanece sin resolver. En consecuencia, aunque ahora se modifique el caso que genera la controversia, se vuelven a abordar y presentar los argumentos que ya se han expuesto anteriormente.

Este trabajo utiliza un método dogmático-jurisprudencial y de política criminal. Para ello, debemos aclarar que diferenciamos

entre actos de odio (agravaciones o tipos específicos) y discurso de odio (art. 510 CP); y resolvemos los concursos de norma por el art. 8 CP en aquellos delitos que se enfrentan en aplicación con el art. 510 CP, que sería el que regula el concepto doctrinalmente establecido para España de delito de odio. Igualmente, partimos de la evolución del art. 510 CP desde 1994-95 —de un foco inicial en provocación (incitación) a su configuración actual pasando de la idea del derecho antidiscriminadorio al concepto de dignificación (Laurenzo Copello, 1996; Barrera Blanco, 2022).

Esta primera aclaración sobre los delitos de odio va a marcar el posicionamiento jurídico del trabajo, con independencia de que existe una amplia producción en la materia con la que se pueda discrepar. Pero no es la cuestión dogmática el objeto principal de éste, sino las cuestiones de política pública y los efectos de desafección en el sistema que tendrían asociado.

Todo ello gira necesariamente sobre los límites de la libertad de expresión y la conceptualización de los delitos de odio (entre otros: Barrera Blanco, 2021; Galán Muñoz, 2019; o Valiente Martínez, 2020).

Actualmente, además de los casos ya mencionados nos encontramos con otra nueva vía para reabrir el debate: bajo el argumento de la posibilidad de regular mejor el papel de los medios de comunicación. Nuevamente, algunos grupos políticos vuelven a solicitar lo que, hasta la fecha, no han logrado: la supresión de los denominados delitos de expresión, según sus criterios.

Si bien este término, como se va a desarrollar en el trabajo, resulta ambiguo y poco preciso, puesto que las formas delictivas concretas que proponen los partidos polí-

ticos son, como teóricos delitos de expresión: el de escarnio religioso, el de ultraje a símbolos nacionales, las injurias al Rey y, en su caso, la apología del terrorismo.

Estas propuestas pueden encontrarse en la prensa que ha recogido estas declaraciones de intenciones. Como ejemplo, las noticias que se mencionan en los párrafos anteriores, así como las múltiples informaciones y manifestaciones en redes sociales por parte de la prensa y los partidos políticos.

En nuestro caso, vamos a centrarnos en la posibilidad de constatar tal extremo con los rastros digitales que dejan la hemeroteca digital hoy en día, como hemos señalado anteriormente.

Ahora bien, resultaría sorprendente que, en caso de materializarse dicha supresión, no se consiguiera el objetivo político al que aspiran; sino que, por el contrario, se produjera un efecto opuesto, o bumerán, agravando las conductas que pretendían eliminar. Por ello, queremos señalar en este trabajo la importancia de los problemas de la gestión de las políticas públicas como son la creación o modificación de normas.

Este tema ha sido analizado con anterioridad y las conclusiones se mantienen como hemos empezado diciendo; puesto que el debate público se centra en el qué, mientras que el académico se centra en el porqué.

Si la reforma sólo consiste en la supresión de esos delitos, y, a lo sumo, en alguna otra modificación menor relacionada con el tema, las consecuencias jurídicas que se derivarían serían que algunas de las conductas seleccionadas, pasarían a tener penas más severas. Es decir, que el efecto sería posiblemente el contrario al deseado,

pues suprimir dichas figuras delictivas en concreto podría suponer la aplicación de otras figuras penales que castigan los mismos hechos, y con un enfoque punitivo diferente, pero igualmente aplicable.

Por ello, en este trabajo se analizará por qué se produciría ese efecto contrario en caso de materializarse dicha expectativa de despenalización de los delitos de expresión; de manera que quede claro que el debate y respuesta doctrinal sigue siendo la misma.

Pero, además, ampliaremos el análisis con la situación del contexto sobre las propuestas de criminalización de expresiones políticas concretas. Se trata de casos recientes, aunque no estén totalmente resueltos en materia judicial.

Para ello, combinamos análisis dogmático-penal con la reconstrucción de la hechura de la política criminal con el objetivo de evitar respuestas esteticistas y que favorecen conclusiones operativas sobre diseño, implementación y evaluación de alternativas (Aguilar Villanueva, 1992).

En esta línea, debemos remarcar que la literatura especializada describe un desplazamiento desde modelos de actor racional a enfoques procedimentales y de redes, que integran racionalidad limitada, incrementalismo e implementación como factores explicativos del éxito o fracaso de las políticas (igualmente, Aguilar Villanueva, 1992; o Klijn, 1998). Que no es sino el resultado final de lo que estaríamos observando.

## 2. Crítica a la terminología imprecisa

Para empezar, vamos a destacar que el interés político por denominar en su conjunto a estas figuras delictivas como delitos de expresión residiría en encuadrarlos y relacionarlos con el derecho a la libertad de expresión, según el art. 20 CE.

Esto podría sugerir la existencia de una categoría doctrinal que englobe a estos delitos mencionados en el punto anterior. Sin embargo, es evidente que la expresión, especialmente la oral, aunque en este caso consideramos otras formas de expresión, está presente en la comisión de muchos más delitos. A modo de ejemplo podemos citar: el maltrato psicológico, las amenazas, las injurias y calumnias, los actos de apología, las estafas, etc.

La expresión es, si cabe, una de las formas más comunes de cometer un delito.

En definitiva, no es necesario realizar un análisis doctrinal o jurisprudencial profundo para ser conscientes de esta cuestión, que resulta evidente. Por lo tanto, es potencialmente equívoco trasladar al debate público la necesidad de reformar los delitos de expresión haciendo referencia únicamente a una pequeña parte de lo que dicha terminología realmente implica. La elección del rótulo delitos de expresión resultaría equívoca y orientada por parte de los actores que la utilizarían.

Esto nos conduce a entender que la mala nomenclatura condiciona tanto el debate y su arena de discusión, como los posibles resultados que se achaquen a las decisiones de política pública vigentes o que se quieran implementar de cara al futuro.

En última instancia, no debemos perder de vista que las formas de la política ejercen una influencia significativa en la percepción social de la cuestión. Esto se manifiesta claramente en la visión que critica

Bourdieu (1990: 243) de que la política se mueve por la idea de que la opinión pública le respalda.

Considerando que los delitos de expresión podrían englobar una amplia gama de formas delictivas, tanto básicas como especiales, resulta evidente que la elección de esta terminología específica -quizás con cierta imprudencia en el mejor de los casos- obedece a una finalidad de persuasión política hacia la opinión pública. ¿Quién no querría que se regulase mejor un derecho fundamental tan relevante para la democracia?

Pero la realidad es que no se propone una reforma que realmente mejore el derecho o los delitos de libertad de expresión, sino que se busca obtener rédito político al generar la percepción de necesitar una reforma en un sentido concreto para ciertos delitos específicos, con el objetivo de afianzar o captar votos. Por ello, al analizar los detalles de la propuesta -con independencia del medio, del actor o del momento-, se hace patente que la pretensión y los efectos serían discordantes en relación con las medidas planteadas como iremos viendo.

Por ello, sería pertinente determinar qué formas de expresión son conocidas y relevantes para la comisión de los delitos de expresión, correctamente entendidos, dado que existen formas muy diversas y que no siempre se presentarían en todos los tipos penales.

Distinguimos con carácter operativo a los efectos de este trabajo entre diferentes contextos que podemos observar: (i) crítica o parodia de símbolos/ideas/ritos (ámbito del art. 20 CE), y (ii) expresiones dirigidas contra personas o grupos por causas discriminatorias del art. 510 CP (religión, ideología, etc.). Destacando, en su caso,

si el contexto y contenido es de entidad penal suficiente; y salvo que concurra el *animus offendendi*. Esta distinción evitirá asimetrías entre grupos mayoritarios y minoritarios (Cuerda Arnau, 2022; Teruel Lozano, 2015; Valiente Martínez, 2020).

En este sentido, la forma más relevante es la expresión oral, que se refiere a cualquier forma en la que intervenga la voz. Asimismo, podemos observar que existen las expresiones escritas, artísticas, plásticas, visuales y acústicas -incluso el ejercicio legítimo del derecho de manifestación también constituye una forma de expresión de ideas, al igual que el ejercicio de la libertad de cátedra y la libertad de prensa. Es decir, que existen diferentes delitos en los que se producirá una expresión, que señalamos anteriormente, y que es también muy amplia las formas o vías específicas de ejercerla.

En definitiva, las formas de expresión pueden ser muy variadas y todas sus formas de ejercicio legítimo son legales. No obstante, la existencia de los delitos de expresión nos lleva a comprender que no todo ejercicio es ajustado a derecho.

Si bien puede parecer evidente, es preciso destacar que, existiendo el derecho a la libertad de expresión, esto no implica que su ejercicio pueda estar exento de responsabilidad legal. Nuestro ordenamiento jurídico no ampara el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos (art. 7.2 CC y art. 20.4 CE). En consecuencia, la clave reside en determinar el ejercicio legítimo del derecho, entendido como no abusivo ni antisocial.

A la luz de esta complejidad, resulta poco recomendable debatir sobre la idoneidad política de suprimir ciertos delitos vinculados a las formas de ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la

terminología empleada carece de rigor técnico.

Pero, por otro lado, tampoco existe un verdadero rigor técnico al hablar de delitos de odio; que, si bien parece obviarse, es una cuestión trascendente en este debate.

Este concepto en términos académico-nacional refiere a la criminalización de los discursos de odio (Barrera Blanco, 2022). Que difiere de la traducción equívoca, normalmente anglosajona, de lo que aquí se ha de denominar para diferenciar ambas cuestiones, los delitos de actos de odio.

Esta segunda categoría refiere a los hechos motivados con odio, como manifestación exterior y material -no precisamente dialéctica-, de los diferentes discursos de odio.

Hoy en día hemos visto como ha proliferado, especialmente desde la reforma de 2015 del Código Penal, las especializaciones en delitos de odio; como por ejemplo la fiscalía especializada, o departamentos policiales, etc.

El problema surge, a la luz de esta distinción académica que acabamos de señalar, cuando no todos los hechos presuntamente delictivos que se deciden analizar como delitos de odio los son en realidad -en sentido técnico y con perspectiva doctrinal nacional-, sino que son delitos de actos de odio.

Ello alimenta una desafección social sobre la importancia de denunciar los delitos de actos de odio bajo la percepción de que luego no se castigan, precisamente, como delitos de odio. Lo cual es una circunstancia que alimenta el debate, pero de una forma incorrecta.

Como se ha indicado, esta cuestión que analizamos aquí no es aleatoria. Muchas de las conductas mal calificadas como delitos de expresión, serían en realidad formas especiales del delito de odio como veremos, y de ahí la importancia de señalar la conexión entre los dos debates.

En definitiva, la idea de supresión de los delitos de expresión no parte de una terminología acertada ya que pretende hacer pasar por una idea de expansión y mejora legislativa del derecho reconocido en el art. 20 CE; pero que no dejaría de ser una utilización interesada de los delitos de odio.

No obstante, es evidente que la implementación depende de la coordinación entre niveles de gobierno y actores no estatales; por eso es clave identificar quién gana/quién pierde, recursos y reglas de juego para anticipar efectos y resistencias (Subirats *et al.*, 2008).

En este sentido, debemos señalar que los principales actores de estos debates son los partidos políticos, las instituciones públicas y la prensa; pues ellos tejen las redes y convergen, o no, hacia la ventana de oportunidad.

### 3. El verdadero conflicto de base: desaliento o abuso

Más allá del posicionamiento ideológico-político, este tema -pues insistimos en que realmente es uno- presenta un importante debate doctrinal que debe considerarse. Éste se centra en la cuestión de si las expresiones que se castigan producen un efecto de desaliento para el ejercicio de derechos legítimos, o si constituyen un castigo para un ejercicio abusivo y antisocial.

Siguiendo el posicionamiento de Cuerda Arnau (2022) sobre la teoría del desaliento del ejercicio legítimo de un derecho, prima facie, se podría pensar que la condena de ciertos hechos con determinadas categorías delictivas influye en la percepción de que se está castigando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Si bien, asumiendo esta formulación teórica como cierta, cuya lógica es difícilmente indiscutible, es preciso considerar algunas valoraciones que no deben obviarse para evitar caer en argumentos demagógicos alejados de la formulación de esta idea.

En primer lugar, el Derecho penal no surge para limitar el ejercicio de ningún derecho -al menos en un Estado como el nuestro-, sino como instrumento de control social para evitar comportamientos que atenten contra la convivencia (lo que implica los análisis de dogmática penal y criminología en cuestiones de retribución y prevención). Por lo tanto, la motivación que lleva a la tipificación no parte de la premisa de suponer un límite a un derecho existente; sino de ejercer un control social sobre comportamientos humanos antisociales.

Basta leer cualquier manual de los últimos años de Parte General de Derecho penal, incluso con independencia de su fecha, como puede ser Muñoz Conde y García Arán (2022: 25-27).

En segundo lugar, es necesario diferenciar entre una pretensión de desaliento de la norma -que no debería existir-, y la situación de desaliento o desafección que pueda darse como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto.

Como señala Cuerda Arnau (2022), en su artículo, es cierto que, en determinados casos, ya sea por la naturaleza del acto que se castiga o por la severidad del castigo, puede producirse una situación que desincentive a los sujetos a replicar acciones que inicialmente se consideraban lícitas. Sin embargo, es importante destacar que la apariencia de ilegalidad no implica que la acción sea ilegal, y mucho menos que deba quedar impune cuando así lo sea -aunque esto nos puede llevar a los debates sobre prevención general o especial de las normas penales.

En este segundo caso, nos referimos a los supuestos en que, por aplicación de las normas penales, en un supuesto específico, se pueda concluir que la medida es desproporcionada a la real gravedad del hecho; y de cuya lectura se desprenda una tónica de desaliento para ejercer los derechos en circunstancias idénticas o análogas.

Esta cuestión se ve claramente en casos como el de bandera (STC, 190/2020) -comentado por Cuerda Arnau- y el de las fotos del Rey (TEDH, Stern Taulats y Roura Capellera, 2018).

Dentro de los casos comentados por Cuerda Arnau, tenemos también el caso de una condena por ultraje por insultar a la bandera con un megáfono en su soporte izado.

Estos tres ejemplos revelan que los tribunales nacionales tienden a ver determinados ejercicios del derecho a la libertad de expresión como abusivos. Sin embargo, especialmente en el caso de las injurias al Rey, por el posterior pronunciamiento del TEDH, se pone de manifiesto que el problema en sí no es el hecho de castigar los actos abusivos; sino el problema

de una pena que pueda entenderse como desproporcionada.

Para estas situaciones, el problema no reside en la norma en sí misma, sino en su interpretación y aplicación. Específicamente, en su caso, por obviar un principio general del derecho como es el de proporcionalidad (Aguado Correa, 2012), además de otros que podrían invocarse como consecuencia de dicha inobservancia, ya sea deliberada o no.

Considerando que el efecto disuasorio se inicia con el procesamiento y posteriormente con la condena -en caso de que esta se presente-, en muchas ocasiones surge más la sensación de desaliento por la interpretación legal hacia una pena severa, que por el hecho de que se condene lo que, por confianza en nuestro sistema, debe ser castigado.

Otro aspecto por considerar es la posibilidad de los efectos discriminatorios de la pena de banquillo, como lo señala Martín Ríos (2019), en referencia a los efectos que se derivarían del simple hecho de procesamiento de un sujeto.

En definitiva, debemos remarcar que no se puede predicar una situación de desaliento si nos encontramos ante un ejercicio antisocial o abusivo del mismo. Puesto que ella en sí misma justificaría la intervención del Derecho penal como mecanismo de control social. Esto se debe a que lo que se busca es prevenir la lesión por dicho tipo de comportamiento que perjudica a un bien jurídico protegido, el cual debe ser atendido.

Como consecuencia de lo anterior, la pregunta que debemos plantearnos es: ¿Cómo sabemos si estamos ante un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión?

Ante esta situación, podemos utilizar como referencia dos sentencias: la STE-DH, Otto-Preminger-Institut de 1994, y la SCIDH, Olmedo Bustos y otros de 2001.

Esta comparativa, que no se va a centrar en cuestiones puramente dogmáticas, nos va a permitir apreciar una serie de matices con respecto a la propia visión de la libertad de expresión y la modulación de la respuesta jurídica para evitar posibles efectos de desaliento

Si bien estos casos han sido objeto de análisis en diversas ocasiones, continúa siendo un referente para comprender cómo dos sentencias sobre la libertad de expresión, enmarcadas en contextos distintos, pero con puntos de conexión relevantes -como tratar posibles ataques a un grupo por su creencia religiosa en una obra cinematográfica-, se fundamentan en perspectivas divergentes sobre un mismo derecho. Habitualmente, se realiza esta comparación a partir del enfoque en la ponderación de derechos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se puede apreciar en Barrera Blanco (2022: 74-78).

Ambos pronunciamientos presentan resultados que difieren debido a dos concepciones antagónicas del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, sus razonamientos jurídicos son fácilmente identificables en función del contexto histórico y geográfico de ambos tribunales.

Ambos casos abordan la libertad de expresión artística de dos películas cuyo contenido parecía entrar en conflicto con el derecho a la libertad religiosa.

En el caso europeo, se determinó la medida de secuestro judicial; mientras que, en el caso americano, se trataba de una medida de censura.

Esta diferencia marca la distinción en la respuesta sobre el contenido del debate. No obstante, existen algunos aspectos que explican esta situación.

La Corte Interamericana fundamenta su posicionamiento doctrinal valorando aspectos de las leyes de los Estados de su ámbito, donde los Estados Unidos de América tiene un importante peso socio-político.

Por lo tanto, es crucial considerar la importancia de la visión de la libertad de expresión en este país, ya que la Primera Enmienda de su Constitución consagró la idea de la libertad de expresión como un derecho casi ilimitado. En términos de equivalencia, respecto a nuestro ordenamiento jurídico, sólo sanciona, en los Estados Unidos de América, la incitación directa e inmediata a la comisión de un delito. Esta perspectiva se ha observado en los votos particulares de sentencias del Tribunal Constitucional, como en el citado caso de la bandera.

Esta visión lleva a rechazar ciertas formas delictivas, como la criminalización de los discursos de odio, argumentando que atentaría contra el espíritu de la Constitución tras la Primera Enmienda. Al menos en ese contexto sociopolítico.

En cuanto al caso particular, la respuesta es clara y, evidentemente, compartida: el ejercicio de censura en cuestión es contrario a la libertad de expresión.

Sin embargo, el caso no profundiza en una cuestión crucial: en un conflicto entre dos derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad ideológica, ¿cuál debe prevalecer?

