

Algunas consideraciones en torno a los principios

POR **MARÍA LAURA DELUCCHI** (*)

Sumario: I. De la ley a los principios. II. Cuestión semántica. III. Diferentes posturas relativas a los principios. IV. Diferencias entre reglas y principios. V. Algunos interrogantes en torno a los principios. VI. Principios jurídicos, fuentes del derecho y argumentación. A modo de conclusión. VII. Bibliografía.

Resumen:

Luego de la segunda guerra mundial aparece instalado el tema de los principios, desplazándose la fuerza de la ley a la fuerza de la Constitución. El derecho no estaría sólo integrado por reglas, sino también por principios. Este término, de profunda ambigüedad, plantea diferentes posturas en torno a la existencia de los principios, su uso, su relación con lo jurídico. Usamos la expresión en distintos sentidos, queriendo significar diferentes cosas.

Podemos señalar varias distinciones entre reglas y principios y preguntarnos si la diferenciación es cualitativa o meramente de grado. Esto nos conduce a los interrogantes de cómo operan los mismos en torno a la discrecionalidad de los jueces y si una única respuesta correcta es posible.

El objetivo del trabajo es presentar algunas consideraciones ut supra referidas en torno a los principios, pasando revista a diversa doctrina pertinente a la temática planteada y arribando a la conclusión de que hoy en día la cuestión ontológica de si las reglas agotan o no el derecho, se ha convertido en un tema de raíz argumentativa, diluyendo la diferencia entre Derecho y Moral, para pasar a referirnos a argumentación jurídica y argumentación moral.

Palabras claves: principios, moralidad, interpretación, argumentación.

Abstract:

After the second world war the principles as a subject were installed and there was a movement from the force of the Law to the force of the Constitution. Law would not only be integrated by rules but also by principles. This ambiguous word introduces different points of view about the existence, the usage and the relationship with juridical subjects. We use the word with different acceptions, meaning different things.

We can show several differences between rules and principles as regards quality or quantity.

We can be asked how principles are related to judges' discretion and also if one only answer is possible.

The aim of this work is to introduce some considerations about principles, to review different doctrine about the subject and to conclude that today the ontological question if rules fulfil or not the concept of Law, to agree to differ from Law and Ethics and now to refer to juridical argumentation and moral argumentation.

Keywords: principles, moral, interpretation, argument.

I. De la ley a los principios

El tema de los principios aparece potenciado a partir de Nuremberg, estadio en el que se entiende se puede cumplir con la ley y violar el derecho, formulado y constituido por principios. Hasta ese en-

(*) Profesora Adjunta Ordinaria de Introducción al Derecho; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; UNLP.

tonces los principios estaban implícitos en la ley y el legislador permitía inducirlos. Nuestro codificador en el art. 16 Código Civil previó estos tipos de principios, que se obtenían mediante un proceso de generalización creciente. Es recién desde Nuremberg que entran en escena los principios pero ya no implícitos en la ley como el legislador permitía inducirlos. Los mismos comienzan a tener conflictos con la ley; aunque debemos mencionar que ya desde tiempo antes, se venía observando un resquebrajamiento en los términos de la ecuación derecho igual a ley. El legalismo, producto del racionalismo imperante de la Revolución francesa, había mantenido todo su vigor decimonónico entendiendo a aquélla como único criterio objetivo válido, y al orden como un sistema perfecto y completo; pero durante el desarrollo del siglo pasado, fue dejando lugar a un pensamiento neoconstitucionalista, que ha resaltado el papel preponderante de la constitución y la fuerza normativa de los principios.

De la voluntad general y el imperio de la ley se ha transitado a un estadio donde rige el imperio de la constitución. Zagrebelsky (1995:109/110), adherente a la corriente que incluye a los principios dentro del campo del derecho, sostiene que “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”. Se declara, pues, que los principios constitucionales son superiores a las reglas y en consecuencia los jueces deben respetarlos en sus decisiones. El juez en última instancia ya no está sometido al “imperio de la ley” sino al “imperio del derecho”. He aquí el nudo de la cuestión. Evidentemente numerosa doctrina entiende que el derecho está compuesto por algunas otras cosas además de los elementos que llamamos reglas: de acuerdo a quién sea el autor diremos que por directrices, por enunciados normativos, por las consecuencias lógicas que pueden extraerse de los mismos y también, por supuesto, por principios, que es lo que hoy nos interesa.