Para responder a esta cuestión tenemos el caso europeo, donde no se trató de un ejercicio de censura -o al menos así con-

sideramos que debe interpretarse-, sino de una medida legal ajustada a derecho como es el secuestro judicial para evitar su difusión.

El tribunal no se planteó, o al menos no parece que lo considerara necesario, los efectos de la medida sobre el derecho, sino el conflicto de fondo entre la prioridad o no de uno u otro derecho.

Su respuesta resulta ilustrativa, ya que lo que debatió y estimó fue que en un conflicto de este tipo no se debe establecer una jerarquía de los derechos en conflicto, sino un sistema de ponderación. Este sistema consiste en determinar qué derecho se considera que está siendo ejercido de forma incorrecta; es decir, que obliga al otro a realizar un sacrificio que lo hace inoperante.

En este caso, no sólo se consideró la legalidad de la medida, que era válida en este caso, sino que se ponderó considerando que, en esta ocasión, el ejercicio de la libertad de expresión supondría un sacrificio que atentaba contra el sentimiento religioso y, en consecuencia, este último debía prevalecer al ser el justificador de la medida.

En esta línea, por el contrario, si se priorizara la libertad de expresión, se vaciaría de contenido al otro derecho e incluso, en su caso, a cualquier otro derecho que entrara en conflicto con el primero. Por ello, la interpretación que se realizó fue que la lectura y ponderación de los derechos no debía hacerse en función de una hipotética jerarquía, sino que se debían entender a todos en el mismo nivel y operando simultáneamente; y que su lectura e interpretación debía hacerse en su conjunto -el de los efectos de todos los derechos operando simultáneamente sin jerarquía

entre ellos-, por lo que se debían limitar los ejercicios abusivos y antisociales.

Es decir, que esto nos permite observar como de manera concreta la existencia de ciertos delitos expresión, en este caso el de escarnio religioso, no es necesariamente desalentador de la libertad de expresión y no es necesaria su supresión. Es más, podría ser necesaria.

En nuestro caso, y considerando el enfoque del TEDH con la visión general de la doctrina y jurisprudencia respectivamente del TC y del TS, no cabe otra opción que entender que los delitos de expresión responden a una cuestión de justicia ante conductas antisociales; sin perjuicio del debate sobre la intensidad de la consecuencia jurídica, la cual debe ser o no repensada en términos de proporcionalidad y de forma que se aleje de la posible idea del desaliento del ejercicio de legítimos derechos en la sociedad.

En definitiva, el desaliento no deriva de la existencia del tipo penal, sino de interpretaciones o respuestas desproporcionadas. La jurisprudencia del TEDH ha protegido expresiones políticas sin incitación (Stern Taulats y Roura Capellera, 2018; Otegi Mondragón, 2011) y ha admitido restricciones en colisión intensa con convicciones religiosas (Otto-Preminger-Institut, 1994), explica que el TC haya subrayado el rol del contexto solemne y la proporcionalidad (STC 190/2020) como factores para confirmar la condena. Por ello, el debate debe desplazarse desde “suprimir tipos” a graduar la respuesta y aplicar simétricamente los criterios (Cuerda Arnau, 2022).

Y todo ello nos conecta nuevamente con los temas de como los actores han hecho bandera, o no, de estas cuestiones en el debate público.

## 4. La verdadera naturaleza de los mal llamados delitos de expresión

Los delitos de expresión, a los que se refiere la propuesta política, y que consideramos mal identificados, presentan una importante carga ideológica por lo que se justifica un interés particular en ellos.

Sin embargo, la supresión de estos delitos para evitar su utilización resulta desaconsejable, pues el efecto directo, en algunos casos, sería la agravación en términos punitivos de dichas conductas antisociales que, precisamente, buscarían castigar. Esto revela un cierto desconocimiento del sistema penal y su funcionamiento por parte de los proponentes.

El escarnio religioso, el ultraje a los símbolos nacionales y las injurias a la Corona son en la mayoría de su configuración tipos penales especiales de distintas modalidades básicas, pero con penas menores a sus tipos básicos de referencia en algunos casos.

Procediendo a analizar cada delito en concreto que se vería afectado podemos observar las siguientes cuestiones, en línea con Barrera Blanco (2022: 139-147).

La apología del terrorismo, como delito autónomo, presenta dos limitaciones. La primera es su dificultad para ser suprimida debido a compromisos internacionales en su regulación y la normativa europea -sobre el tema de la apología del terrorismo y la influencia de la normativa europea debemos señalar trabajos como los de Menéndez

Conca (2020) ya que incide precisamente en la cuestión de ser una modalidad de los delitos de odio y estar comprometido su contenido legal a acuerdos que vinculan a nuestro Estado-. La segunda es que la conducta tendría dos posibles encuadres adicionales en caso de desaparecer dicha medida concreta del art. 578 CP.

Los casos del escarnio, ultraje y apología del terrorismo son, en realidad muchas veces según sus elementos, formas especiales de los delitos de odio del art. 510 CP, mientras que las injurias a la Corona seguirían siendo persegibles de oficio como injurias contra una autoridad del art. 215 CP. Si bien, es necesario aclarar, respecto a los primeros, que lo son con respecto a las acciones que tengan encuadre en el concepto de apología del odio del art. 510 CP que, debido a las reformas y las diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, no parece que se valore siempre. Pues como se ha indicado con anterioridad sería el origen de la tipificación de la conducta.

Por lo tanto, su supresión no supondría ningún cambio en la persecución judicial de dichas conductas de delitos de naturaleza pública. Únicamente se dejarían de aplicar las reglas de aplicación de concursos de normas por subsidiariedad tácita conforme al art. 8 CP. Y, como se ha mencionado, el caso de la apología del terrorismo seguiría vigente tanto su consideración como delito de odio, art. 510 CP, como forma de incitación de los actos preparatorios punibles, conforme a los arts. 18 y 579 CP.

La situación de resolver un concurso de normas se debe al presupuesto de hecho claro de que al encontrarnos ante uno o más tipos penales especiales frente a uno básico, no deberíamos incurrir en valorar

dos veces lo mismo -principio de non bis in idem-, por lo que debemos elegir uno para calificar los hechos.

Es preciso señalar que, para una parte de la doctrina, la aplicación del art. 510 CP exige que la expresión trascienda el símbolo y lesione la dignidad de personas (art. 510.2 CP) o incite (art. 510.1 CP). En estos casos, suprimir tipos “simbólicos” (por ejemplo, el art. 525 CP) produce el llamado efecto boomerang (penas mayores), pero consideran que no todas las conductas podrían redirigirse al tipo básico, ya que no están consideradas de forma explícita. Un ejemplo de ello serían los escarnios religiosos sobre los símbolos, que serían parodias simbólicas “puras” que, sin ese plus, no migran al art. 510 CP y quedarían extrapenales conforme al art. 20 CE; serían amparadas por el

derecho a la libertad de expresión al ser atípicas penalmente hablando con dicha supresión (Muñoz Conde y García Arán, 2022).

En este caso particular, es preciso señalar que los efectos prácticos del art. 8 CP, priorizando la aplicación, por ejemplo, del art. 525 CP -delito de escarnio religioso estudiado, entre otros autores por: Roca de Agapito, 2017; Souto Galván, 2017- y, en su eventual migración al art. 510 tras su supresión, deben interpretarse a la luz de las redes y la capacidad estatal. Es decir, donde exista capacidad de implementación y alineamiento de actores, el redesign normativo genera efectos; en caso contrario, la reforma corre el riesgo de ser simbólica (Klijn, 1998; Aguilar Villanueva, 1992). En otras palabras, la reforma de suprimir un tipo penal poco utilizado sería meramente estética, pues su poca o residual utilización en el nuevo tipo podría no suponer cambio alguno.

En la siguiente tabla comparativa se muestran las penas que pasarían a ser de aplicación:

**Tabla 1**

	COMO TIPO ESPECIAL	COMO TIPO BÁSICO
Sólo se aplica tipo básico (510 CP) si concurren sus elementos (dirigido a personas/grupo, lesión de dignidad o incitación). En ausencia de tales elementos, no hay migración.		

ESCARNIO RELIGIOSO	525: Multa de 8 a 12 meses	<p>Delito de Odio (religioso):</p> <p>510.1: Prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.2: Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses; prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.3 y .4: Posibilidad de mitad superior o superior en grado</p> <p>510.5: Inhabilitación</p> <p>510.6: Posibilidad de borrado del contenido</p>
ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS NACIONALES	543: Multa de 7 a 12 meses	<p>Delito de Odio (ideológico):</p> <p>510.1: Prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.2: Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses; prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.3 y .4: Posibilidad de mitad superior o superior en grado</p> <p>510.5: Inhabilitación</p> <p>510.6: Posibilidad de borrado del contenido</p>
APOLOGÍA DEL TERRORISMO	<p>578.1: Prisión de 1 a 3 años, multa de 12 a 18 meses y medidas del art. 57</p> <p>578.2 y .3: Posibilidad de mitad superior o superior en grado.</p> <p>578.4 y .5: Posibilidad de borrado del contenido</p>	<p>Delito de Odio (ideológico/religioso) / Acto Preparatorio Punible:</p> <p>510.1: Prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.2: Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses; prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses</p> <p>510.3 y .4: Posibilidad de mitad superior o superior en grado</p> <p>510.5: Inhabilitación</p> <p>510.6: Posibilidad de borrado del contenido</p> <p>Terrorismo (acto preparatorio punible)</p> <p>579: Pena de -1º o -2º de las penas del capítulo</p>

		<b>5. Cómo identificar un delito de odio en general ante tanta polémica</b>
	<p>490.3:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Graves: Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses</li> <li>— No graves: Multa de 6 a 12 meses</li> </ul> <p>491:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Distintas: Multa de 4 a 20 meses</li> <li>— Desprecio gráfico: Multa de 6 a 24 meses</li> </ul>	<p>Calumnia, más cualidad de la víctima (215)</p> <p>206:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Con Publicidad: Prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses.</li> <li>— Sin Publicidad: Multa de 6 a 12 meses</li> </ul> <p>207: Excepción de prescripción</p> <p>Injuria, más cualidad de la víctima (215):</p> <p>209:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Graves: Multa de 3 a 12 meses</li> <li>— No graves: Multa de 3 a 9 meses</li> </ul> <p>210: Excepción de prescripción</p> <p>En esta parte, vista ya las cuestiones de las multas y el asentamiento de posturas, vamos a considerar que implica esas excepciones cuando se analizan casos concretos de delitos de odio que vamos a ver en el siguiente punto. Por ello, lo primero es establecer para este trabajo, en consecuencia, una tipificación de lo que puede considerarse delito de odio, ya que bajo la premisa de que se querían regular delitos de expresión, lo que se vería realmente afectado en mayor medida en los casos observados es la regulación en materia de odio y discriminación.</p>

Tabla 1. Fuente: elaboración propia.

En definitiva, se observa con claridad que la propuesta de supresión no conlleva realmente a una despenalización de las conductas, sino a la aplicación por defecto de otras modalidades.

Por ello, debemos observar que, dentro de las polémicas de determinados casos, y las formas en que se condenan, no se debería centrar tanto el foco en la categoría penal como en la consecuencia jurídica de la intensidad de la pena.

Los casos que estamos analizando en este estudio no parten de la idea de que no se deban condenar los supuestos abusivos; sino de la importante reflexión que es valorar, en su caso, si las condenas son realmente proporcionadas al hecho. Pero no por el fin del desaliento; al contrario, por la finalidad de la prevención de la delincuencia y la consecución de los derechos humanos.

La identificación de un delito de odio, por tanto, debe atenderse primero por su contenido material. Siguiendo nuestros análisis previos, se entiende por delito de odio la criminalización de los discursos de odio, que se basan en la idea de negación de la dignidad humana de un grupo diana (término acuñado por Teruel Lozano, 2015), conforme a las causas discriminatorias previstas en el Código Penal -sacadas a su vez de la Constitución española, aunque no se hayan integrado todas-, que por medio de la expresión coloca a dicho grupo en una consideración inferior al resto.

Esto se constata con la negación de sus derechos incluyendo el hecho de justificar la violencia contra ellos -pues tendrían menos derechos que los demás y no pasaría nada por ejercer violencia contra estos sujetos- o enaltecer a los autores, de manera que podrá, potencialmente, cometerse un delito de acto de odio. Su

regulación de tipo básico se encuentra en el art. 510 CP.

El delito de acto de odio es, por otro lado, el que se produce con una motivación de odio, como exteriorización al asumir un discurso de odio contra un sujeto. La causa discriminatoria debe estar igualmente prevista en la norma penal, pero pudiendo estar incluida dentro del tipo penal concreto o ser la genérica del art. 22.4<sup>a</sup> CP.

Por ello, es necesario que concurren los siguientes elementos para saber que estamos ante un delito de odio:

- Que se cometa mediante alguna forma expresión y de forma pública; también denominable como discriminación dialéctica (Barrera Blanco, 2022).
- Que la misma suponga una negación de la dignidad humana de un grupo diana.
- Que la causa esté prevista en la norma penal.
- Que no se produzca en contextos justificados (ad iocandum causam o ad docendum causam; o sin antijuridicidad).

Por ello, en los casos que vamos a analizar a continuación podemos ver cómo de acertados o no, han sido los casos propuestos para ser considerados para la supresión de algunos de los delitos de expresión y luego los casos sobre los límites de las expresiones de contenido ideológico de diversos partidos políticos.

## 6. Los casos recientes que reavivan el debate

### 6.1 Ejemplo de casos de los delitos de expresión erróneamente considerados

Como se ha indicado al inicio de este trabajo, este debate no es nuevo. Sin embargo, es relevante analizar los contextos recientes que lo han puesto en el foco de atención y las implicaciones penales que conllevan dichos casos.

Resulta pertinente contextualizar algunos aspectos añadidos antes de su análisis. En primer lugar, este tema surge vinculado a la regularización de los delitos de odio en el Código Penal. La tramitación de la ley, anterior a 1995, evidencia que, en las enmiendas del proyecto, se planteó el conflicto de que la idea de criminalizar un discurso de odio se basaba en el concepto de apología del art. 18 CP como acto preparatorio punible (Laurenzo Copello, 1996). Esto es lo que llevará tras la reforma de 2015 del Código Penal a nuevas posturas gracias a la presencia de nuevos compromisos internacionales y cambio de visión de la cuestión de los delitos de odio como instrumento de dignificación frente a la discriminación (Barrera Blanco, 2022).

A pesar de que el precepto se encuentra previsto en la ley, apenas tuvo aplicación hasta la reforma de 2015 (Barrera Blanco, 2022: 24-26). En esencia, se trata de un delito que ha pasado desapercibido hasta hace relativamente poco.

Por ello, de los casos observados para este apartado (cuyas referencias en la hemeroteca hemos señalado al comienzo del trabajo), algunos ya han sido judicializados y comentados doctrinalmente; pero vamos a implementar sobre ello las lecturas y posicionamientos que hemos desa-

rrollado anteriormente intentando visibilizar como se habrían abordado con una finalidad más electoralista que de mejora de la técnica legislativa, ellos son:

1) El caso del rapero Pablo Hasél: la cuestión central reside en si su manifestación artística, que llevó a su consideración y condena como apología del terrorismo, debe ser castigada. Este caso se enmarca en los denominados delitos de expresión que se busca suprimir, concretamente el de apología del terrorismo.

En este caso, se observa que su despenalización sí conllevaría una mejora en la pena, incluso si se le condena por otra figura equivalente.

Pero, este caso presenta el reto más importante, ya que su regulación está vinculada a compromisos internacionales y a la normativa europea, por lo que no parece que fuese a poder prosperar.

2) El caso de la normalización de los insultos a ciertas profesiones: este caso, si bien quizás no sea particularmente muy recordado, fue muy significativo, ya que fue propuesto por un vicepresidente del Gobierno con respecto a los insultos y descalificaciones hacia los periodistas, lo que en esencia vendría a justificar la violencia verbal contra pensamientos disidentes, coartando la libertad de prensa.

Aquí no se hablaba de una despenalización como tal de delitos, sino de una posible asunción de no antijuridicidad a conveniencia de lo que es o no la apología criminal contra un grupo diana determinado no sólo por la ideología sino la profesión. Este conato de debate habría implicado desnaturalizar o incluso suprimir no sólo los deli-

tos de expresión, sino también la base de los delitos de odio, en cuanto a la criminalización de discursos de odio contra grupos diana.

3) Las quemas de fotos de la monarquía: en este caso, lo llamativo es cómo, hasta ahora y como en otros casos, en España los tribunales serían especialmente garantistas con respecto a las víctimas, tanto en el fondo como en la forma.

Este caso chocaría, o al menos en apariencia, con los estándares europeos con respecto a la protección que debe tener un Jefe de Estado; sin embargo, como se ha mencionado, la supresión del tipo concreto no elimina la punición básica que sería de aplicación y, dado el carácter de autoridad y empleado público, se seguiría beneficiando de la naturaleza pública de los delitos de injurias y calumnias básicos.

En este supuesto, la consecuencia sería dispar según los hechos concretos, pues habría casos con más consecuencias y otros con menos.

Para lograr una supresión total, sería necesario ir más allá de lo inicialmente propuesto o modificar simultáneamente las implicaciones de los tipos básicos. En este caso, si bien las medidas de protección de la Corona podrían considerarse excesivas (desproporcionadas), quizás debamos asumir que la medida, frente a la alternativa de base, no resulta tan indeseable en última instancia.

4) Las campanadas de 2025: este caso retoma, aunque con menor intensidad, la controversia en torno a Pablo Hasél. La falta de interés en visibilizar

al grupo diana podría generar un nuevo debate sobre los límites de la expresión en contextos específicos, unidos por el tema del arte y el humor.

El caso resulta controvertido principalmente por el contexto, más que por el contenido en sí. ¿Nos encontramos ante un caso de delito de odio o acto de odio?

Si bien la respuesta puede ser debatida, es innegable que se trata de un caso relacionado con una causa de discriminación contemplada en el Código Penal.

Al igual que con los insultos a periodistas, podemos debatir sobre los límites de la expresión en este caso. Sin embargo, tomando como referencia la ponderación del TEDH anteriormente mencionada, si existen indicios delictivos no podemos ignorar un comportamiento considerado antisocial o abusivo.

En este supuesto, reconducirlo al tipo básico del art. 510 CP conlleva una mayor punición, lo cual sería contrario a la pretensión inicial.

Hasta este punto vemos como los efectos de la posible supresión de los delitos de expresión que se verían afectados, en el caso de la implementación las consecuencias jurídicas podrían no ser precisamente esa supresión. Pero para enfatizar esa posible situación de desafección por una desproporcionada aplicación vamos a tomar como referencia el último caso; ya que se conecta con la temática de fondo comentada con la relación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y la creencia religiosa que vimos anteriormente.