La polémica, que durante la década de los años '30 del siglo pasado ha sido sostenida por Kelsen y Schmitt, también fue relativa de alguna manera al tema de los principios. El control de constitucionalidad que debía estar en manos de un poder jurisdiccional para Kelsen, se oponía a la posición de Schmitt que postulaba la necesidad de que quien controlara la constitucionalidad de las leyes fuera un órgano político, perteneciente a la gestión, y que garantizara el proyecto político y la plataforma programática-principista propuesta por el gobierno. Para el positivismo imperante en la segunda post guerra los principios aumentaban la confusión, la inseguridad y la desconfianza en el derecho, contaminaban las normas, que terminaban transformándose en fórmulas vagas y originaban o eran vacíos jurídicos. No eran más que propaganda electoral. En cambio, para otros, el derecho tenía otra cara: el anverso de las normas se completaba con el reverso de los principios. La satisfacción de estos últimos también era competencia de los jueces. Según Zagrebelsky (2005:111/114) a partir de ese momento habría dejado de existir una relación jerárquica entre la legislación y la jurisdicción. En ese entonces el estado legislador pudo haber sido el señor de la ley, pero dejaría de serlo del derecho. Ley y derecho comienzan a desaparecer como ecuación y empieza a vislumbrarse una postura iusnaturalista.

II. Cuestión semántica

La expresión “principios” resulta un término ambiguo e impreciso que posee distintos sentidos, como “origen o causa”, “parte importante de algo”, “regla o guía”, “finalidad”, “premisa o esencia”, “máxima” o “verdad ética incuestionable” (Carrió, 1994:209/10). Del mismo modo se ha asimilado la expresión “principios” a la expresión “valores” (Alexy, 1988:145).

Ha sido aplicable al campo del Derecho al referirnos a los tan controvertidos “principios jurídicos” y “principios generales del derecho”. Podríamos comenzar por preguntarnos por los principios en general, cualquiera sea la naturaleza de que se traten. ¿Revisten las mismas características lo que llamamos principios en cualquiera de las ciencias? ¿Son de igual tenor los principios de la Lógica o Matemática que los de alguna ciencia de la Naturaleza, como la Física o Química? ¿Podríamos incluir a los principios jurídicos en alguna de las categorías antes mencionadas? La expresión “jurídicos” también padece de una imprecisión que deberíamos recalcar. Así, Carrió (1994:207) distingue tres sentidos de la expresión “jurídicos”, a saber: 1) porque el derecho de una comunidad le otorga tal calificación o status, al que se le atribuye ciertas consecuencias, 2) como algo que versa sobre el de-

recho y 3) como algo que es parte del derecho de una comunidad. Este último de los sentidos es el que plantea ciertas dificultades a la hora de preguntarnos si los principios forman parte integrante del derecho positivo de una comunidad.

Para responder a esta cuestión deberíamos primero establecer en qué sentido utilizamos las expresiones “principios jurídicos”, ya que no es lo mismo afirmar la pertenencia de los principios al derecho, cuando estamos hablando de “reglas o guías”, que cuando nos referimos a “verdad ética incuestionable” o, simplemente, a “valores”.

Aún encontraremos diferentes posturas reduciendo su uso a un único sentido. Es el caso de los valores. En definitiva este sentido se vincula con la eterna pregunta que versa sobre si el Derecho está relacionado con la Moral y, de responderse afirmativamente, en qué medida y cómo es esa relación.

Muchas veces llamamos principios a formulaciones del derecho positivo; por ejemplo la igualdad ante la ley. Sin embargo le asignamos el término “principio”, quizá porque si bien se hallan positivizados, revisten diferencias con lo que vulgarmente llamamos normas o reglas. Así, si están contemplados expresamente en el sistema jurídico, y acuñamos la expresión “principios”, será porque de algún modo esas distinciones —sean morfológicas (sostenido por la teoría fuerte de separación) o meramente de grado (posición adoptada por la teoría débil)—, justifican de alguna manera, un rótulo diferente para distinguirlas de otras formulaciones.