Desde un punto de vista técnico de valoración de tipo objetivo de escarnio religioso, es altamente probable que lo fuera en el caso de las campanadas. Sin embargo, se trata de una entidad muy reducida en comparación con otras, y en este caso, excusada bajo la figura de *ad iocandum causam*.

Desde una perspectiva actual y un análisis global de los delitos de odio, reside en que este precepto, el del art. 525 CP, se fundamentaría en la dignificación de los miembros de la sociedad.

El tipo penal, aunque se intente desacreditar como un delito de blasfemia (sin embargo, su contenido sería otro como se señala en Barrera Blanco (2022: 139-140))-lo cual no constituye un delito debido al derecho a la libertad de expresión-, regula fundamentalmente la apología del odio basada en la creencia religiosa de forma específica. Incluso, incluye un aspecto que sólo se encuentra, además, en el delito de ultraje a los símbolos nacionales que esla posibilidad de que el acto de difundir un mensaje de desdignificación sea través de los elementos que representan al grupo.

En otras palabras, este tipo penal no sólo se comete al alentar o justificar la violencia contra el grupo diana de creyentes, sino que también se considera cuando se produce una vinculación con elementos que lo identifican. Este aspecto debería plantearse en algunos casos del tipo básico de delitos de odio, como las banderas del colectivo LGTBIQ+ o la de la etnia gitana en casos de antigitanismo. Esto sí sería un avance legislativo llegado el caso.

En este supuesto, se prepara y exhibe de forma cómica un elemento identificativo de un grupo religioso, como las estampitas de los santos, y se habría ridiculizando la creencia en ellas y sugiriendo que

los creyentes son inferiores por creer en ello al rezar. En consecuencia, se alienta y transmitiría la idea de inferioridad del grupo, lo que conduce a su cosificación indirecta y a ser objeto de burlas, ofensas e incluso actos más graves.

En definitiva, sí se puede afirmar que el hecho, desde un punto de vista objetivo, pudo haber ocurrido. Sin embargo, la parte subjetiva o la determinación de la culpabilidad respecto a la cuestión de la intencionalidad es más compleja. Podríamos estar ante un caso de imprudencia, ya sea por inobservancia de las normas de respeto o por la clara intención jocosa de la acción, propia de una persona dedicada profesionalmente al espectáculo y el humor (siendo totalmente subjetiva su percepción).

Por ello, se podría afirmar que sí hubo un delito de escarnio en cuanto al contexto, pero no en cuanto a la determinación de culpabilidad al no acreditarse la intención.

En cualquier caso, este debate parece responder a un interés político, ya que no parece necesario ese tipo de recursos para anunciar unas campanadas en una cadena pública. Una disculpa y un pedir perdón a quienes pudieran haberse sentido ofendidos, como parece ser que se consiguió, resultan quizás más convenientes en este tipo de casos.

No obstante, dentro de los casos de escarnio religioso, este sería de los más inocuos, ya que depende de si las personas creyentes lo han tomado con humor o no. Esto demostraría su poca entidad o insignificancia respecto al hecho, no al resultado. Pero no por la estampa cómica, sino por el comentario sobre el rezar -cosa en lo que no se centró el caso judicialmente y parece lógica su desestimación en esa línea.

En cualquier caso, esto no justifica respuestas vengativas o réplicas basadas en el odio, incluidas aquellas que, de momento, no se consideran causas de odio para la norma penal, como las relativas a su físico. Siendo las discriminaciones por este tipo de causas, entre otras, sobre las que se debería debatir la necesidad de inclusión en la norma penal.

Si bien, dentro de estas polémicas analizadas, con casos relativos a la libertad de expresión y delitos de odio, y las causas que están o no tipificadas en el Código Penal, la controversia continuará mientras la técnica legislativa sea deficiente, como sucedió con otros casos observados como son: los profesionales de servicios esenciales durante la pandemia, el niño taurino, los insultos racistas en el deporte motivados por la pertenencia a un equipo, las propuestas políticas, el físico y la estética, la caza del pijo o las cancelaciones sociales, etc.

Por lo tanto, dentro de esta forma de criminalidad existen probablemente debates que requieren aún mucha profundidad y que deben basarse en consensos doctrinales -que aún no se han alcanzado en su totalidad-, desde la dignificación y con especial énfasis en las causas que son o siguen siendo invisibilizadas, tanto doctrinal como socialmente.

Por ello, podemos plantearnos, igualmente, la importancia de evitar dobles raseros.

En cualquier caso, podemos observar como las arenas de debate en estos casos buscaban más un rédito político (trasladar la imagen de cómo orientar una eventual reforma según un partido político u otro), que en proponer una mejora en la regulación en una materia tan sensible.

## 6.2 Ejemplos de casos de delitos de odio reciente en el debate político y social

Por otro lado, tenemos los casos recientes de incitación al odio por parte de la clase política en España y su posible criminalización.

En este apartado, a diferencia de los comentados anteriormente, sobre la posible inoperancia real de la propuesta de supresión y la necesidad de ver las necesidades de protección pendiente, vamos a señalar como se observa un gran uso partidista, especialmente a través de los partidos políticos como agentes del debate de las políticas públicas, a la hora de trazar los límites de la libertad de expresión. Si bien existen múltiples casos, nos vamos a centrar en algunos de los más recientes por el impacto social que están teniendo ya que afectan a diversos partidos de relevancia en el panorama nacional.

En este trabajo vamos a observar lo ocurrido con:

- 1) Torre-Pacheco y la caza del inmigrante: para este caso debemos contextualizar una serie de hechos que se dan a la vez para distinguir que ha sido o no un supuesto de delito de odio.

Lo primero, es ver que existía una población concreta dónde se dice que ha crecido la preocupación ciudadana por un aumento de la población inmigrante y un teórico aumento de la delincuencia que dio lugar a una serie de altercados tras una agresión a un vecino de avanzada edad y su identificación con un grupo inmigrante concreto.

De los actos de repulsa por este hecho y a la misma vez que hacia pocos

días, miembros de un mismo partido político reivindicaban el uso de las medidas de extradición de los que se considerasen inmigrantes ilegales que cometiesen delitos (comenzando por el de entrada y permanencia ilegal en el territorio). Y con ello coincidió con un llamamiento claro a la denominada caza del inmigrante en dicha localidad.

Mientras no se conecte el llamamiento con el partido político -más allá de las alegaciones partidistas o suposiciones periodísticas que muchas veces observamos en los medios sobre: quien dijo tal o cual, o para mí eso le responsabiliza... y demás cosas que se puede leer- y, en su caso, exista una condena a la violencia -aunque se podría valorar la intensidad o contundencia de esta en este caso concreto- debemos entender que el posicionamiento político entra dentro de los estándares de pluralidad democrática.

Partiendo de la no militancia del Estado español (Barrera Blanco, 2022: 85; en conexión con la STC 177/2015, entre otras), lo que ofrece una mayor pluralidad política frente a otros Estados militantes, el posicionamiento sobre la inmigración ilegal está amparado por el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo político. Pero no el llamamiento concreto a la caza del inmigrante ni la justificación de la violencia; ya que es constitutivo de un acto de apología contra un grupo diana por razón de su origen, raza o etnia; en definitiva, un discurso de odio.

Por ello, es imprescindible establecer, en su caso, una conexión entre el partido político y los llamados a dicha acción de persecución, que entonces sería parte de la propia apología. Si por

el contrario es sólo una cuestión circunstancial, podrá debatirse la oportunidad o pertinencia de las declaraciones para expresar su posicionamiento político por los efectos apologéticos de justificación o alentar indirectamente, pero no se podrán considerar inicialmente como criminales. Ya que entonces sí habría un efecto de desaliento hacia el legítimo derecho de expresión sobre las políticas sociales dentro de nuestro Estado.

Con independencia de lo anterior, los actos de violencia entre los grupos de migrantes y no migrantes serán en su caso delitos de actos de odio de unos a otros.

2) El caso de Jumillas, y la prohibición del uso de espacios deportivos para la matanza del cordero en la festividad musulmana: igualmente debemos contextualizarlo.

Si la motivación es una cuestión de salubridad, orden público o incluso por proteger a los menores de asistir a esa matanza -como se haría con las corridas de los toros-, la medida en sí no debería considerarse motivada por odio.

Sólo podremos determinarla cuando, en este caso, se constate que existía una pretensión de prohibir el derecho al culto o de manifestación religiosa en claro agravio comparativo con otras. La exposición de motivos de la moción parece apuntar a ello, pero debido a las fases de la tramitación y los procesos políticos de determinación de esta medida parece haber dudas entre lo inicialmente propuesto y lo finalmente acordado por el consistorio.

El debate sí podría, por otro lado, valorar si se constata una prohibición a participar en dicho rito de forma factíca y contundente -cosa que no pasa si existen otras alternativas tanto públicas como privadas-; o si debiera desarrollarse una política pública de alternativa para trasladar los actos a un sitio mejor o con mayores garantías de salud o para la protección del menor, en su caso. También podría debatirse la idoneidad temporal para proponerla.

En definitiva, la medida de prohibición de utilización un espacio público para un fin distinto no es en sí atentatoria si se establece en unos parámetros correctos para garantizar los derechos del colectivo, en este caso la comunidad musulmana; no así si la justificación de la medida o una clara inactividad pública que se orientase directa o indirectamente a impedir la libertad religiosa en nuestro Estado.

Estos casos, ponen de manifiesto la importancia del debate público sobre los delitos de odio en la política y prensa nacional deben observarse con cierta distancia y acudir a las cuestiones técnicas dado el importante enfoque partidista que podemos observar hoy en día en los medios y los partidos (Valiente Martínez, 2020).

3) El caso de los mensajes del ministro en los incendios. Por otro lado, tenemos el caso de un miembro del Gobierno haciendo comentarios, tal vez, un tanto inoportunos en las redes sociales a raíz de los incendios durante el verano de 2025.

Destaca, en este caso, que la reacción política fuera preguntar parlamentariamente por: mensajes de odio.

Prima facie, es lógico pensar que los mensajes no son constitutivos de delito de odio tal y como los solemos entender, ya que, por un lado, la hemeroteca retrata el tono habitual de dicho ministro -cínico o jocosos- a la hora de expresarse en estas redes sobre temas y debates políticos, destacando lo que podríamos determinar cómo tono irónico, en general. Más allá de lo que como mínimo podemos calificar de inoportuno, especialmente por una posible desafección a su persona o su partido en un potencial electorado; no puede obviarse lo que en este caso podrían ser rasgos técnicos de la presencia de un discurso de odio.

Para estar ante un delito de odio penalmente perseguible debemos ver si se dan los elementos del tipo penal en cuestión. Entre los elementos que se darían claramente es: la difusión de un mensaje de forma pública; y que se dirige contra un grupo diana que se identifica en una causa discriminatoria penalmente prevista, la ideología de un partido de la oposición.

Ahora bien, ¿se produce la discriminación dialéctica en el contenido?

La respuesta técnica en este caso es afirmativa con respecto a la intencionalidad, aunque habría que precisar el contexto.

Los comentarios van dirigidos expresamente a personas concretas que se integran dentro de un grupo diana, como es el grupo de personas que se identifican con una posición política concreta.

De hecho, la esencia de los mensajes sería que las personas con cargos políticos de esa ideología no tendrían

derecho a delegar en otros cargos ni a disfrutar del periodo vacacional; es decir que son menos dignos, o tienen menos derechos laborables. De las formas y de las explicaciones posteriores, la intención de criticar una posible dejadez sobre temas importantes queda bastante claro.

En este caso, no obstante, nos encontramos con un contexto de debate político dónde las expresiones y su gravedad tienden a verse de forma más indulgente por parte de la sociedad; lo que conlleva una percepción de reprochabilidad menor. Pero que no quita ni un ápice de condición odiosa del mensaje en su caso.

En este tipo de casos, como podemos observar, la perspectiva de la prensa y la reprochabilidad por parte de la sociedad hacia los delitos de odio tiende a ser un tanto más laxa, según de dónde vengan. Pero en esto no deja de haber una utilización partidista para favorecer un contexto de mayor polarización social en los intentos de llevar el debate político y social a posiciones de enemistad, dificultando el entendimiento y el conseguir acuerdos en los elementos de conexión hacia el centro común. En definitiva, la percepción social hace que se remarque o no los aspectos de odio de los debates sin que haya ningún tipo de autocontrol para favorecer la convivencia por parte de todo el espectro político.

Es evidente que el debate necesita ser abierto a expresiones de ideas distintas y enfoques diferentes -pues de ello depende muchas veces la capacidad de captación del voto, el ganar peso en la opinión pública y la capacidad de establecer alianzas estratégicas para la consecución de objetivos políticos-. Estos casos que

afectan a diferentes partidos relevantes son un ejemplo de ello.

Esto implica que las expresiones de diversa índole política tienden a ser toleradas o exageradas para intentar conseguir el respaldo social a la forma de gestión de los problemas -si bien en algunos casos, con tanta polarización, pareciera que lo se busca es terminar con la pluralidad democrática en la sociedad en un contexto de guerra dialéctica sin cuartel-; pero la arena política tiende a dramatizar las consideraciones odiosas de unos otros u otros dependiendo de los posicionamientos ideológicos.

Por más que se quiera la tolerancia no es en sí una virtud absoluta, puesto que la intolerancia a los males (crimen, demagogia o vulneración de derechos) es éticamente aceptable (Barrera Blanco, 2022: 45-74).

## 7. Conclusiones

La dogmática muestra que suprimir los mal llamados delitos de expresión no despenaliza automáticamente, pues parte de las conductas migran al art. 510 CP (lesión de dignidad/incitación). El enfoque de políticas públicas añade que la persistencia del debate responde a redes interdependientes de actores y a ciclos de agenda que reactivan controversias sin modificar el diseño ni la capacidad de implementación (Klijn, 1998; Subirats *et al.*, 2008; Aguilar Villanueva, 1992). Puesto que es evidente que ha pasado tiempo suficiente para que se hubiese aprobado e implementado dicha política pública normativa.

La situación actual propicia una notable crispación social que resulta improductiva para la sociedad. Ella genera debates y esfuerzos intelectuales que, en ocasio-

nes, resultan vacíos frente a los desafíos que aún debemos abordar para mejorar la técnica legislativa. Pero que debe acompañarse de una importante labor pedagógica por parte de los medios y la clase política.

De ahí la importancia de que los actores necesitasen corregir la terminología y el enfoque de las propuestas, tendentes al consenso y no a la polarización.

La constante búsqueda de desregularizar de ciertas conductas abusivas, cuyo único objetivo es obtener rédito político, no sólo carece de utilidad, sino que también podría conducir a un mayor desinterés por nuestro sistema jurídico y las políticas asociadas a la dignificación de las personas que son distintas a nosotros. Esta tendencia debe ser observada con preocupación en nuestras sociedades democráticas, no sólo la española.

En vez de grandes saltos normativos, recomendamos una estrategia incremental y deliberativa: (i) definir con precisión el problema público (qué conductas se desea realmente despenalizar o reconducir); (ii) diseñar instrumentos calibrados (ampliar los casos invisibilizados e incluir los símbolos); (iii) control y evaluación ex ante/ex post (conseguir datos que reflejen la verdad de los problemas de actos y discursos por separado); y (iv) ajuste regulatorio en función de evidencia (mejorar los parámetros de proporcionalidad según el contexto y finalidad).

Por ello, la evaluación no sólo debe ser técnica, sino que necesitamos un campo de actores (administraciones, partidos, prensa, fiscalías, judicatura, organizaciones cívicas, academia) con reglas y recursos específicos, dónde debemos valorar nuevos indicadores como: la tasa de éxito, la

simetría entre grupos afectados y el impacto en la convivencia (García Puente, 2001).

La criminalización de los discursos de odio constituye un mecanismo para garantizar los valores democráticos de pluralidad y diversidad, y para reafirmar la dignidad inherente a todas las personas que conforman la sociedad, evitando caer en demagogias. Pero no basta por si sólo ni estamos aun promoviendo un mejor sistema. Por el contrario, este tipo de propuestas alientan en el fondo la supresión del contrario ideológico a toda costa sin condenar la violencia propia.

Por lo tanto, es fundamental impulsar la evolución del derecho antidiscriminatorio y promover la dignificación, un aspecto que aún requiere atención y mejora. La falta de dignidad relega a las personas a la marginalidad y al ostracismo social. A veces con pretensiones políticas que sólo podrían conducir a un sistema militante que triunfe o que termine en un autoritarismo fáctico.

Asimismo, debemos evitar los debates estériles que no aportan soluciones, sino que, por el contrario, restan. ¿Qué sentido tiene desregularizar conductas que tienen como objetivo garantizar y mejorar la convivencia si su único propósito es aparentar un éxito político?

Lamentablemente, hemos sido testigos de cómo la excesiva politización de ciertos casos, debates y reformas, que podrían calificarse de poco sensatas, ha generando consecuencias negativas, produciendo injusticias o grandes retrocesos, precisamente por la priorización de lo estético sobre lo técnico en términos jurídicos, y también políticos.

No se trata de una falta de voluntad para mejorar la sociedad, aunque se pueda

discrepar de las formas, sino que, en ocasiones, no se aborda la raíz del problema que propicia la delincuencia en la sociedad. Es decir, que la pregunta es: ¿Por qué y cómo podemos detener la intolerancia ideológica que nos lleva priorizar lo estético frente a lo conveniente para poder convivir?

En definitiva, la academia debemos intentar ofrecer debates sanos y técnicos para que la sociedad avance; y dirigir el debate hacia la mejora de las leyes y la convivencia social alejándonos del mero interés político y lo estético, y asumir la importancia de la pluralidad para el desarrollo de la sociedad democrática en la que vivimos, sin caer en demagogias.

Por ello, la supresión de los mal llamados delitos de expresión no sólo es mayormente equivocada en el fondo como en los efectos que debería producir. Sino que no nos podemos quedar ahí, puesto que se obvian cuestiones trascendentales como las causas invisibilizadas o los ataques a los símbolos que representan a los grupos diana (Valiente Martínez, 2020; Laurenzo Copello, 1996).

En el estado actual del Derecho español, el foco debe situarse en lo que el art. 510 ofrece y si la respuesta es adecuada, sin necesidad de expandir el ius puniendi, sino de aplicarlo simétricamente y con proporcionalidad (Aguado Corre, 2012; Cuerda Arnau, 2022; Muñoz Conde y García Arán, 2022).

Dicha reforma, para ser viable, exige además gobernanza: coordinar redes (medios, partidos, ministerios, fiscalía, judicatura, plataformas digitales y colectivos afectados) y asegurar capacidad de implementación (guías interpretativas, formación, datos abiertos), porque sin alineamiento de actores la reforma se des-

gasta y reaparece el bucle de esta controversia (Klijn, 1998; Subirats *et al.*, 2008).