Así encontraremos autores como Alexy que incluyen dentro de la categoría de norma a reglas y principios, o a Vigo que —al revés— considera a las normas y a los principios como especies del género regla. Para algunos autores si los principios están concretados en normas positivas mejor, pero no necesitan de su contemplación normativa para operar. En este caso estamos hablando de los principios de justicia, o como dice Dworkin, de los que tienen vinculación con alguna esfera de la moralidad (para alguna doctrina estos serían los principios generales del derecho). En otro sentido, los patrones o criterios que rigen una determinada rama del Derecho y que se pueden inferir de sus normas, también son llamados principios, aunque en un sentido muy diferente a los mencionados principios de equidad o justicia. A estos criterios para diferenciarlos de los generales del derecho, podríamos llamarlos principios jurídicos.

III. Diferentes posturas relativas a los principios

Con lo dicho antes ponemos de manifiesto que existen distintos elementos a los que mentamos con la expresión “principios”. Pasaremos revista a algunos ellos:

1) En el sistema jurídico, encontramos *formulaciones normativas*, que llamadas principios, forman indubitadamente, parte del derecho vigente. Y no haremos ninguna disquisición si lo hacen por ser anteriores al derecho objetivo o posteriores a él; solo diremos que están expresamente contemplados y son derecho positivo (ejemplo el art. 16 de la Constitución Nacional que contempla la igualdad de todos los habitantes ante la ley).

2) En otro sentido podemos preguntarnos si los principios jurídicos no son acaso *derivaciones de las normas del orden*; si estos principios pueden inferirse de las normas mismas, no siendo más que un apéndice de ellas que guían o facilitan la tarea del intérprete, y que en consecuencia formarían parte del mismo ordenamiento positivo, siendo a posteriori de él. En este sentido sería *jurídico* el principio que dice que nadie puede beneficiarse de su propio delito, algo que puede inferirse de numerosas normas distribuidas por las distintas ramas del Derecho.

3) En un tercer sentido algunos entienden que es el orden normativo *el que recoge las prácticas de la sociedad explicitándolas*, al contemplar expresamente en las reglas o enunciados determinados valores que forman parte del ethos colectivo como el de equidad (art. 16 Código Civil) o el principio que pone límites al ejercicio abusivo del derecho (art. 1071 Código Civil).

Las normas o enunciados que contemplan estos principios, no hacen más que recogerlos de prácticas comunitarias que desde antaño se dan y continúan dándose en la sociedad y que en definitiva,

por ello ya eran vigentes. Asociada con esta visión encontramos la escuela histórica que ve a estas prácticas como fuente generadora de derecho.

4) Existe otra postura que sostiene que los principios son a priori del orden; lo sobrevuelan e inspiran, y consecuentemente las normas deben observarlos como norte que los guía. Estos principios son coexistentiales al hombre y la causa constitutiva de la juridicidad de los mismos no es otra cosa que su propio contenido. Los principios son “derecho concentrado”, “derecho propio vigore”. Son el derecho más alto, ubicado aún por encima de la Constitución (Vigo, 2000:32/36) e incluso nos permitirían subsanar las imperfecciones de las propias normas. Si bien en la pirámide estarían en un estadio jerárquicamente superior al de la Constitución, estos principios subyacen a todo el ordenamiento jurídico, debiendo alimentar a todo el derecho vigente en su más amplio sentido, e infiltrarse en él, llenando sus vacíos. No resulta inconsistente afirmar que estos principios subyacen al orden y por otro lado lo sobrevuelan. Por ejemplo el principio de justicia.

5) Otros autores como Prieto Sanchís (1996:41) considera a los principios como a “uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas”. Existan o no, no hay duda que los jueces acuden a los principios para la resolución de contiendas.