En conclusión, el debate no es si suprimimos los delitos de expresión, sino: ¿qué son los delitos basados en el odio (actos y discursos)?, ¿cómo prevenirlos?, ¿y cómo avanzar en la dignificación?

## Bibliografía

### Referencias bibliográficas, jurisprudencia y otras referencias

Aguado Correa, M.T. (2012): *El principio constitucional de proporcionalidad*. San José (C.R.): Editorial Jurídica Continental.

Aguilar Villanueva, L. F. (ed.) (1992): *La hechura de las políticas*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa.

Barrera Blanco, G. (2021): “La diferencia entre delitos de odio y actos de odio. Algunas Reflexiones tras el caso Hasél”, en Olivero Guidobono, S. y Martínez González, A.J. (Coord.): *Identidades, segregación, vulnerabilidad. ¿Hacia la construcción de sociedades inclusivas? Un reto pluridisciplinar*. Madrid: Dykinson, S.L. pp.: 1696-1710.

Barrera Blanco, G. (2022): *La deshumanización del Derecho penal en los delitos basados en el odio*. Sevilla: Astigi.

Bourdieu, P. (1990): *Sociología y cultura* (trad. por M. Pou). Barcelona: Grijalbo S.A.

Cuerda Arnau, ML (2022): La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2: pp. 88-131.

Galán Muñoz, A. (2019): “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, en Galán Muñoz, A. y Mendoza Calderón, S. (Coords.): *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch: pp. 173-220.

García Puente, M. J. (s. f.): *La evaluación de políticas públicas y sociales. Un análisis en torno a los actores*. Documento de trabajo.

Klijn, E.-H. (1998): “Redes de políticas públicas: una visión general” [Re impresión y traducción autorizada al español 2005], en Kickert, W. J. M. y Koppenjan, J. F. (eds.): *Managing Complex Networks*. London: Sage.

Laurenzo Copello, P. (1996): “La discriminación en el Código Penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos*, Nº 19: pp. 221-288.

Martín Ríos, B. (2019): “La represión del discurso del odio a través del Derecho penal. Debilidades y fortalezas de la regulación penal actual”, en Martín Ríos, B. (Coord.): *La prevención y represión del discurso del odio. Hacia la construcción multidisciplinar de la tolerancia*. Navarra: Aranzadi: pp. 61-87.

Menéndez Conca, L.G. (2020): “Análisis crítico del delito de enaltecimiento del terrorismo (Art. 578 CP)”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº 58: pp. 39-72.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2022): *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 11<sup>a</sup> Ed.

Noticia 20Minutos (2025): La moción de Jumilla expone la estrategia migratoria de los partidos antes de que comience el curso político. Disponible en (Fecha de última consulta 27 de agosto de 2025):

[https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/agitadores-ultraderecha-llaman-caza-migrantes-torre-pacheco-murcia\\_20250712687272386e1ec26d312add99.html](https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/agitadores-ultraderecha-llaman-caza-migrantes-torre-pacheco-murcia_20250712687272386e1ec26d312add99.html)

Noticia El Confidencial (2018): “Quemar fotos del Rey ya no es delito: archivados más de 30 procedimientos”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

[https://www.elconfidencial.com/espana/2018-07-07/quema-fotos-rey-delito-30-procedimientos\\_1586902/](https://www.elconfidencial.com/espana/2018-07-07/quema-fotos-rey-delito-30-procedimientos_1586902/)

Noticia El Diario (2025): Los ataques a Lalachus y a las Campanadas de TVE llegan por su estampita con la vaquilla del ‘Grand Prix’. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

[https://www.eldiario.es/vertele/noticias/ataques-lalachus-campanadas-tve-llegan-estampita-vaquilla-grand-prix\\_1\\_11936991.html](https://www.eldiario.es/vertele/noticias/ataques-lalachus-campanadas-tve-llegan-estampita-vaquilla-grand-prix_1_11936991.html)

Noticia El Español (2025): “El criticado gesto de Lalachus en las Campanadas de TVE: muestra a la vaquilla del ‘Grand Prix’ en una estampa religiosa”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

[https://www.elespanol.com/bluper/20250101/criticado-gesto-lalachus-campanadas-tve-muestra-vaquilla-grand-prix-estampa-religiosa/913158701\\_0.html](https://www.elespanol.com/bluper/20250101/criticado-gesto-lalachus-campanadas-tve-muestra-vaquilla-grand-prix-estampa-religiosa/913158701_0.html)

Noticia Europa Press (2020): “Iglesias defiende naturalizar que los periodistas con presencia pública estén sometidos a la crítica y el insulto”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.europapress.es/nacional/noticia-iglesias-defiende-naturalizar-critica-insulto-contra-periodistas-presencia-publica-20200707154224.html>

Noticia La Moncloa (2025): “El Gobierno presenta el Plan de Acción por la Demo-

cracia para reforzar la transparencia, el pluralismo y el derecho a la información”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejode ministros/resumenes/paginas/2024/170924-rueda-de-prensa-ministros.aspx>

Noticia La Razón (2016): “¿Por qué ha sido condenado el rapero Pablo Hasél?”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.larazon.es/espana/20210216/kbymg6n-wjethnyvuuwjzwmwh4.html>

Noticia La Sexta (2025a): Agitadores de ultraderecha llaman a la “caza” de migrantes en Torre-Pacheco. Disponible en (Fecha de última consulta 27 de agosto de 2025): [https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/agitadores-ultraderecha-llaman-caza-migrantes-torre-pacheco-murcia\\_20250712687272386e1ec26d312add99.html](https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/agitadores-ultraderecha-llaman-caza-migrantes-torre-pacheco-murcia_20250712687272386e1ec26d312add99.html)

Noticia La Sexta (2025b): Puente frívola con los incendios: critica a Mañueco por seguir en Cádiz pese a que “la cosa está calentita” en Castilla y León. Disponible en (Fecha de última consulta 27 de agosto de 2025): [https://www.lasexta.com/noticias/nacional/puente-frivolina-incendios-critica-manueco-seguir-cadiz-pese-que-cosa-esta-calentita-castilla-leon\\_20250812689b124e8180495aa-51692da.html](https://www.lasexta.com/noticias/nacional/puente-frivolina-incendios-critica-manueco-seguir-cadiz-pese-que-cosa-esta-calentita-castilla-leon_20250812689b124e8180495aa-51692da.html)

Noticia La Vanguardia (2025): “Bolaños sale en defensa de Lalachus y recuerda la reforma del delito de ofensas religiosas”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.lavanguardia.com/television/20250102/10251839/bolanos-sale-defensa-lalachus-recuerda-reforma-delito-ofensas-religiosas.html>

Noticia Público (2022): “Blasfemias, ultrajes a la bandera e injurias al rey, los delitos que siguen en el Código Penal pese a las críticas internacionales”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.publico.es/politica/blasfemias-ultrajes-bandera-e-injurias-rey-delitos-siguen-codigo-penal-pese-criticas-internacionales.html>

Noticia RTVE (2021): “El caso Hasél y el debate sobre la libertad de expresión: ¿dónde están los límites?”. Disponible en (Fecha de última consulta 24 de julio de 2025):

<https://www.rtve.es/noticias/20210216/libertad-expresion-debate-cambios-codigo-penal/2074586.shtml>

Olavarría Gambi, M. (2007): *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*. Documentos de Trabajo, nº 11. Santiago de Chile: Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile.

Roca de Agapito, Luis (2017). “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos (art. 525 CP)”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXXIII: pp. 557-597.

Souto Galván, Beatriz (2017). “La protección penal contra ofensas a los sentimientos religiosos ¿Discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional?”. *Laicidad y libertades*, N° 17: pp. 267-294.

SCIDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, de 5 de febrero de 2001 (libertad de expresión y censura).

STC 190/2020, de 17 de diciembre (libertad de expresión y ultrajes a la bandera).

STC, 177/2015, de 22 de julio (Fundamento Jurídico 2, no militancia del Estado)

STEDH, Otegi Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011 (art. 10 CEDH, injurias a la Corona).

STEDH, Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994 (art. 10 CEDH, libertad de expresión y sentimiento religioso).

STEDH, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018 (art. 10 CEDH, injurias a la Corona).

Subirats, J.; Knoepfel, P.; Larrue, C.; Varone, F. (2008): *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel.

Teruel Lozano, G.M. (2015): “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4: pp. 1-51.

Valiente Martínez, F. (2020): *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson.

# SOBRE REGLAS Y PRINCIPIOS: ENCANTOS Y ENGAÑOS EN LA LEGITIMACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO

## ON RULES AND PRINCIPLES: CHARMS AND DECEPTIONS IN THE LEGITIMIZATION OF STATE POWERS

**Valterlei da Costa**

Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil  
valterlei@costaecostaadvocacia.com.br

Recibido: julio de 2025

Aceptado: octubre de 2025

---

**Palabras clave:** teoría del derecho, filosofía analítica del lenguaje, atomismo lógico, reglas, principios.

**Keywords:** jurisprudence, analytical philosophy of language, logical atomism, rules, principles.

---

**Resumen:** La filosofía analítica, cada vez más, viene ocupando una posición central en los estudios de teoría del derecho a punto de eclipsar la discusión jurídica y tornarse el centro del debate. Según parece, no sería posible ser un teórico del derecho sin conocer una teoría del lenguaje. Sin embargo, no es cualquier teoría que es bienvenida sino solo aquellas más recientes y modernas. Teniendo esto en cuenta, pero como contrapunto, se escribe este artículo sobre reglas y principios anclado en la doctrina del atomismo lógico, aun sabiendo que es ella una doctrina considerada vieja, una vez que, como fin, busca evidenciar que los trabajos jurídicos no necesitan depender de lo que dicta la última moda de la filosofía analítica.

---

**Abstract:** Analytical philosophy has increasingly come to occupy a central position in jurisprudence studies, to the point of eclipsing juridical discussion and becoming the core of the debate. It seems that one cannot be a legal theorist without knowing a theory of language. However, not just any theory is welcome — only the most recent and fashionable ones. Bearing this in mind, yet as a counterpoint, this article on rules and principles is anchored in the doctrine of logical atomism, even while recognizing that it is considered an outdated doctrine. Its purpose is to demonstrate that legal scholarship need not depend on the dictates of the latest trends in analytical philosophy.

---

*No one tells us we 'ought to take an interest' in this or that. You couldn't count on snob appeal, either, for we have no reason to pretend to be interested in high-brow or timely topics.*

SKINNER [2005 (1948), p. 36].

## 1. Introducción

La elección del tema de un artículo puede ser algo abrumadora, pero a veces no hay ninguna elección, pues se escribe para satisfacer un anhelo o, mejor, para apaciguar una voz que nos apremia. Ahora bien, si hay que escoger, entonces deben ser considerados algunos puntos, entre los cuales destacamos, aquí, la actualidad. Sin embargo, especialmente en teoría del derecho no siempre actual quiere decir nuevo, pues puede tratarse de punto bien conocido, pero que se presenta con otro atuendo. De todas maneras, será tenido como actualizado quien escribe sobre el *convencionalismo*, los *desacuerdos* o incluso sobre las *reglas constitutivas*. Por otro lado, no hará muchos amigos quien discurra sobre la naturaleza de la norma fundamental de Kelsen: si sería una hipótesis, como concebida tanto en la 1<sup>a</sup> (2011 [1934]) como en la 2<sup>a</sup> edición (1982 [1960]) de la *Teoría pura del derecho*, o más bien una ficción, como se dispone en la obra publicada póstumamente *Teoría general de las normas* (2018 [1979]). Claro, hay otro camino, digamos intermedio, que es redactar un artículo sobre cuestiones consideradas clásicas. Y fue con base a este último punto, sumando al hecho de que siempre nos pareció un tema desafiante, que optamos por un artículo sobre *reglas y principios*, especialmente sobre las formas de separarlos, que tradicionalmente son agrupadas en fuertes y débiles.

Una vez que se sepa de qué irá a hablar, el paso siguiente es especificar el escenario en el que la historia transcurrirá, o sea, es hora de hacer explícito el contexto con el que se trabajará o, con cierta libertad, de indicar el *background*. Por tanto, la atención debe ser renovada, pues los principales artículos de la teoría del derecho en la actualidad ponen mucho énfasis en este punto. Consecuentemente, si no existe el debido empeño con los fundamentos que subyacen al trabajo, las probabilidades de ser tomado en serio disminuyen mucho, pudiendo concebirse incluso como una simple ficha, aunque esté bien elaborada. Pero ¿qué fundamentos serían esos? Desde que Hart concibió *The concept of law* (1961) bajo el cielo de Oxford, no pueden ser otros más que los de la teoría del lenguaje<sup>1</sup>. Sin embargo, lo que en principio era algo equilibrado ganó dimensión.

Los juristas excepcionales a lo largo de la historia siempre fueron personas de indiscutible erudición y nunca nadie dijo de ellos que “solo sabían derecho”, pero a los juristas actuales no se les exige que tengan ese amplio conocimiento, porque lo determinante es que sepan algo en particular, algo bien específico, i. e., la teoría del lenguaje en su vertiente analítica-filosófica. A partir de esto, sea cual fuera su tema, el jurista debe empezar su labor pagando el tributo exigido y comprometiéndose a vincular el destino de su escrito a tal corriente. Y los resultados, no negamos, han sido muy buenos, pero en

1. Por cierto tiempo, las cosas hasta parecieron acercarse de la lógica, a partir del trabajo pionero de VON WRIGHT (1951). No obstante, las expectativas fueron tantas que muchos, al percibir que el casamiento entre el derecho y la lógica deontica no entregaría todo lo que imaginaban, pasaron a una fase de negación, lo que llevó Haack (2007) a escribir un artículo instando a que no tirasen al niño con el agua del baño.

muchas obras la cuestión adquirió tal importancia que la parte jurídica del artículo quedó relegada a un segundo plano, a veces no pasando de un pretexto. Pero no olvide, en Roma, haga como los romanos y así caminos seguros para seguir serían Searle (1969), Lewis (1969) o Putnam (1975) — Wittgenstein de *Investigaciones filosóficas* (1953) sería algo arriesgado y el de *Tractatus* (1922) un error tremendo —, pero si quieres ser audaz, es mejor algo aún más actual. De hecho, si no se escribe para la comunidad angloparlante, las chances de aplauso aumentan bastante caso no exista traducción, para el idioma en que redacta su artículo, de la teoría de fondo empleada.

Nuestra hipótesis, sin embargo, es que la calidad de un trabajo jurídico no está vinculada a estar de acuerdo con la última moda filosófica. Por supuesto, escribir anclando en una buena teoría es mejor que hacerlo sobre una mala o, peor aún, sobre ninguna (*¿será?*), pero eso no nos autoriza a invertir el orden de las cosas e imaginar que es la carroza la que tira del burro. Entonces, por nuestra parte, consideramos una buena teoría aquella que permite exponer con claridad los puntos que el redactor del artículo jurídico entiende como relevantes, para hacer las debidas concatenaciones, sin superposiciones o espacios vacíos, pero no hace falta que sea una teoría de vanguardia, al menos por dos motivos. El primero es que no siempre es menester el empleo de la teoría de la relatividad y, de hecho, en muchas situaciones, la teoría newtoniana produce tan buenos resultados como otras. De hecho, en algunas situaciones se puede estar con un equipaje muy pesado, que solo dificulta el viaje. El segundo es que no hay nada seguro en la idea de que la filosofía creada en la última

década sea mejor que la de los años 60 y que esta, a su vez, sea mejor que las de los años 20 o 30. Si fuera así, Platón y Aristóteles no pasarían de notas de pie de página, cuanto mucho. En cuestiones filosóficas, más bien parece que el cierto de hoy es el desestimado de mañana, que será rescatada en secuencia y devuelta a la cumbre, lo que nos trae a la memoria Nietzsche (2008, p. 393): “[...] mi consuelo consiste en que todo lo que ha existido es eterno: — el mar lo saca de nuevo a la superficie”.

Por todo ello, intentaremos distinguir las reglas de los principios teniendo por base filosófica una teoría analítica del lenguaje clásica, es decir, el atomismo lógico, a pesar de que nadie va a encontrarlo en las últimas ediciones de las famosas revistas de filosofía.

## 2. Atomismo lógico

Al tomar contacto con el debate entre Parménides e Heráclito, creemos que un primer impulso es posicionarse junto a este último, pues las cosas, así como las vemos, están en constante cambio. Sin embargo, si meditamos un poco más sobre el tema, nuestra certeza se tambalea, pues, por un lado, podría haber algo más profundo, que el mundo no fuese como realmente se nos aparece, y, por otro, podría ser que todo se alterase para permanecer igual, lo que le daría razón a Tancredi, el clásico personaje de Lampedusa. De cualquier modo, son ideas que siempre nos persiguen, la posibilidad de verdades ocultas que demostrarían la existencia de un permanente, de un perenne, y si las tenemos por malas, lo que nos resta es renegarlas, pero no siempre conseguimos impedirlas que broten en nuestra mente.

Dicho esto, de nuestra parte no profesamos que sean siempre perjudiciales y, por ello, estamos autorizados a emplear en este artículo como punto de apoyo el “atomismo”, una teoría que pone orden a la multiplicidad.

En su origen, tanto Leucipo como Demócrito concibieron que el mundo sería homogéneo, pues todo no pasaría de átomos<sup>2</sup>. Con eso, lo que estamos destacando es que — no lo sabremos — el mundo podría ser en realidad, más allá de las apariencias, homogéneo, lo que autoraría la construcción de teorías con tal cariz, aunque bajo el riesgo de ser tachadas de reduccionistas. Y una de esas teorías es el “atomismo lógico”, pero no olvidamos que sea considerada una filosofía vieja<sup>3</sup>. En cuanto a eso, podríamos hacer dos consideraciones: una, si las filosofías realmente envejecen; otra, que no podemos negar la belleza de una teoría que aspiraba a la perfección hasta su autodestrucción o, en términos más simpáticos, una escalera que dejamos de necesitar después de subir por ella. (Wittgenstein, 1922, § 6.54). De cualquier manera, nuestro punto aquí es otro, es decir, demostrar que los temas jurídicos pueden ser bien tratados, aunque no se esté empleando una teoría publicada en el último fascículo de *Mind*.

Tomemos el atomismo lógico como una concepción del lenguaje, que puede ser objeto de análisis, produciendo como resultado los “átomos lingüísticos”, o sea, términos que son tan simples que ya no

2. “[...] es posible concebir la alteración y la generación por medio de estos cuerpos indivisibles [...], suponiendo que la misma cosa se transmuta debido a la dirección, al contacto y a las diferencias de las figuras, que es lo que hace Demócrito [...]”. (Aristóteles, 1987, p. 29).

3. “No se ha visto ningún positivista lógico vivo durante varias décadas”. (Bunge, 2005, 169).

pueden ser más analizables y que tienen, además, correspondientes en el mundo extralingüísticos<sup>4</sup>. Pero esto sólo es viable si concebimos, aún, los objetos, que serían elementos simples, indivisibles y interdefinibles, y, también, los elementos de la figuración. (Wittgenstein, 1922, 2.13). Sólo que una teoría así tiene la dificultad de explicar cómo podríamos identificar en el mundo los objetos en particular, y cualquier método empírico para eso, probablemente, estaría destinado al fracaso<sup>5</sup>. Sin embargo, para los fines de este artículo, podemos aceptar que existen cosas simples en el mundo, las cuales podemos nominar, asociándoles símbolos, pues “[t]he way to mean a fact is to assert it; the way to mean a simple is to name”. (Russell, 1956 [1924], p. 336). Siendo así, el próximo paso es formular la proposición elemental, la más simple, como aquella que sostiene la existencia de un estado de cosas. En consecuencia, con la figuración de la realidad, además de la referencia a los objetos simples del mundo, se dispone de un sentido. Lo demás, en el plan lingüístico, no pasaría de proposiciones complejas o moleculares, cuyo valor de verdad derivaría del valor de las proposiciones simples o atómicas, así como de su concatenación, en homenaje al principio de composicionalidad o principio de Frege<sup>6</sup>.

4. “The reason that I call my doctrine logical atomism is because the atoms: hat I wish to arrive at as the sort of last residue in analysis are logical atoms and not physical atoms.”. (Russell, 1956 [1918], p. 179).

5. “Wittgenstein does not say what kind of entity he takes an object to be; he gives no examples of objects, and no examples of names”. (Child, 2011, p. 33).

6. “Es natural considerar entonces que a un signo (nombre, unión de palabras, signo escrito), además de lo designado, que podría llamarse la

Todo esto, sin dudas, causa dificultades de gran magnitud, especialmente si las proposiciones solo pueden ser verdaderas o falsas, pues, de lo contrario, no serían proposiciones, sino sinsentidos. Por una parte, ¿cómo verificar si una proposición es verdadera o falsa?, ya que, a partir de un criterio muy restrictivo, sólo de pocas formulaciones podríamos decir que son verdaderas o falsas y, con un criterio muy amplio, las cuestiones metafísicas, la causa por la que todo comenzó, volverían<sup>7</sup>. Por otra, aunque temas como la filosofía no puedan sujetarse a un criterio de verificación, ¿cómo relegarlo al campo del sinsentido?<sup>8</sup> Los cuestionamientos son muchos, pero los problemas del positivismo lógico son los problemas del positivismo lógico — ¿qué teoría no los tiene? —, siendo además conocidos por todo aquel que tenga alguna familiaridad con el tema, pero eso no nos impide que

adoptemos muchas de sus líneas en una teoría del derecho<sup>9</sup>.

### 3. El derecho según el atomismo lógico

La elección del “atomismo lógico” tiene su razón de ser si aceptamos que casa muy bien con las concepciones que consideran que, por más que en apariencia el derecho parezca complejo, en verdad no pasaría de un conjunto de normas jurídicas. En este sentido, las normas jurídicas serían los átomos que forman el mundo jurídico. Y el cenit de tal concepción es la obra de Kelsen, con un reduccionismo normativo único, cuyo resultado es la *Teoría Pura del Derecho*. Por supuesto, siempre las construcciones reduccionistas van a sufrir las críticas de que son incompletas. Pero hay algo en el reduccionismo que vale la pena: nos impide tratar de todo para, en verdad, después de incurrir en una serie de sincretismos, no cuidar de nada. De cualquier modo, lo que nos importa en este artículo es enfatizar que un modelo de mundo que reduzca el múltiple al uno tampoco es inusual en la teoría del derecho.

---

referencia del signo, va unido a lo que yo quisiera denominar el sentido del signo, en el cual se halla contenido el modo de darse”. (Frege, 1984 [1892], p. 53).

7. “[...] even at the time of the Vienna circle, we did not interpret the principle of verifiability narrow sense. We emphasized that the principle required, not the actual possibility of determination as true or false, but only the possibility *in principle*”. (Carnap, 1956, p. 61).

8. “Nevertheless I now think that it is incorrect to say that there are no philosophical propositions. For, whether they are true or false, the propositions that are expressed in such a book as this do fall into a special category; and since they are the sort of propositions that are asserted or denied by philosophers, I do not see why they should not be called philosophical”. (Ayer, 1946, p. 26). El propio Wittgenstein que, en principio aseguraba que se debe calar sobre lo que no se puede hablar (1922, § 7), pasa a reconocer que habría muchos tipos de proposiciones (1999 [1958], § 23).

El derecho puede ser analizado a partir de sus átomos, las normas jurídicas, que son una particular forma de figuración de mundo — por prescripción y no por descripción — y que tienen como corresponsal extralingüístico a las conductas. Ahora bien, que las normas jurídicas sean átomos del conjunto nombrado derecho, lo que puede ser leído como un caso de homogeneidad, no significa que no puedan

---

9. Sobre la construcción de una teoría del derecho anclada en el atomismo lógico, véase: Costa y Carvalho (2023).

ser clasificadas. Y bien podemos asimilar esa idea a partir de dos encasillamientos muy conocidos: uno que distingue las normas en primaria y secundaria; otro que las formatea como de conducta y estructura.

En un sentido estático, que la norma jurídica, en su aspecto completo, es compuesta por dos partes, las cuales, por metonimia, también son denominadas normas, es tópico muy conocido. En una, hay la conducta debida; en otra, hay una segunda conducta debida, por un sujeto diferente, solo en caso de no llevarse a cabo la primera<sup>10</sup>. De ese modo, norma primaria y norma secundaria estarían siempre conectadas, línea por la cual, de seguirse, hace simple contestar si no sería norma jurídica la *lex imperfecta*. Y ese modelo de bipartición de la norma jurídica puede ser aplicado en todas las situaciones, siempre que se amplíe el concepto de sanción para concebirlo como consecuencias, lo que comporta los casos de invalidez.

Ya la separación de las normas como de conducta y de competencia no es tan cómoda de ser hecha sin poner en riesgo la homogeneidad pleiteada para las normas jurídicas. Sin embargo, a nuestra manera de ver las cosas, es bastante defendible la idea de que tenemos la norma primaria que prescribe la acción normativa y la secundaria que establece consecuencias en caso de actuación contraria a la

prescripción (*contrary to duties*), las cuales pueden ser, por ejemplo y de modo no excluyente, la inflicción de un mal a la autoridad que ejerció incorrectamente la competencia o la nulidad de la norma jurídica puesta. En efecto, no hay necesidad de comprender las normas de conducta y las normas de competencia a partir de una distinción sintáctica, lo que podría considerarse una prueba de la quiebra de homogeneidad, y una línea bien más sencilla es fijar tal clasificación como meramente semántica, disponible únicamente sobre el contenido de la conducta que debe ser realizada.

A su vez, en un sentido dinámico, si para el atomismo lógico hay una relación entre la figuración del mundo y el mundo mismo, en términos del atomismo jurídico existe una relación entre norma y conducta, lo que significa que no existe norma que no disponga sobre conducta. No obstante, eso no implica que algunas conductas no merezcan una atención especial al punto de que las denominemos “acciones normativas” como hace von Wright (1963, p. 75). De esta manera, según la mediatización del contenido de la norma jurídica, pueden clasificarse en de conducta y de competencia, pero no podemos ignorar que “[...] a norm of competence is an indirectly expressed norm of conduct”. (Ross, 2019 [1953], p. 43). Así, las normas de competencia también prescriben conductas, una bien específica, es cierto, pero sin que eso sea suficiente para provocar una escisión sintáctica, ya que su blanco no deja de ser las conductas.

De todas maneras, creemos que una teoría que tome las normas jurídicas como átomos, componentes únicos del conjunto que se denomina derecho, no cede

10. Desde la 1<sup>a</sup> edición de *Teoría pura del derecho* (2011 [1934]), en lo que siempre pareció una inversión de orden, Kelsen ha denominado la parte que contiene la sanción de norma primaria y la otra de norma secundaria. Pero, en el capítulo 35 de su *Teoría general de las normas* (2018 [1979]), promueve un cambio en su nomenclatura, con la norma que contiene la sanción pasando a ser la secundaria y la que contiene la conducta debida, la primaria.

delante de la clasificación de las normas en primaria y secundaria, una vez que los átomos también tienen partes, ni deja espacio para la ordenación de las normas en de comportamiento y de competencia, pues tal división no socava la idea central de que todas las normas jurídicas regulan, al fin y al cabo, conductas. Sin embargo, lo que este artículo se propone tratar es sobre cómo sería posible realizar una clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios. Veamos eso entonces.

## 4. Las formas de distinción entre reglas y principios

La teoría del atomismo jurídico es perfecta para presentar la cuestión de las reglas y de los principios, una vez que pone en evidencia un concepto estricto de norma jurídica, que servirá de guía del tema, especialmente si investigamos las demarcaciones fuertes y débiles. En efecto, será fuerte la clasificación que, como consecuencia, considere ser las reglas y los principios tipos distintos, alejándose de la homogeneidad normativa; será débil si la diferencia entre las reglas y los principios no sea de tal orden como para que no formen parte de un mismo género, a pesar de que no se los tomen como iguales. Y, aquí, introducimos una nueva subclasificación: externa e interna. Si la distinción es hecha con base en los elementos de la propia norma jurídica, entonces es interna; de lo contrario, es externa.

En la distinción interna fuerte, todavía es posible decir que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, pero la distinción entre ambos es de tal patente que no tenemos más un único tipo de norma, pero sí dos tipos distintos. O sea,

la *differentia specifica* es de gran magnitud, lo que provocaría una escisión en las normas jurídicas, porque, v.g., reglas y principios tendrían lógicas de aplicación distintas. Por otra parte, según la distinción robusta y externa, el derecho no sería formado exclusivamente por normas jurídicas, lo que desplazaría los principios a otras órbitas, las cuales, dependiendo del autor, podrían ser la moralidad o la razón.

Desde el punto de vista de una distinción débil, no hay una ruptura con el modelo que entiende el derecho exclusivamente como conjunto de normas jurídicas con cierta homogeneidad. En estos casos, la distinción puede verificarse por una cuestión de grado en cuanto a la determinación de la norma jurídica. También puede hacerse según el nivel de mediatez de la conducta regulada, si dispone de una mera conducta o un fin. Tópicos de orden interno, pero la distinción puede ser, además, externa, anclada en la tradición o en la importancia de la norma jurídica.

### 4.1 La distinción fuerte interna: la lógica

Dworkin, modestamente, se dio a sí mismo la misión de suplantar el positivismo, al menos su vertiente hartiana, a partir de un entendimiento de que, prácticamente, todo lo que había en la teoría del derecho estaba incorrecto. A lo largo de los años, sus objeciones y lo que serían los errores han cambiado, pero, en un principio, la comprobación de que las teorías del derecho de hasta entonces eran insatisfactorias, conforme su artículo *The model of rules I*, se fondea en la hipótesis de que la distinción que existiría entre reglas y principios no estaba siendo bien captada por los juristas. Ello se debe a que ella

sería una distinción fuerte, es decir, “[t]he difference between legal principles and legal rules is a logical distinction”. (Dworkin, 1978, p. 24). Ahora bien, si realmente cada tipo de norma tuviese su propia lógica, independientemente de lo que eso signifique, sería el caso de darle razón, pero las cosas no son así.

Toda la historia, si la leemos crudamente y no nos dejamos seducir por floreos, gira en torno a la idea de que existe una moralidad, fuente de los principios, los cuales, por tanto, deberían ser observados<sup>11</sup>. Sin embargo, tal idea se aproxima más de una profesión de fe, ya que, al menos en *The model of rules I*, muy poco nos dice, para no aseverarnos que nada nos dice, sobre lo que sería la moralidad y por qué los principios resultantes deberían ser observados. En verdad, el caso es una demarcación fuerte de principios desde un punto de vista externo, del que no nos bastarían solo las normas jurídicas. Sin embargo, el éxito del artículo dworkiniano no proviene de su cariz “jus-naturalista”, y sí del hecho de señalar que las reglas serían aplicables en una línea todo o nada (*all-or-nothing*), mientras los principios tendrían peso (*weight*). O sea, intentó probar la distinción externa (que los principios son más que normas) por la vía interna, aseverando que los principios tendrían una “lógica” de aplicación diferente a las reglas. Desde su óptica, solo el conflicto entre reglas conduciría a la invalidez de una de ellas, no pasando lo mismo con los conflictos entre principios, pues ninguno de ellos se quedaría invalidada por ello. No obstante, no es correcto que, exclusivamente, las reglas actúen en

un sentido de todo o nada, mucho menos que, en relación con ellas, los principios se diferencien por tener peso. Cuestiones bien conocidas, pero que así mismo merecen algunas líneas más.

Sin asumir aquí un compromiso respecto a la totalidad de las reglas, queda bien demostrado que al menos algunas de ellas podrían ser derogables (Bayón, 2003) y, por eso, entender que una regla solo sería una regla se fuese aplicada en una vertiente todo o nada es una idea incorrecta. Claro que alguien podría objetar diciendo que una regla derrotable no es una verdadera regla, pero, en este caso, tal clasificación de las reglas y de los principios sería, en verdad, una estipulación: las normas jurídicas derrotables deben ser consideradas principios y las normas jurídicas no derrotables deben ser consideradas reglas. Sin embargo, a nuestra manera de verlo, inmiscuir los temas (regla y principio / derrotable y no derrotables), solo provocaría más dificultades, ya que “[e]l derecho está lleno de normas con antecedentes abierto y/o derogables y/o genéricas, que sin embargo son comúnmente consideradas reglas, no principios”. (Guastini, 2021, p. 190).

El segundo punto es que una palabra como “peso”, por mucho que impresione a los alumnos universitarios, apenas puede ser causa de confusión, pues nunca, delante de una norma jurídica, podríamos evaluar su peso como criterio objetivo de medición<sup>12</sup>. De hecho, todo no pasa de una metáfora, pero, incluso si se pudiese “pesar” a las normas jurídicas, no se debe

11. “I call a ‘principle’ a standard that is to be observed [...] because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”. (Dworkin, 1978, p. 22).

12. “What is more the notion of ‘weight’, as suggested before, is a metaphorical notion which can mislead precisely in the way in which it appeals to a quality of material objects which is objectively measurable”. (Maccormick, 2003 [1978], 155-156).

olvidar que “[a] dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica [...]”. (Ávila, 2009, p. 59). En efecto, no solo los principios tienen valor y, en verdad, una jerarquización axiológica de la norma jurídica no sería realizada a partir de elementos intrínsecos de ella, lo que evaluaremos con más detalle en el siguiente tópico, al abordar la distinción débil externa.

De todos modos, la idea de que habría algo especial en los principios, a punto de romper con la homogeneidad de las normas jurídicas había sido plantada, con Hart (1994, p. 263) llegando a mortificarse: “Much credit is due to Dworkin for having shown and illustrated their importance and their role in legal reasoning, and certainly it was a serious mistake on my part not to have stressed their non-conclusive force”. Con eso, estaba puesta una nueva agenda para los juristas, apartar principios y reglas a partir de una distinción fuerte.

Un de los intentos más relevantes de emprender tal propuesta fue llevada a cabo por Alexy, quién afirma que los principios serían mandamientos de optimización, que ordenan la realización de algo en la medida de lo posible — siguiendo las máximas de la necesidad y adecuación para el plan fáctico y la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto para el plan jurídico —, mientras que las reglas solamente pueden ser cumplidas o incumplidas<sup>13</sup>. Sobre el modo todo o nada de las reglas, no hay la necesidad de presentar otras consideraciones, pues lo mismo que objetamos contra las ideas

13. “[...] principios son *mandatos de optimización* [...] que pueden ser cumplidos en diferente grado [...]. las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no”. (Alexy, 1993 [1986], p. 86-87).

dworkinianas se aplican aquí. Pero, con relación a los principios alexyanos, cabe destacar que no deja de ser curioso que un mandamiento de optimización, siguiendo el propio cálculo del jurista alemán, sea una regla y no un principio<sup>14</sup>. En efecto, siendo el caso, los principios siempre deben ser aplicados, lo que acaba convirtiéndose en una paradoja: si los principios son mandamientos de optimización y si los mandamientos de optimización son reglas, entonces los principios son reglas.

En síntesis, que las reglas y los principios sean tan diferentes hasta el punto de tener una “lógica” propia de aplicación es una idea que no se mantiene, lo que significa qué, si existe un criterio de distinción, debe ser débil. Pero, antes de eso, aún cabe analizar si los principios, en realidad, no serían algo distinto, más allá de las propias normas jurídicas.

## 4.2 La distinción fuerte externa: las razones

La teoría del atomismo lógico como telón de fondo para el estudio de las reglas y de los principios nos permitió notar que la distinción fuerte, en su variable interna, es un intento de fracturar la homogeneidad de las normas jurídicas, pues las reglas y los principios atenderían a “lógicas” diferentes. Ahora bien, no es solamente en cuanto a ese punto que ella nos resulta útil, pues también nos permite comprender la demarcación fuerte por su variante externa, por la cual, los principios no serían, en su nivel más alto, propiamente normas jurídicas.

14. “[...] el mandato de optimización es también una *regla* que no puede ser aplicada ‘más o menos’”. (Aarnio, 1997, p. 27).

Hay una diferencia irreconciliable entre quienes entienden el derecho como un conjunto de normas jurídicas y quienes creen que es una norma al lado de algo más. Teniendo eso en cuenta, es sencillo observar que, muchas veces, lo que se presenta como una clasificación interna fuerte en teoría, que escindiría las normas jurídicas en dos tipos diferentes, en verdad es la formulación de una demarcación fuerte externa, reluciente en asumirse<sup>15</sup>. Además, réplicas de que, a pesar de no ser norma, el principio manifestarse como norma no altera ese cuadro, porque lo que importa es su manifestación y no lo que es afuera tal manifestación. Y, para demostrar esa consideración, nada mejor que hacer una investigación sobre la “razón”.