6) Otra posición es la de Mark Van Hoecke (1996:421/433) que diferencia los principios estructurales de los principios ideológicos. Los primeros son axiomas propios de la estructura lógica del sistema jurídico, que se hallan ocultos y que cuentan con apoyo institucional en las leyes y códigos. Han sido aceptados al menos implícitamente por el legislador. Son una derivación del derecho escrito. En cambio los segundos resultan de la aplicación por los magistrados de valores o normas no jurídicas. No cuentan con apoyo institucional. Los ideológicos son correctores; corrigen la aplicación de las reglas en algún caso pueda resultar injusta o irrazonable desde un punto de vista ideológico comúnmente aceptado. A diferencia de los estructurales, que tienen un alcance más amplio que los hace aparecer como principios “guías”. Entre los primeros podemos encontrar el principio de clausura kelseniano “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, contemplado de algún modo en nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional. Entre los ideológicos, tenemos el principio de solidaridad o del esfuerzo compartido.

7) Ronald Dworkin (1993:72) considera al derecho como una cuestión de reglas, directrices y principios, entendiendo que las normas no agotan el derecho. Cuando el profesor de Oxford se refiere a principios lo hace en expresa alusión a principios morales, calificándolos de estándares que tienen alguna vinculación con la justicia o con alguna esfera de la moralidad.

8) Podemos sostener también una vinculación entre los principios y los topoi. Aquéllos constituyen el material al que acudiremos para argumentar. Nuestras argumentaciones se nutren de principios. Apelamos a ellos cuando queremos ofrecer razones para defender una pretensión, o del mismo modo para atacarla. Sirven como medios justificatorios de decisiones a las que se arriban. Y en este sentido se ha afirmado que forman parte de las fuentes del derecho.

9) Mención aparte merece la postura no positivista de Alexy (1988:139/151) que considera que el ordenamiento jurídico además de estar compuesto por reglas, lo está también por principios entendidos como mandatos de optimización, y que el mismo ordenamiento incluye una teoría de la interpretación relativa no sólo a identificar a esos elementos integradores del orden, sino a establecer su sentido, alcance y sus reglas operativas, cosa fundamental para conocer cualquier derecho.

Sostiene que los principios son “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas”. Ellos exigen una realización lo más completa posible. “La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad”. “La refe-

rencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

Alexy (1988:144) entiende que en la vinculación existente entre Derecho y Moral verdaderamente existe más bien una relación entre lo que es la argumentación jurídica y la argumentación moral.

Descarta la posibilidad de teorías morales materiales que aseguren para cada cuestión práctica, una *única* respuesta, pero sí acepta teorías morales procedimentales que formulen reglas o condiciones de la argumentación práctico racional, para las cuales la teoría del discurso ha hecho grandes aportes, sumando un sistema de reglas y principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados.

10) Para Zagrebelsky (2005:110) los principios son constitucionales en el sentido que son constitutivos del orden jurídico, a diferencia de las reglas, aún cuando éstas estén contempladas en la Constitución. Ello porque las reglas se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan. La gran diferencia entre principios y reglas es el tratamiento que les ha conferido la Ciencia del Derecho: a las reglas se las obedece, a los principios se les presta adhesión. Por ello es importante conocer los valores y cultura jurídica de las que forman parte. Las expresiones de principios deben ser entendidas en su ethos. Los principios nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Sólo en un mundo de reglas se permitiría la maquinización, que incluye las operaciones lógicas de silogismo y subsunción. Esto no podría operar con los principios.

11) También encontramos posiciones nihilistas o negatorias de los principios (por ej. Giovanni Tarello o Hernández Marín) (Vigo, 2000:6), que le niegan existencia, considerándolos metafísicos y de los cuales no valdría la pena ocuparse, ni seriamente y, mucho menos, científicamente. Me pregunto en qué sentido de la expresión “principios” el vocablo es utilizado por estos autores. Que “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior” no parece ser un enunciado discutido por nadie; sin embargo no estar explicitado en el orden lo diferenciaría de las reglas, y en consecuencia habría que asignarle otra palabra para referirse a él. La práctica forense ha acuñado el rótulo “principio”, como guía al que acude el magistrado para la resolución del conflicto entre normas inconsistentes. Se los reconozca o no, se utilizan.

12) Nino (1988:333/4) realiza una serie de consideraciones que pasaremos a desarrollar. Refiere que los juristas reemplazan conjuntos de normas por principios más generales y que pretenden ser equivalentes a ellas. A veces los juristas proponen principios que tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de reglas que reemplazan, haciendo derivar de los principios normas no incluidas en el sistema originario, pretendiendo cubrir las lagunas de tal sistema. Así estas nuevas normas parecen meras consecuencias lógicas de las reglas reemplazadas por principios aparentemente equivalentes a ellas, aunque no son tales. Del mismo modo las teorías hacen derivar nuevas normas, que no existían en un primer momento, presentando los juristas un poder creador de derecho, encubierto por un ropaje que parece explicar el derecho positivo, pero que en verdad resulta mucho más que una mera descripción del orden. Estas teorías (como por ejemplo la del enriquecimiento sin causa) permiten inferir nuevas reglas de los códigos y de allí su fecundidad. En esto, principios y teorías se parecen. En nuestro país, de tradición romanista, resulta difícil considerar a un código separado de los principios y teorías que se han desarrollado en torno a ellos.

Baier (Nino, 1988:342) sostiene: “parece que no hay salvación para la moralidad excepto que sea convertida en una ciencia”. Hablar de principios e incluso hablar de teorías, como afirma Nino, no es más que una especialización del discurso moral. Y esto no resulta incompatible con el positivismo metodológico. Sólo que admitir ello no va supuestamente de la mano de sostener el andamiaje kelseniano de una Ciencia Jurídica. Deberíamos despreocuparnos del rango epistemológico de la disciplina y admitir que el estudio de normas, principios y —¿por qué no?— teorías (lo que incluye también

un pormenorizado análisis de la tarea argumentativa), permite a los magistrados arribar a soluciones correctas y razonables, esto es, lógicas y axiológicamente satisfactorias.

Varias de estas posiciones pueden ser compartidas simultáneamente y en cambio algunas de ellas se neutralizan entre sí. La enumeración ha sido sólo enunciativa y pretendió mostrar que la doctrina no es unívoca al acuñar el vocablo “principios”.

¿Podemos incluir en la misma bolsa al conjunto de los siguientes principios que a continuación mencionaremos? ¿Se habla del mismo significado de “principios” cuando nos referimos a los siguientes principios?

- 1) Principio de justicia.
- 2) Principio de economía procesal (art. 34 inc. e Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires).
- 3) Todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.
- 4) *Iuria curia novit*.
- 5) La ley superior prevalece sobre la inferior.
- 6) *Pacta sunt servanda*.
- 7) Principio de solidaridad.
- 8) Para los romanos “la madre es siempre cierta”.
- 9) Estar por la validez del acto.
- 10) Principio de división de poderes (segunda parte, Sección primera, segunda y tercera de la Constitución Nacional).
- 11) Principio de buena fe (art. 1071 y 1198 Código Civil).
- 12) Principio de igualdad (art. 16 Código Civil).
- 13) Principio de conservación de la empresa.
- 14) Principio “*in dubio pro reo*”.
- 15) Principio de la autonomía de la persona humana (filosofía liberal).
- 16) *Nullum crimen nullum poena sine lege previa*.
- 17) Principio de federalismo.
- 18) Si puedo lo más, puedo lo menos.
- 19) Principio de libertad.
- 20) Lo accesorio sigue a lo principal.

La respuesta parece ser un rotundo no. Caso contrario los principios que encontramos en la lista, operarían del mismo modo, y sin embargo, podemos apreciar que se agruparían a algunos de ellos como guías (la ley superior prevalece sobre la inferior), a otros como valores (principio de solidaridad, de justicia), a otros como un estado de cosas que el legislador desea sostener (principio de división de poderes y federalismo), a otros como consecuencias lógicas del propio sistema de normas en un caso (si puedo lo más puedo lo menos) y tal vez también como consecuencias pragmáticas (estar por la validez del acto), y a otros como formulaciones explicitadas en el sistema (no hay crimen ni pena sin ley previa). En otros casos actúan como la enunciación de lo que suele pasar en la realidad (*pacta sunt servanda*) o de ficciones o presunciones que mantenemos para que otras instituciones del sistema puedan funcionar (*iuria curia novit*).