De las múltiples formas que el término “razón” pueda ser empleado, la que nos interesa en este artículo es la que toma a la “razón” como una “[g]uía autónoma del hombre en todos los campos en los que es posible una indagación o una investigación”. (Abbagnano, 1993, p. 979). Es decir, el hombre no solo reacciona como los demás animales, puesto que también “indaga” e “investiga”, lo que permitiría elevar la razón a la condición de marca suprema de hombre: un animal racional (Aristóteles, 1988). Pero ese *glamour* alrededor de la razón no siempre tiene lugar

como percibimos en Hamlet, de Shakespeare, pues reflexionar demasiado puede simplemente conducir a la parálisis. En efecto, no podemos olvidar que, el Príncipe de Dinamarca, cuando tiene noticias de una figura fantasmagórica, no apela a la razón, y sí a sus ojos y oídos para confirmarla; en cambio, ni toda la indagación e investigación del mundo podría guiarlo a la venganza pretendida, ya que entre el cielo y la tierra habría más cosas que nuestra vana filosofía. Así, un hombre puede muy bien ser aquello que decide ser, un hombre de acción y no uno que indaga e investiga, imaginándose guiado por la razón, hasta la inmovilidad. Si eso es cierto, entonces bendito sea Fausto, de Goethe, por corregir a San Juan (Jn 1:1) y revelar que, en el principio, era la acción y no el verbo.

La norma prescribe la acción — tomando el término en sentido lato, comprendiendo la actuación y omisión — y no la indagación o investigación en el sentido mentalista. Sobre todo ¿qué le importa a la norma si de la indagación e investigación surge la idea de que no se debe practicar la conducta prescrita? En efecto, la pregunta hecha hace más de dos mil años por Trasímaco a Sócrates, conforme el libro I de *La República* de Platón (1988), si el pastor cuida de las ovejas en el interés de ellas o en el propio, no puede ser ignorado en un estudio sobre la norma jurídica<sup>16</sup>. Obviamente, siempre es posible cuestionar la justificación, el fin, el propósito o, mismo, la razón que la antecede, pero, cuando así actuarse, debemos tener en cuenta si tales cosas pueden ser realmente identificadas y,

---

15. Al intentar refutar las apreciaciones que les fueran dirigidas contra “*The model of rules I*”, Dworkin muestra su verdadera cara y deja claro, como podemos percibir en ese pasaje de “*The model of rules II*” (1978, p. 76), que no juega el mismo juego de sus críticos: “My point was not that ‘the law’ contains a fixed number of standards, some of which are rules and others principles. Indeed, I want to oppose the idea that ‘the law’ is a fixed set of standards of any sort”. Es correcto, entonces, la afirmación de que, para Dworkin, “[...] o conceito de direito é um conceito político”. (Macedo, 2014, p. 211).

---

16. “Every positive law [...] is set by a monarch, or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author”. (Austin, 1995, p. 16).

además, no debemos olvidar que el arbitrio o antojo es también una posibilidad. En consecuencia, debemos tomar muy en serio la idea de que las normas jurídicas poseen “autonomía semántica”<sup>17</sup>, incluso porque, no siendo así, las normas o serían, por un lado, superfluas, pues bastaría dirigirnos, directamente, a la razón, o serían, por otro, irrazonables, una vez que contrarias a la razón. Sin embargo, ninguna de esas complicaciones fueron un impedimento para que Raz fundase su construcción teórico-jurídica bajo la idea de “razón excluyente”.

De inmediato, no hay como dejar de señalar que la expresión “razón excluyente” posee algo de paroxusal, ya que, si tenemos en cuenta a la razón de manera tan elevada, entonces ¿por qué no la seguiríamos? Y contestar diciendo que se tienen razones para no seguir las razones parece una broma. Aun así Raz (1999 [1975]) escribe un libro para enseñarnos cómo eso sería posible y asegurarnos que las razones excluyentes no son meramente razones superadoras, pues ellas serían, en verdad, razones de segundo grado. También intenta convencernos de que la existencia de razones conflictivas concomitantes, lo que se verifica a menudo, no significa que las razones tengan excepciones, a pesar de que podrían ser, por otro lado, canceladas. De todas maneras, no tenemos aquí la pretensión de analizar *Practical Reason and Norms*, pero un punto suyo merece nuestra consideración: ¿por qué las razones excluyentes deberían prevalecer? Bien, para aquel que fue profesor en Oxford, la cuestión es simple: “The very point of exclusionary reasons is to bypass

17. Por “autonomía semántica” debe entenderse “[...] the way in which language carries something by itself, independent of those who use it on particular occasions”. (Schauer, 1991, p. 56).

issues of weight by excluding consideration of the excluded reasons regardless of weight”. (1999, p. 190).

Además de todas las complicaciones que la idea de “peso” trae, realmente ¿qué hay en eso de nuevo, aparte del vocabulario? Si quisiera saber por qué se debe seguir la norma y no sus propias razones, podremos apuntar el riesgo de castigo, pero, en esos términos, solo se agregaría una razón más, lo que puede llevar a la indecisión (¿sigo la razón que es contraria a la norma o sigo la que indica cómo evitar el castigo?), pero nada de eso hace de la norma una “razón excluyente”.

Igualmente problemático son los casos en que, mientras la mayoría sigue las normas, algunos siguen la razón. Tal situación es, evidentemente, un atentado a la igualdad, pues esos iluminados se ponen al margen del derecho, pero, siendo del interés de alguien, la cuestión puede ser presentada con otros colores, haciendo con que la situación no parezca tan mala y, dependiendo de la retórica, hasta venga a la luz como deseable. Un método útil, invariablemente, es alegar la injusticia de la norma incumplida, al lado de frases de efecto como “entre la justicia y el derecho, siempre la justicia”<sup>18</sup>. Otro, que también puede dar buenos frutos, es hablar de “pluralismo”, en la línea de que, por la sociedad no ser homogénea, entonces no tendría sentido que la norma regulase la conducta de todos. Sin embargo, en tal hipótesis, tendría que acertar cuentas con Schmitt (2009 [1932]), sin apelar, claro, para el argumento *ad hominem*, pues,

18. Una forma de refinar este posicionamiento es agregando al substantivo “justicia” el adjetivo “extrema” y, así, la razón solo autorizaría (obligaría?) al no cumplimiento de las normas extremadamente injustas, lo que es conocido como fórmula de Radbruch (2019 [1945]).

en nombre del pluralismo, algunos cooptan el poder del estado subrepticiamente sin responsabilizarse políticamente<sup>19</sup>. En efecto, los hombres que se ven a sí mismo como hombres de razón imaginan tener un pretexto perfecto para no seguir las normas sin tener de responder por ello.

Sea como fuera, que la razón siempre pueda ser alardeada como excusa por quienes no cumple la norma es algo inquestionable, que no merece mayores comentarios, pero eso es una cuestión totalmente distinta de si la norma jurídica es el átomo del sistema. Por otra parte, partiendo de la norma, imaginar que es posible aún dar un paso para atrás en dirección a algo como la razón (o razón excluyente, poco importa) es promover, por un lado, un regreso al infinito, pues quien recusa que la norma jurídica sea el último término del derecho tendrá todos los sus argumentos devueltos contra sí mismo, ya que nada nos garantiza que la razón es la última morada. ¿Por qué la razón? ¿Por qué no la verdad o la justicia? ¿Y qué me dices del “bien”?<sup>20</sup> Indudablemente, “razón” es una palabra sobremanera disputada, que en nada simplifica la comprensión de lo que sea la “norma”, trayendo, en verdad, complicaciones adicionales, que deben ser tomadas como una transgresión a la navaja de Occam.

19. “El pluralismo [...] significa una variedad de complejos sociales al poder [...], complejos que como tales se apoderan de los organismos representativos del Estado, sin cesar por ello de ser estructuras meramente sociales (es decir, no políticas)”. (1983 [1928], p. 125).

20. Dejar de analizar la “norma” para centrarse en la “razón”, en nuestra opinión, solamente traería ventajas caso fuese un último término, o sea indefinible: “[...] there is nothing whatsoever which we could so substitute for Good; and that is what I mean, when I say that good is indefinable”. (Moore, 1993 [1903], p. 60).

### 4.3 La distinción débil interna: el grado de determinación

La demarcación fuerte entre reglas y principios o debe revelarse como una concepción de derecho que no envuelve solamente las normas jurídicas o debe bien demostrar que entre la regla y los principios existe una lógica de funcionamiento tan diversa que no permite que ambos se abriguen bajo un mismo paraguas, conforme ítem anterior. Ahora ha llegado el momento de comprender la demarcación débil, que puede también ser subdividida en interna y externa, la cual no elimina, al menos no necesariamente, el carácter homogéneo de las normas jurídicas.

Según la distinción fuerte interna, para los principios habría una sintaxis diferente de las reglas, que puede reflejarse en la formación o en la aplicación de la norma jurídica. Ya para la demarcación débil, las cosas no sucederían con tanto rigor, y bastaría solo una distinción semántica, la que se obtendría a partir del grado de especialidad de las normas jurídicas. Así, con esa brújula, una forma de diferenciar las reglas de los principios sería teniendo en cuenta el nivel de precisión de su contenido. Sólo que en ese punto es necesario no confundir, desde el inicio, generalidad con universalidad, pues una cosa es el campo semántico de la conducta debida y otra es el rango de personas sujetas. En efecto, “[u]na norma es siempre o bien universal o individual. En cambio, la generalidad y su opuesto, la especialidad, es un asunto de grado”. (Alexy, 1993 [1986], p. 84). Una vez esclarecido ese punto, la idea de que los principios estarían sujetos a la generalidad mientras que las reglas se establecerían bajo la especificidad, hasta que puede ser agradable,

pero tal entendimiento involucra cuestiones sobre la abstracción y también sobre la indeterminación.

La indeterminación como criterio distintivo de los principios es problemática<sup>21</sup>. Por un lado, es fácil afirmar que — excepto en casos muy específicos, como en un lenguaje artificial — los “signos” son siempre indeterminados. De este modo, solo tendríamos principios. Por otra parte, no es difícil asegurar que, sea cuál fuera el grado de indeterminación, sólo sería *prima facie*, pues, al final, tendremos que comportarnos de un modo o de otro y si no podamos actuar, es porque no se trata de un auténtico signo. Para tal visión, únicamente tendríamos reglas. Claro que podría exponerse que el punto clave es la comprensión inmediata del significado de la norma jurídica, pero la legalidad o la igualdad pueden ser tanto comprendidas de un solo aliento como pueden ser objeto de profunda meditación y, por otro lado, incluso la orden más específica puede de ser desafiada por la reflexión. Además, en nada nos ayudaría reducir todo a una cuestión de grado, exponiendo que las normas pueden ser: casi determinadas; medianamente determinadas (o medianamente indeterminadas, dependiendo si se quiere mirar el vaso medio lleno o medio vacío); o, aún, muy indeterminadas (si fuera totalmente indeterminada no sería una norma). Eso porque, aunque supiésemos cómo subsumir la norma a una de esas categorías, y luego presentar las casi determinadas como reglas y las muy indeterminadas como principios, aun así, las medianamente determinadas (o medianamente indeterminadas como se quiera) no podrían ser encasilladas. Y no se trata

21. “[...] desde un punto de vista lingüístico no hay líneas divisorias estrictas y radicales entre reglas y principios”. (Aarnio, 1997, p. 26).

aquí de franjas, que forman una pequeña zona de penumbra, y sí de una amplia región, significando que, lo que era para ser una forma exhaustiva de tener las cosas, cuando las normas o serían reglas o serían principios, con alguna dificultad en el pasaje de uno a otro, se convierte en una tercera categoría, una *sui generis* y sumamente lata. (Una forma de mantener el estándar sería alegando que esa tercera categoría, dependiendo del contexto, también sería o regla o principio, pero eso no pasa de una construcción *ad hoc*, una que nada nos dice sobre cómo proceder ante el caso concreto).

En suma, el problema de tomarse la indeterminación como *distinguishing* de las normas en reglas y principios es que aún cuando fuese posible demarcar cuales serían casi determinadas y cuáles serían muy determinadas, todavía habría una extensa parte que la clasificación no alcanzaría, lo que, además de proporcionar, en muchas situaciones, un resultado en discrepancia con el sentido común, pone en jaque no apenas su utilidad, como también su aspecto conceptual.

#### 4.4 Aún la distinción débil interna: medios y fines

“Haga el bien y evite el mal”<sup>22</sup>. Probablemente, estamos todos de acuerdo con tal disposición, aunque lo que sea considerado como bien y mal no despierte la misma aceptación<sup>23</sup>. De todas formas, el tema

22. Que el bien debe ser hecho y el mal debe ser evitado es el enunciado del primer principio de la ley natural de Aquino (1989).

23. La assertiva de que lo bien es mejor que el mal puede ser matizada: “Los dos valores *contrapuestos* ‘bueno y malo’, ‘bueno y malvado’, han sostenido en la tierra una lucha terrible, que

aquí no es propiamente la indeterminación de los términos, sino que hay muchas formas distintas de hacer el bien — evitar el mal, parece, es campo menos impreciso — y, con eso, el tema puede entenderse mejor en términos de medios y fin. Por tal línea, el blanco es el fin y el medio no importa, al menos no necesariamente. Por otro lado, también existen disposiciones que dispensan un análisis sobre el fin, lo que significa que su observancia es una cuestión de mera conducta, no enfocándose el resultado que ella produce. Y, con esos puntos en cuenta, sería posible asegurar que “[...] las reglas (prescriptivas) son normas que modalizan deónticamente acciones determinadas descritas en términos que poseen autonomía semántica [...]. Los principios [...] serían normas que prescriben que se realicen ciertos valores; [...]” (Bayón, 2003, p. 62)<sup>24</sup>. Sin embargo, no nos parece que sea así.

El primer punto que se debe esclarecer dice respecto a la relación entre medio y fin y, de entrada, podremos asegurar que no puede tomarse simplemente como una relación causal, puesto que la propia idea de causalidad está en crisis, al menos desde que Heisenberg (1958) demostró que, cuanto mayor es la certeza sobre la posición de una partícula, menor es el conocimiento sobre su masa y velocidad. Por otro lado, tampoco puede considerarse como una relación lógica, ya que existen muchas lógicas y, dependiendo de cuál sea adoptada, no siempre la verdad de

---

ha durado milenarios; y aunque es muy cierto que el segundo valor hace mucho tiempo que ha prevalecido, no faltan, sin embargo, tampoco ahora lugares en los que se continúa librando esa lucha, no decidida aún”. (Nietzsche, 2014, p. 75).

24. En ese mismo sentido, podemos citar Raz (1972, p. 838): “Rules prescribe relatively acts; principles prescribe highly unspecific actions”.

“p” y la falsedad de “q” significan la falsedad de “p implica q”. De todas formas, los hombres no pueden vivir con tal grado de incertidumbre y, por eso, al menos provisoriamente, creen y acuerdan que ciertos medios conducen a determinados fines. Porque si no fuera así, establecer un fin siempre sería inocuo, pues quien debe alcanzarlo nunca sabría cómo hacerlo. Luego, que determinada secuencia de acción resulta en específica consecuencia puede ser aserción valorada como verdadera hasta que sea falseada, debido a ser justificada por el pasado. Sin embargo, la palabra “principio” no es empleada para esas situaciones y sería mejor utilizar, en tales casos, la expresión “norma técnica”<sup>25</sup>.

Por nuestra parte, consideramos muy dudoso que las normas técnicas sean, en verdad, normas y si tan solo tuviéramos descripciones y prescripciones, nos sentiríamos muy seguros para asignarlas como descripciones. Desde otro punto de vista, podríamos tomarlas como pronósticos si la imaginamos como hipótesis no falseadas, pero, en todo caso, tales “normas” nada nos dicen sobre cómo actuar. Después de todo, que algo sea posible no significa que sea debido<sup>26</sup>. Ahora bien, una

---

25. “Technical norms are concerned with that which ought to or may or must not be done for the sake of attaining some end”. (von Wright, 1963, p. 170).

26. Tal entendimiento está plenamente de acuerdo con la “ley de Hume”. Pero siempre habrá quien objete, alegando que, si el bien es posible, entonces debemos actuar para hacerlo. Pero, la posibilidad de hacer el bien puede hasta ser tomada como condición necesaria para el deber de hacer el bien, pero nunca como suficiente. Sin embargo, Searle (1969, cap. VIII) dedica un capítulo entero de su obra *Actos de habla* para intentar convencernos de lo contrario. Por otro lado, en el sentido contrario, sería posible aseverar que si algo debe ser, entonces puede ser

forma de concebir las normas técnicas como normas jurídicas sería comprenderlas como normas implícitas derivadas de la ficticia figura de un legislador racional, que, al querer el fin, también quiere el medio. Por esa línea, al prescribir el fin, igualmente se prescribe los medios, solo que implícitamente. Sin embargo, nada de eso es indiscutible, pues “[...] puede quererse el fin sin querer el medio apropiado [...]. Si ese medio es el único que puede realizar el fin querido, entonces es [...] irracional seguir queriendo el fin, pero el ser humano puede también comportarse irracionalmente [...]”. (Kelsen, 2018 [1979], p. 48).

En todo caso, si comprendemos que, de los principios, derivan normas técnicas, entonces, en verdad, los principios no serían otra cosa que rótulos bajo los cuales se aglutan tales normas, una especie de abreviación. Al final de cuentas, se emplearían los principios para no tener que formular tales normas una a una<sup>27</sup>. Por otro lado, siendo varias las normas posibles que se pueden aplicar, ya que puede haber más de un medio para un fin, entonces la elección por una de ellas recaería sobre el destinatario. La dificultad de entender así las cosas es que un imperativo como “haga” podría ser visto como un principio — mismo que complementado con dónde, cuándo y qué —, pues, generalmente, existe más de una

(*ought entails can*): “[...] pursuing something as an end of action presupposes ability to do the things which are necessary for the attainment of the end”. (von Wright, 1963, p. 114).

27. “[...] pueden aducirse razones sólidas, fundadas en la técnica de formulación para continuar usando la estructura ‘tú-tú’. Pero aunque la formulación ‘tú-tú’ ofrezca ciertas ventajas desde el punto de vista de la técnica, es forzoso admitir que, en ciertos casos, puede conducir a resultados irrationales [...]”. (Ross, 1976 [1951], p. 20).

forma de hacer algo y, por lo tanto, no sería propiamente la conducta la que estaría en juego y sí el resultado. Con todo, no es así como se emplea la palabra principio y, de hecho, “haga” será o no considerado un principio dependiendo de su objeto directo.

“Haga el bien” será considerado, en efecto, como un principio, pero “haga una tarta” no, incluso sabiendo que hay muchas formas de hacer una tarta. Luego, medios y fin no son suficientes para separar las reglas de los principios. La cuestión podría ser la indeterminación, pues, incluso que “haga una tarta” no sea un mandamiento bien delimitado, ya que habría la necesidad de especificar al menos qué tipo de tarta, aún es mucho más preciso que “haga el bien”, pero, conforme tópico anterior, el grado de determinación no es un buen elemento para la distintividad entre regla y principio. Por todo lo expuesto, lo que parece permitir decir que delante del primer caso tenemos un principio y que frente al segundo una regla es la importancia que se atribuye a cada uno de los mandamientos.