IV. Diferencias entre reglas y principios

Podemos señalar algunas distinciones entre reglas y principios: la doctrina se ha encargado de remarcar numerosas diferencias entre los mismos, aunque a continuación mencionaremos las que creemos más destacables.

1) Las reglas se aplican a todo o nada, los principios pueden ser respetados en mayor o menor medida. Los principios no contemplan supuestos ni atribuyen consecuencias. Con las normas, si se da el supuesto de hecho contemplado en la regla, se dan dos posibilidades: o ella es válida y la solución que da debe ser aceptada, o no lo es y no aporta nada a la decisión. En cambio aún cuando los principios sean aplicables al caso no son determinantes para la decisión, sino que sólo ofrecen razones a favor de una u otra decisión. Consistirían en una orientación pararracional; una suerte de argumento autoritativo. En este sentido el operador del derecho construirá desde el principio, un enunciado normativo general, en el que tendrá que subsumir el caso.

2) Otro criterio es la dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre los principios. Si colisionan dos principios, y uno tiene un peso mayor, ello no invalida al otro principio con peso menor para ese caso. No sucede lo mismo en el supuesto de las reglas. En el caso de tensión de principios rige la ponderación.

3) Las reglas son susceptibles del test de origen o pedigree, no así los principios. Las reglas tienen un órgano competente para su creación, y un procedimiento establecido.

4) Las reglas se formulan como juicios hipotéticos. Los principios generalmente se enuncian mediante juicios categóricos.

5) Podemos decir que al menos indirectamente los destinatarios de las reglas son todos los sujetos, mientras que los mayores destinatarios de los principios son los jueces, quienes deben ponderarlos.

6) La manera en que impactan contra el sistema jurídico también es diferente. Los principios impactan contra: la unidad (no hay una nómina de principios); contra la jerarquía (no hay una jerarquía a priori, dependerá del caso); contra la coherencia (los principios funcionan cuando hay silencio o contradicciones. No son los principios quienes entran en contradicción, sí lo hacen los enunciados normativos generales) y contra la completitud del sistema (dependerá del operador del derecho el mayor o menos aporte a la laguna).

7) Los principios potencian al poder judicial. Con los principios los magistrados pasan a ser protagonistas. Las reglas potencian al legislador.

8) A las leyes se las interpreta; a los principios se los pondera.

9) Las reglas son mandatos definitivos; los principios son mandatos de optimización que exigen que algo se realice en la mayor medida de lo posible.

10) Los principios carecen de la determinación fáctica o la presentan de forma fragmentaria. Las reglas son cerradas, porque resulta posible determinar los supuestos de su aplicación y las excepciones. En cambio, los principios son abiertos porque no existe un catálogo exhaustivo de su aplicación o no aplicación. Para ejemplificar diremos que las normas establecen que al que le quiten la vida a otro se le aplicará una sanción, y en qué casos se exime de pena. Pero el ordenamiento jurídico no señala cuáles son los supuestos que deben concurrir para hablar de igualdad o desigualdad. Igualmente a esto se lo critica porque de alguna manera cerrar un principio es como eliminar la vaguedad de una regla, por lo que ser abiertos o cerrados no sería una diferencia de relevancia. Si no, observemos que cuando hablamos de la legítima defensa contemplada en el art. 34 del Código Penal, para eximir de pena a quien cometiere un ilícito (por ejemplo, homicidio), por la vaguedad que reviste la expresión, no sabemos con exactitud cuál es el límite de aquélla y cuándo se configura el caso de exceso en la defensa. Con este último ejemplo, confirmamos que las reglas no son tan cerradas como parecen y que ser abiertos o cerrados no es una distinción precisa.

V. Algunos interrogantes en torno a los principios

V. 1. *¿Qué tan jurídicos son los principios jurídicos?*

Luego de reconocer la existencia de los principios y ya estipulando que algún sentido de la expresión “principios” se vincula con alguna esfera de la moralidad, así como de admitir que los jueces acuden a ellos en sus sentencias, la pregunta que deberíamos formular es: ¿estos principios son jurídicos y meramente extranormativos o, por el contrario, son extrajurídicos? Posiciones como la de Hart (1998:99/123), que presenta al derecho como un modelo de reglas, afirmarán que los principios son extrajurídicos, develados por la discrecionalidad del juez, mientras, que las posiciones iusnaturalistas sostendrán que aunque sean extranormativos, serán siempre jurídicos. Tendríamos que mencionar también la posición que afirma la existencia de principios pero sin caer en ninguna de las dos posturas: los no positivistas.