La delimitación débil interna con lastro en el contenido de la norma jurídica — sea en relación con su determinación, sea en cuanto a la mediatez de la conducta — no es suficiente para separar las reglas de los principios. Intentemos, entonces, una vía externa, no vinculada a los elementos de la norma jurídica.

## 4.5 La distinción débil externa: relevancia y tradición

Hasta ahora los intentos por encontrar el vellocino de oro han fallado. En la demarcación fuerte, el punto de vista externo

torna la discusión incommensurable, una vez que los principios no serían normas jurídicas y, a su vez, el interno no es capaz de demostrar que existen realmente distintas lógicas que se aplican, respectivamente, a las reglas y a los principios; ya en cuanto a la demarcación débil, igualmente fracasa porque el grado de determinación de una norma jurídica no es marco seguro para una distinción aunque endeble entre reglas y principios e, incluso, una clasificación que toma la posición medio o fin dependiente de la forma con que la conducta es regulada, la cual, a primera vista, parecía prometedora, no fue exitosa. Es aquí donde surge la pregunta: ¿no la encontraron porque tal cosa no existe?

Una forma de no concluir este artículo sería emprender una discusión sobre qué significaría “existir un método de demarcación”, especialmente de las normas jurídicas, pero quien escribe tiene que pagar el precio de que algo quedará siempre sin explicación y es probable que, si alguien lo lee y se toma el trabajo de criticarlo, lo hará mucho más por lo que no se dice que por lo se dice. Pero, como debemos concluir estos apuntes, podemos arrematar, sin temor, que no existe tal cosa como una ley general que permita separar las reglas de los principios, no al menos en un sentido descriptivo y lo que hacen los juristas, intencionalmente o no, es presentar una propuesta normativa en la acepción de que las reglas deben distinguirse de los principios según su propuesta.

Ahora bien, si las cosas fueran dichas con todas las palabras, si el articulista asumiera que nada más hace que proponer una forma de demarcación, entonces la gracia se pierde por completo, pues para alcanzar la gloria debe el jurista demostrar que

hay una ley subyacente — y cuanto más profunda, mayor será la hazaña — que regula, queramos o no, nuestro uso de los términos “reglas” y “principios”. Y quién cree que eso es posible, cuando se le contradice, siempre tiene un contraargumento, acusando a los demás de escépticos o negacionistas, pero, como tienen que conceder que tal ley aún no apareció, complementa su exposición alegando que no la fue buscada el suficiente. La cuestión, en cierto modo, es muy parecida con quién observa una máquina de Turing esperando que pare, pero olvida el problema de la detención, pues es indecidible si después de un número finito de pasos, una entrada será o no procesada, lo que significa que la máquina puede operar para siempre (Turing, 1937).

Si no hay un mundo de ideas, entonces no podemos hacer otra cosa que limitarnos a este mundo, cuando podemos demarcar los principios de las reglas de un punto de vista externo y de forma débil. Externo porque es el uso de la norma que nos permite hacerlo y no su contenido; débil porque el criterio no es pujante lo suficiente para criar una escisión. Es indudable que alguien podría objetar que “uso” es un mal término y que, de todos modos, existen muchos usos que pueden hacerse de una palabra como principio. En cuanto al primer punto, como se ha dicho, la cuestión acaba tornándose circular, pues no hay palabra que no pueda ser desafiada, lo que traerá nuevas palabras en un *regressus ad infinitum*; en cuanto al segundo, la constatación de que una palabra es empleada de distintas maneras no sorprende a nadie y lo raro sería si alguien afirmara que determinado vocablo es usado en un solo sentido. Entonces, que “principio” sea una palabra ambigua

es asertiva con la cual solamente podemos estar de acuerdo<sup>28</sup>.

Sea como fuera, eso en nada altera la posición aquí expuesta: la distinción entre reglas y principios es una cuestión *ad hoc*, no habiendo una línea conductora y no siendo más que fruto de las contingencias. Luego, nuestra posición no es escéptica, al menos no del todo, pues, aunque no haya una ley general de demarcación, aun así podemos conocer *in casu* si una norma es una regla o un principio, máxime porque negar la separación estaría a contramano de nuestras actividades más corrientes. Por un lado, existe una tradición de denominar principios a algunas normas independientemente de cualquier justificación para ello, pero si se debe dar una, entonces se elige *a posteriori* una que suene mejor. Por otro, muchas veces el estudiioso de algún tema monográfico no resiste a la tentación de anteponerle a su título la palabra “principio”, pues imagina que así destaca más su importancia. Aquí la transcendencia actúa como *leitmotiv*, pues se podría discutir cuanto se quiera, siempre que se enfatice con convicción que esa norma jurídica merece ser considerada como un principio, una vez que es muy relevante. En suma, la tradición y la importancia son dos puntos que permiten apartar los principios de las reglas.

La tradición es cuestión sencilla de comprobar, pues basta con aludir a los clásicos. Si desde siempre se ha hablado del

principio de la legalidad y no de la regla de la legalidad, entonces la legalidad es un principio y no una regla. La importancia o relevancia es un asunto más delicado, pues involucraría, si tomada en serio, una exposición sobre la axiología de las normas jurídicas, siendo las de mayor jerarquía los principios y las demás las reglas. Sin embargo, si eso es posible, aún está por ser construido y, en verdad, una norma es denominada principio por el simple hecho de que alguien quiere destacarla, y poco importa que sea en la corte o en la academia. Imaginan que, al mencionar “principio”, las personas les darán más atención, sobre lo que no se equivocan en el mundo actual, ya que, tal como tuvimos la fiebre del oro, hoy vivimos la era de la “fiebre de los principios”, pues un simple rumor de que cierto tema es un principio ya es suficiente para atraer a muchos juristas.

A modo de síntesis, podemos reconocer que algunas normas jurídicas, a lo largo del tiempo, se establecieron como principios, lo que nos permite clasificarlas de esa forma. En consecuencia, las que no son principios, en nombre del tercero excluido, son reglas. Además, otra forma de distinguir las reglas de los principios es destacando su importancia, relevancia o valor. Así, las que tienen tales atributos son principios y las demás son reglas. Pero ¿quién dice qué norma es importante, tiene relevancia y refleja valor? En cuanto a eso, solamente podemos decir que el hombre es la medida de todas las cosas y que, en esos temas, cada uno es su propio juez. De cualquier forma, está dada, aquí, una distinción, entre reglas y principios, débil y externa a la propia norma jurídica.

28. “[...] five different purposes for which principles are used in the law. [...]. 1. *Principles as grounds for interpreting law*. [...]. 2. *Principles as grounds for changing laws*. [...]. 3. *Principles as ground for particular exceptions to laws*. [...]. 4. *Principles as grounds for making new rules*. [...]. 5. *Principles as the sole ground for action in particular cases*”. (Raz, 1972, p. 839-841).

## 5. Evaluando el atomismo lógico

En este punto del artículo es lícito reagrupar las ideas hasta aquí expuestas, una vez que tanto la distinción fuerte como la distinción débil entre reglas y principios—excepto para una vertiente floja y externa, de cariz *ad hoc*—fracasan en su intento. Por eso, ahora sería el momento ideal para culpar a la teoría del atomismo lógico empleada como marco para la realización de este estudio. Sin embargo, tal acción no sería correcta.

Por supuesto que se podría alegar que el tema de las reglas y principios no carece del atomismo lógico para ser desarrollado y que la discusión podría haberse iniciado en un punto más avanzado que el adoptado por nosotros. Y todo eso hasta podría ser verdad, pero, si fuera válido también para otros artículos, poca cosa en el derecho debería ser tratada en más de dos o tres páginas, siendo cinco la explotación de un latifundio. Además, lo que hicimos aquí fue exactamente aventurarnos en el juego que viene siendo jugado por los teóricos del derecho: un desdoblamiento del tema en un nivel más profundo. Así, las reglas y los principios fueron estudiados según el reduccionismo normativo, el cual, a su vez, tuvo como punto de apoyo el atomismo lógico. Por todo esto, lo que debe estar en discusión no es si el atomismo lógico tiene lugar en el presente trabajo, sino en qué casos una teoría del lenguaje tiene.

Por nuestra parte, no consideramos las discusiones filosóficas un apéndice, una mera demostración de erudición, de elitismo o hasta de pedantería, pero eso no significa que confundamos lo que es un

buen soporte con lo que es lo principal. Entonces, si la idea es emplear como telón de fondo una teoría que delimita acertadamente los puntos principales de una investigación jurídica, evitando la superposición de temas o los espacios vacíos entre ellos, diremos que el atomismo lógico ha cumplido su misión a la perfección. Por un lado, ha permitido que se comprenda qué son las distinciones fuerte y débil en la clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios; por otro, ha facultado a dar un paso adelante con la subdivisión de las demarcaciones en internas y externas. Y, para demostrarlo bien, tomemos en cuenta una consideración de Carrió (1986, p. 214) sobre cómo podrían agruparse en dos núcleos los distintos usos que se hacen de la palabra “principio”:

Según uno de ellos, los principios jurídicos son pautas de segundo nivel, [...] que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces complementarse las reglas de primer grado. [...]. Según el otro, los principios jurídicos son propósitos objetivos, metas o *policies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales.

En una primera instancia, hagamos una observación: los elementos distribuidos en los dos agrupamientos por el jurista argentino no son exhaustivos, pues la relación entre medios y fines, así como la indeterminación, como fue expuesto arriba, son criterios muy empleados por la doctrina, pero por él olvidado; además, no considera la casuística — la cual tiene un gran peso, para no decir definitivo, en la clasificación — para saber si una norma es una regla o un principio. O sea, ignoró por completo la formulación débil. Sin embargo, bien destacó la modalidad

fuerte, pues, por un lado, si los principios son normas de segundo nivel, entonces habría una escisión al punto de hablarse de tipos diferentes de normas y, por otro, si son especies de *policies*, el derecho no sería, meramente, un conjunto de normas jurídicas. Dicho esto, veamos como el atomismo lógico puede ayudarnos a comprender mejor esas ideas.

¿Estarían las reglas y los principios en una relación de desnivel normativo? Para contestar esa indagación, es necesario traer algunas palabras sobre metalenguaje, especialmente la tentativa de Frege de reducir la matemática a la lógica (logicismo) y la paradoja de Russell de ella derivada: la cuestión consiste en saber si los conjuntos que no forman parte de sí mismos forman parte de sí mismos, ya que, si no, todavía formaría parte de sí mismo, pero, si sí, habría una contradicción. Y la forma clásica de resolverlo, o diluirlo, no nos preocupemos con eso aquí, es mediante la teoría de los tipos, por la cual se concibe proposiciones de primer y de segundo orden<sup>29</sup>. A partir de esto, se torna cada vez más común el empleo de expresiones como “metalenguaje” y “lenguaje objeto”, con su aplicación en la teoría del derecho dada por las manos de Kelsen, quien explora, perfectamente, la noción de niveles de lenguaje, eliminando una ambigüedad de su *Reine Rechtslehre* (1934) por medio del despliegue del concepto de “*Rechtssatz*” en dos: “*statement norm*”

y “*legal rule*”<sup>30</sup>. Desde entonces, no hay porque confundir a la norma jurídica, lenguaje objeto puesto por la autoridad, con la proposición jurídica, un metalenguaje expresado por la doctrina. Así, la teoría de los tipos nos permite mantener el atomismo lógico aplicado al derecho sin romper la idea de que el derecho es un conjunto de normas jurídicas, encontrando una ubicación para el discurso jurídico. Sin embargo, eso no significa que los principios vayan a ubicarse en un segundo nivel en relación con las reglas, y aquí destacamos dos puntos.

Primeramente, si los principios fuesen “propósitos objetivos, metas o *policies*”, eso apenas importaría, independientemente de su corrección, que no serían normas jurídicas, lo que conlleva a que un actor racional que lo afirme también deba comprometerse con todas las implicaciones que trae una idea en línea de que el derecho no es solo formado por normas jurídicas, tema que ya desarrollamos. De cualquier manera, la teoría del atomismo lógico aplicada al derecho nos permite perfectamente entender este punto de la discusión como un caso de demarcación externa fuerte.

También podríamos intentar una demarcación fuerte interna, abordando la línea de que la diferencia de nivel entre las reglas (primer grado) y los principios (segundo grado) sería el punto clave para una distinción. Ahora bien, aun en esos términos, existirían dificultades, porque es el metalenguaje que se construye con bases en

---

29. “Elementary propositions together with such as contain only individuals as apparent variables we will call first-order propositions. [...]. We can thus form new propositions in which first-order propositions occur as apparent variables. These we will call second-order propositions [...].” (Russell, 1956 [1908], p. 76).

30. “It is the task of the science of law to represent the law of a community [...]. These statements, by means of which the science of law represents law, must not be confused with the norms created by the law-making authorities. It is preferable not to call these statements norms, but legal rules”. (Kelsen, 2007 [1945], p. 45).

el lenguaje objeto y no al contrario. Así, para que la formulación de las reglas y principios en términos de niveles de lenguaje pueda prosperar, los principios deberían ser tomados como el lenguaje objeto y las reglas como metalenguaje. Sin embargo, tal formulación apenas tendría sentido si aceptamos algo como las reglas implícitas, las cuales derivarían de los principios<sup>31</sup>, pero, excepto en esos casos, no hay porque imaginarse que las reglas siempre guardarían dependencia con los principios, una vez que pueden prevalecer sobre ellos<sup>32</sup>.

De cualquier manera, todas estas consideraciones no tienen otro fin a no ser el de demostrar que la cuestión de cómo delinear las reglas de los principios es muy bien expuesta bajo el atomismo lógico.

## 6. Los principios encantan y engañan

En un diálogo con Teeteto, un forastero dice que el sofista es un animal muy extraño, que no se deja coger con una sola mano, a lo que éste le responde que, entonces, deberían usar las dos. (Platón, 1992). De nuestra parte, creemos que la

misma recomendación también es aplicable a los principios y a cómo distinguirlos de las reglas, no debiendo ser depositadas todas las esperanzas en una sola mano, en la última moda de las teorías analíticas del lenguaje, ya que la cuestión puede estar localizada en otras estancias.

La idea de separación de poderes creó dificultades teóricas formidables y, aquí, destacamos la delimitación del papel del juez como “boca de la ley” (Montesquieu, 2007), lo que es totalmente comprensible, ya que de nada serviría empoderar al legislativo para que los jueces decidiesen como mejor les pareciesen<sup>33</sup>. Pero luego se dieron cuenta de que no siempre, al menos *prima facie*, habría una solución para los casos presentados a juicio, configurando un problema enorme si también suponemos existir en tal orden jurídica un dispositivo que obliga a decidir las demandas. Y una forma de salir de tal impasse sería adoptar como precepto implícito una disposición en el sentido de que, en ausencia de ley, las demandas deben ser juzgadas improcedentes, pero tal posición, por evidente que parezca, no siempre será una buena solución. Es entonces cuando los principios entran en escena por un ángulo que la teoría del lenguaje no capta.

Si hay una obligación de decidir, pero no hay norma positivada para eso, entonces, en un mundo donde siempre las verdades pudiesen ser dichas, el juez lo asumiría y todos sabríamos que la decisión fue fruto de su convicción personal. Sin embargo, nadie nos asegura que el mundo sería mejor si las verdades siempre fuesen externalizadas y, por tales motivos, se siente más tranquilo — los que juzgan y los que

31. “Una norma implícita no puede referirse a texto normativo alguno como su significado. Se extrae, en general, de una o más normas explícitas (formuladas) mediante un razonamiento”. (Guastini, 2021, p. 165).

32. Incluso un autor como Alexy (1993 [1986], p. 135) entiende que, a no ser en raras situaciones, las reglas prevalecen sobre los principios: “[...] vale la regla de precedencia según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución”.

33. Sobre el empleo de los principios para establecerse un gobierno de los jueces, véase: Costa (2025).

son juzgados — si se imagina que la decisión no es meramente obra de un arbitrio, pero sí el resultado de la aplicación de los principios, aunque no se sepa, en verdad, lo que ellos son. En cuanto a eso, si insistirse mucho en una respuesta, no se debe esperar más que aquella dada por John Lennon y Paul McCartney en *With a little help from my friends*: “What do you see when you turn out the light? / I can’t tell you, but I know it’s mine”. En efecto, al evocar un “principio”, lo que se busca es una legitimación, pues quien decide en nombre de los principios puede hasta equivocarse, pero sería una persona de bien, digna de respeto. Y es este punto que la filosofía analítica, y no simplemente el atomismo lógico, no capta: el ejercicio del poder y su disimulación.

Además, no es solo en el campo de las lagunas que tienen su valor los principios jurídicos, pues también son de gran utilidad frente a casos con múltiples posibilidades de interpretación. Si las cosas de la vida no necesitasen maquillaje, nuevamente sería posible hablar de la discrecionalidad del juez para elegir, entre ellas, la interpretación que le parece más adecuada, pero, para tranquilizar a las almas más sensibles, es que se dice, aun habiendo varias interpretaciones posibles, que los principios conducen a una mejor solución, a una decisión correcta. De veras, “principio” es una palabra empleada, a menudo, para ocultar que las decisiones, al menos muchas veces, son actos de la voluntad y no derivaciones del orden jurídico.

Las reglas pueden ser seguidas de un modo, no pueden ser de otro y, algunas veces, no sabremos como hacer, al menos así enseña Hart (1994 [1961]), pero basta pronunciar la palabra mágica “principio”

para que tales consideraciones se desvaneczan. Por un lado, lo que las reglas determinan o no determinan puede ser cambiado (en nombre de la justicia, claro); por otro lado, los casos de incertidumbre se convierten en una única respuesta. Es todo tan bueno que hasta podemos desconfiar de que detrás hay un genio diabólico, pero luego alguien aparece para decírnos que no nos debemos preocupar tanto, que no seamos hombres de poca fe, ya que los principios están al servicio del bien, bello y justo, pues no más hacen que dar contornos correctos a las reglas, especialmente a las malas, igualmente trayendo seguridad donde antes solo había dudas. Además, no sería necesario entender correctamente qué son los principios y qué conducta debería llevarse a cabo para observarlos, mucho menos cómo apartarlos de las reglas, pues, por un lado, basta tener un buen corazón y todo se iluminará; por otro lado, eso no está al alcance de las manos de todos, estando más bien reservado a aquellos con vocación de juzgar a Hércules<sup>34</sup>.

No se niega, por supuesto, que la ley pueda ser injusta y los jueces justos, pero ¿por qué no podría la ley ser justa y los jueces injustos? Según parece, toda la fascinación que los liberales tienen por los principios, que sería la forma en que una suprema corte desdeña del legislativo sin tener que pagar un precio político por ello, desaparece cuando los jueces son conservadores. En efecto, no son solo los originalistas que maldicen los principios frente a una *Corte Warren*, pues los liberales también tienen sus miedos,

34. Al adoptar el derecho como integridad, el juez Hércules puede apreciar un caso a su mejor luz: “An interpretation aims to show what is interpreted in the best light possible [...].” (Dworkin, 1986, p. 243).

con argumentos muy bien puestos como los de Tushnet (1999). Pues bien, la legislación tiene su dignidad como diría Waldron (1999) y no hay nada seguro, especialmente en las democracias, para que los jueces la alteren en nombre de los principios, sean ellos conversadores o liberales.

Finalmente, es importante hacer hincapié que no es solamente para el juez que los principios tienen ese poder mágico de legitimar acciones, pues también es muy útil para el legislador. Para demostrarlo, nuevamente tomemos la separación de poderes en su sentido clásico, cuando haya quienes legislan no en nombre propio, sino en nombre del pueblo. Ahora bien, si nos deshacemos de toda jerga legitimadora, identificamos personas que tienen como ocupación legislar y lo hacen muchas veces para mostrar servicio, independientemente de su ideología, con una verdadera furia, incluso cuando no tengan claro lo que quieren exactamente prescribir. Si hay algo nuevo, entonces debe ser regulado y si el legislativo no sabe muy bien cómo hacerlo, basta sujetarlo a una serie de principios, poco importa cuáles: una mezcla de palabras con apelación emotiva como moralidad y solidaridad, por un lado, y que transmitan rigor como eficiencia y robustez, por otro, son ideales. Después de eso, es cuestión de autoproporcionar que se trata de una de las legislaciones más avanzadas el mundo, quizás la más avanzada, y dejar el resto a cargo de los juristas, que escribirán y escribirán, sin acuerdo alguno, cuáles son las conductas que se deben tener para actuar conforme los principios. Así, una vez más, la evocación de la palabra “principio” tiene un efecto mágico, convirtiendo lugares comunes, vacíos y sin sentidos en leyes que harán del mundo

un lugar mejor. Y la teoría del lenguaje, incluso la más hodierna, tampoco puede capturar eso.

## 7. Conclusión

¿Cómo hacer un artículo de teoría del derecho? Bueno, acabamos de hacer uno sobre reglas y principios. Ahora bien, si es adecuado o no, no nos cabe juzgar, pero seguimos un estándar que creemos ser el recomendado por los eruditos de hoy, bajo pena de ser sumariamente ignorado, que es escribir teniendo como telón de fondo una teoría analítica del lenguaje. Y eso es lo que hicimos sin tergiversaciones, por medio de una teoría clásica, el atomismo lógico, obteniendo los siguientes resultados:

- El atomismo lógico nos permite una comprensión del derecho como un conjunto de normas jurídicas y, en consecuencia, la demarcación de ellas, sea fuerte o débil, en reglas y principios.
- Según una clasificación fuerte, la cual adjetivamos de externa, los principios, en verdad, no serían normas jurídicas. En esta línea, debemos prestar atención a que, cuando alguien nos vende esa forma de distinción, de hecho, lo que pretende es que compraremos otra cosa, cual sea, que el derecho no es exclusivamente un conjunto de normas jurídicas, pero, con eso, se revela que habla otra lengua, una inconmensurable con la nuestra.
- Un intento de salvar la distinción fuerte sería desde una visión interna, por la cual las reglas y los principios aún serían normas jurídicas, pero tendrían lógicas diferentes. Sin embargo, después de investigar Dworkin y Alexy,

palabras como “peso” y ponderación no fueran suficientes para demostrar que tipo de lógica sería esa.

- La demarcación débil, a pesar de menos ambiciosa, parecía más prometedora. Así, no habría un quiebre en la homogeneidad de las normas jurídicas, no siendo reglas y principios tipos sintácticos diferentes, con el enfoque centrado en el aspecto semántico. Un primer intento, en el plano interno, es tratar de distinguir reglas y principios en función del grado de determinación normativa, lo que, no obstante, fracasa, pues, por un lado, en cuales hipótesis serían las normas determinadas y en cuales serían indeterminadas, al menos en muchos casos, no es nada fácil de decir, sin mencionar que ni todo lo que es indeterminado es considerado un principio, así como ni toda norma determinada es tomada por regla. Un segundo intento más elaborado, aún en el plano interno, se refiere a la conducta regulada, si directa o indirectamente, cuando los principios dispondrían sobre fines, con las reglas limitándose a establecer la mera conducta. Sin embargo, una mirada más precisa nos permite percibir que no es cualquier fin que concede a la norma el título de principio, sino apenas aquellos que tienden a hacen del mundo un lugar mejor. Además, permanece intacto el problema de que existen normas que regulan directamente una conducta y, aun así, no son consideradas reglas, sino principios.
- Lo que nos queda es una demarcación externa débil, cuando la distinción entre reglas y principios se funda o en la tradición — si una norma jurídica es considerada un principio, entonces es

un principio — o en la relevancia, lo que depende de una axiología de las normas jurídicas, pudiendo también hacerse a partir de un punto de vista personal, cuando los juristas buscan llamar la atención sobre sus estudios, que no se limitarían a meras reglas, las cuales serían campo para operadores menos calificados, sino que estarían orientadas hacia las cosas importantes, a saber, los principios.

Resultados modestos, de hecho, por los cuales alguien podría estar tentado a culpar al atomismo lógico. No obstante, nuestro punto de vista es otro, *i.e.*, si la teoría analítica del lenguaje tiene su valor, pudiendo mucho, todavía, no puede todo, y así no debemos exigir de ella lo que no puede dar. El problema no está en el atomismo lógico, el cual permitió exponer bien el caso sin superposiciones o vacíos, pero sí en las expectativas que son puestas en la filosofía analítica, las cuales, una vez no atendidas, obligan al teórico del derecho a estar siempre en busca de las últimas novedades filosóficas. Aquí, se hace necesaria una aclaración: dejando de lado Eva y Pandora, es mejor saber más que saber menos, y no sólo filosofía, sino también música, literatura, cine etc. No obstante, creer que la respuesta para la distinción entre regla y principio se encuentra en la última formulación de la filosofía analítica del lenguaje, a nuestro modo de ver, es tan insólito como imaginar que la solución pasa por estudiar los primeros presocráticos, los *physis*, una vez que, todos sabemos, San Jerónimo tradujo *archē* por *principio*. De cualquier modo, tal postura pone al jurista a expensas de otros, y si el nuevo intento no tiene éxito, entonces lo que les queda por hacer

es sentarse y aguardar a la próxima temporada y sus novedades.

Sin embargo, miran para el lado equivocado y cambiar el atomismo lógico por un modelo recién lanzado — que consume menos energía y está preocupado con las próximas generaciones — no cambiará eso. Claro que, vez u otra, hoy más que ayer, los principios serán evocados, aunque no sepamos, analíticamente, por qué es un principio y no una regla, o incluso si es una norma jurídica. Los que mandan, en un mundo civilizado, no quieren parecer arbitrarios y los que deben obedecer, bajo pena de castigo, prefieren imaginar que lo hacen por otras cuestiones. Y así los principios atienden a los deseos de todos. Empodera al juez, que siempre tendrá un principio para llamar de suyo para no aplicar la regla; facilita la vida del legislador que puede legislar, aunque no sepa bien lo que hace; no deja al jurista desocupado, pues siempre puede escribir un libro sobre qué conducta, de hecho, regula el principio; y, principalmente, permite que el ciudadano, el hombre común, se coloque en una condición de servidumbre voluntaria sin sentirse mal por ello. Están todos felices y no seremos nosotros los que iremos en contra de los principios, máxime porque sería como avanzar contra un molino de viento y, por más simpatía que tengamos por Don Quijote, a veces es difícil no pensar que es simplemente un tonto.

Así, la cuestión aquí es otra, pues lo que buscamos demostrar es que, en exceso, la conexión entre el teórico del derecho y la filosofía del lenguaje ciega, pues una cuestión de cómo identificar las reglas y los principios puede acabar convirtiéndose, ilustrativamente, en una sobre los méritos y deméritos del atomismo lógico. Con

todo, para este artículo, él nos ha dado lo que esperábamos e, incluso, si alguien nos dice que puede obtener mejores resultados con una teoría del lenguaje más actual que el atomismo lógico, aun así contestaríamos que los legisladores y los jueces no lo seguirán, pues sus preocupaciones tienen un cariz legitimador y no teórico. Ya los juristas, por su parte, no lo seguirán por envidia.

Por ahora nos basta saber que la evocación de la palabra “principio” es útil, pero quién sabe un día no carezcamos de tal truco y, como hizo Zarathustra, no necesitaremos más cargar a los muertos.

Una luz ha aparecido en mi horizonte: compañeros de viaje necesito, compañeros vivos, — no compañeros muertos ni cadáveres, a los cuales llevo conmigo adonde quiero. [...]. Y tú, primer compañero mío, ¡descansa en paz! Bien te he enterrado en tu árbol hueco, bien te he escondido de los lobos. Pero me separo de ti, el tiempo ha pasado. Entre aurora y aurora ha venido a mí una verdad nueva.

Nietzsche, 2003, p. 47-48.

## Bibliografía

- Aarnio, Aulis. (1997). Las reglas en serio. In: \_\_\_\_\_; Valdés, Ernesto Garzón; Uusitalo, Jyrki (comps.). La normatividad del derecho. Traducción por: Sebastián Urbiña. Barcelona: Gedisa, p. 17-35.
- Abbagnano, Nicola. [1993 (1961)]. Diccionario de filosofía. 2ed. 10. reimpr. Traducción: no consta. México: Fondo de cultura económica.
- Alexy, Robert. [1993 (1986)]. Teoría de los derechos fundamentales. Versión de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

- Aquino, Tomás de. (1989). Suma Teológica, II, Madrid: BAC.
- Aristóteles. (1987). Acerca de la generación y la corrupción. Traducción por: Ernesto la Croce y Alberto Bernabé Pajeres. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (1988). Política. Traducción de: Manuela García Valdés. Madrid: Gredos.
- Atienza Rodríguez, Manuel; Ruiz Manero, Juan. (1988). Sobre principios y reglas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.I.], n. 10, p. 101-120, nov. p. 110 (3.1.2).
- Austin, John. (1995). The province of jurisprudence determined. Edited by: Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ávila, Humberto. (2009). Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9.ed. São Paulo: Malheiros.
- Ayer, Alfred Jules. (1946). Language, truth and logic. London: Victor Gollancz.
- Bayón, Juan Carlos. (2003) Proposiciones normativas e indeterminación del derecho. In: \_\_\_\_\_; Rodríguez, Jorge. 2003. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 27-66.
- Rodríguez, Jorge. (1991). Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón excluyente' de Joseph Raz. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante: [s.n.], n. 10, p. 25-66. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.01>
- Bíblia de Jerusalém: nova edição, revista e ampliada. GORGULHO, Gilberto da Silva.
- Bobbio, Norberto. [2002 (1960)]. Teoría general del derecho. 2.ed. 4.reimpr. Traducción de: Jorge Guerreiro R. Bogotá: Temis.
- Bunge, Mario. (2005). Diccionario de filosofía. Traducción de: María Dolores González Rodríguez. 3.ed. México: Siglo XXI.
- Carrión, Genaro Rubén. (1986). Principios jurídicos y positivismo jurídico. Notas sobre derecho y lenguaje. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Carnap, Rudolf. (1956). The methodological character of theoretical concepts. In: H. Feigl & M. Scriven (eds.). The foundations of science and the concepts of psychology and psychoanalysis. University of Minnesota Press, p. 38-76.
- Child, William. (2011). Wittgenstein. Abingdon: Routledge.
- Correia, Fabrice; SCHNIEDER, Benjamin (eds.). (2012). Metaphysical grounding: understanding the structure of reality. Cambridge: Cambridge University Press.
- Costa, Valterlei da. (2025). Princípios constitucionais e o governo dos juízes. Revista da faculdade de direito da UERJ - RFD, [S. I.], n. 44. DOI: 10.12957/rfd.2025.66083.
- Costa, Valterlei da; Carvalho, Paulo de Barros. (2023). O atomismo lógico como modelo para uma teoria do direito. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, [s. I.], v. 15, n. 2, p. 184-201, mai./ago. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2023.152.02>
- Daintith, John; Rennie, Richard. (2005). The facts on file dictionary of physics. 4.ed. New York: Facts on File.
- Dworkin, Ronald. (1986). Law's empire. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. (1978). Taking rights seriously: with a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press.
- Ferrater Mora, José. (1965). Diccionario de filosofía, tomo I. 5.ed. Buenos Aires: Sudamérica.

- Feyerabend, Paul. (1996). *Adiós a la razón*. 3.ed. Traducción de: José R. de Riviera: Madrid: Tecnos.
- Frege, Gottlob. (1984). *Sobre sentido y referencia. Estudios sobre semántica*. Traducción de: Ulises Moulines. Barcelona: Orbis, p. 51-86.
- Guastini, Riccardo. (2021). *Interpretar y argumentar*. 2.ed. 1.reimpr. Traducción de: Silvina Álvares Medina. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales (CEPC).
- Hart, Herbert L. A. [1994 (1961)]. *The concept of law: with a new postscript*. 2.ed. Oxford: Clarendon Press.
- Heisenberg, Werner. (1958). *Physics and philosophy: the revolution in modern science*. New York: Harper & Brothers.
- Hobbes, Thomas. (2018). *Leviatán*. Traducción de: Antonio Escrivá. Barcelona: Deusto.
- Kelsen, Hans. (2008). *Autobiografía*. Traducción de: Luis Villar Borda. Externado: Bogotá.
- Kelsen, Hans. [2007 (1945)]. *General theory of law and state*. New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publishers.
- Kelsen, Hans. [2018 (1979)]. *Teoría general de las normas*. Traducción de: Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, Hans. (1982). *Teoría pura del derecho*. 1.ed. 2.reimpr. Traducción de: Roberto José Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México (segunda edición alemana de 1960).
- Kelsen, Hans. (2011). *Teoría pura del derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de: Gregorio Robles Mochón y Félix F. Sánchez. Madrid: Trotta (primera edición alemana de 1934).
- Lewis, David. (1969). *Convention: a philosophical study*. Cambridge: Wiley-Blackwell.
- Haack, Susan. (2007). On logic in the law: "something but not all", *Ratio Juris*, vol. 20, n. 1, p. 1-31.
- Maccormick, Neil. [2003 (1978)]. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Macedo Junior, Ronaldo Porto. (2013). *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. 2.ed. São Paulo: Saraiva.
- Merkl, Adolf Julius. [2018 (1931)]. *Prolegómenos para uma teoria da construção escalonada do direito*. Escritos de teoria do direito. Tradução de: Matheus Pelegriño da Silva. São Leopoldo, RS: Unisinos.
- Montesquieu. (2007). *Del espíritu de las leyes*. Traducción de: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos.
- Moore, George Edward. [1993 (1903)]. *Principia ethica*. Rev. ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Neves, Marcelo. (2019). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 22 (I.2).
- Nietzsche, Friedrich. (2003). *Así hablo Zarathustra*. 1.ed. 6.reimpr. Traducción de: Andrés Sánchez Pascual. Madrid: Alianza.
- Nietzsche, Friedrich. (2008). *Fragmentos póstumos, v. IV (1885-1889)*. Traducción de: Juan Luis Vermar y Joan B. Llinares. 2.ed. Madrid: Tecnos.
- Nietzsche, Friedrich. (2014). *La genealogía de la moral: un escrito polémico*. 2.ed. 2.reimpr. Traducido por: Andrés Sánchez Pascual. Buenos Aires: Alianza Editorial.
- Platón. (1992). *Diálogos: Sofista*. Obra completa, vol. V. Traducción, introducción y notas a cargo de: Néstor Luis Cordero. Madrid: Gredos.

- Platón. (1988). La República. Traducción de: José Antonio Míguez. Madrid: Aguilar.
- Putnam, Hilary. (1975). The meaning of "meaning". In: GUNDERSON, Keith (ed.). Language, mind and knowledge. Minnesota studies in the philosophy of science, [s. l.]: [s. n.], v. 7, p. 131-193.
- Radbruch, Gustav. (2019). Cinco minutos de filosofía del derecho (1945). In: paulson, Stanley L. La filosofía del derecho de Gustav Radbruch: y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. Traducción de: Alejandro Nava Tovar. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, Joseph. (1972). Legal principles and the limits of law. The Yale Law Journal, v. 81, p. 823-854.
- Raz, Joseph. [1999 (1975)]. Practical reason and norms. Oxford: Oxford University Press.
- Reale, Miguel. (1968). O direito como experiência. São Paulo: Saraiva.
- Ross, Alf. [2019 (1953)]. On law and justice. Translated by: Uta Bindreiter. Oxford: Oxford University Press.
- Ross, Alf. [1976 (1951)]. Tū-tū. Traducción de: Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Russell, Bertrand. (1956). Logical atomism (1924). In: marsh, Robert Charles (ed.). Logic and knowledge. London: Georges Allen and Unwin, p. 243-323.
- Russell, Bertrand. (1956). Mathematical logic as based on the theory of types (1908). In: Marsh, Robert Charles (ed.). Logic and knowledge. London: Georges Allen and Unwin, p. 59-102.
- Russell, Bertrand. (1956). The philosophy of logical atomism (1918). In: marsh, Robert Charles (ed.). Logic and knowledge. London: Georges Allen and Unwin, p. 177-281.
- Schauer, Frederick. (1991). Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon Press.
- Schmitt, Carl. [2009 (1932)]. El concepto de político. 1.ed. 5.reimpr. Versión de: Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, Carl. [1983 (1928)]. La defensa de la Constitución. Traducción de: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos.
- Searle, John Rogers. (1969). Speech acts: an essay in the philosophy of language. Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Burrhus Frederic. [2005 (1948)]. Walden two. Indianapolis / Cambridge: Hackett.
- Turing, Alan Mathison. (1937). On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem. Proceedings of the London Mathematical Society, v. 42, p. 230-265.
- Tushnet, Mark. (1999). Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press.
- Von Wright, Georg Henrik. (1951). Deontic logic. Mind, Oxford University Press, v. 60, n. 237, p. 1-15, jan.
- Von Wright, Georg Henrik. (1963). Norm and action: a logical enquiry. London: Routledge & Kegan Paul.
- Waldron, Jeremy. 1999. The dignity of legislation. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wittgenstein, Ludwig. [1999 (1958)]. Philosophische untersuchungen / Philosophical investigations. 2.ed. 5.reimp. Translated by: Elizabeth Anscombe. Oxford: Blackwell.
- Wittgenstein, Ludwig. 1922. Tractatus logico-philosophicus. German and English. Introduction by: Bertrand Russell. Translated by: Charles Kay Ogden. London: Routledge & Kegan Paul.