No hay duda de que la presencia de principios pone al juez como centro de la escena. Ya no es el legislador el protagonista, sino el juez quien por medio de la razonabilidad y la ponderación fundamenta sus decisiones. Otra cuestión aparte será la de determinar si esta ponderación implica discrecionalidad y si habrá varias respuestas correctas en la contienda judicial o si, por el contrario, como sostiene Dworkin —aún siendo principista—, el juez no tiene discrecionalidad alguna propugnando su tesis de la única respuesta correcta, a la que los magistrados arribarían acudiendo al “derecho como integridad”. Dworkin (1993:147/150), criticando al iuspositivismo de Hart, exclama que si el derecho se redujera a un modelo de reglas, en casos difíciles y para los cuales no existiera norma, el juez debería transformarse en legislador, lo que según su crítica sería una intromisión de poderes y al mismo tiempo algo antidemocrático, creando un deber que al momento del hecho no existía según las normas positivas, y con ello traería aparejado el carácter retroactivo del mismo.

Como puede apreciarse “principios” no es un vocablo unívoco aún cuando al adjetivo “jurídicos” le estemos dando el mismo sentido. Lo cierto es que quienes los diferencian cuantitativamente o sostienen una distinción de grado, hacen referencia a lo que se ha dado en llamar la tesis débil de separación entre normas y principios. Otros, que creen que la distinción es de tipo cualitativo, se enrolan en lo que ha dado en llamarse una tesis fuerte de separación entre los principios y las normas. Este es el tema que abordaremos a continuación.

V. 2. *¿Es posible una teoría fuerte de los principios? ¿Es posible la tesis de la única respuesta correcta?*

Estos interrogantes han tenido diversos tratamientos por autores contemporáneos de innegable envergadura. Así, Dworkin y Alexy han partido de sendas teorías fuertes acerca de los principios; mas el tópico de la única respuesta correcta no ha tenido igual tratamiento por estos dos autores.

Dworkin (1993:147 y 150) básicamente emplea dos criterios de distinción para diferenciar las reglas de los principios. Ellos son la forma del “todo o nada”, aplicable a las normas y no a los principios, y la dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre los principios, todo mencionado ut supra en punto IV.

Según Alexy (1988:144) así como referimos que los principios consisten en mandatos de optimización, en tanto son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, las reglas, en cambio, contienen determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídico. “Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”.

Para este autor una teoría débil de los principios, sería un mero catálogo de los mismos, sin que ella estableciera la forma en cómo deben resolverse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas que puedan surgir entre ellos, lo que sería posible con una teoría fuerte. Si en cambio fuera posible esta última visión más fuerte de los principios, sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta. No existe un orden estricto respecto de las jerarquías de principios, pero podría ser posible un orden débil que contara con tres elementos:

a) En caso de colisión de principios contamos con las condiciones de prioridad que son las relaciones que pueden establecerse entre ellos, más allá de casos concretos y para la decisión de futuros y nuevos casos. Esas condiciones de prioridad pueden servir para formular una regla o ley de colisión y abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que debe ser incluido en una teoría de la argumentación. La formulación de la ley de colisión quedaría enunciada de la siguiente manera: “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente” (Alexy, 1988:147).

b) Estructuras de ponderación: son estructuras de argumentación racional. Se relacionan con los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación mencionados ut supra.

c) Prioridades prima facie. Si bien en a) hablamos de una posible ley de colisión aplicable a casos nuevos, las prioridades prima facie vendrían a ser las cargas de la argumentación que se deberán cumplir si se quiere llegar a una solución diferente en un nuevo caso concreto, haciendo prevalecer el principio que cedió en el caso anterior. Crean un cierto orden en el ámbito de los principios. Y el orden nuevamente depende de los argumentos a favor de una prioridad de alguno de los principios por sobre otro que juega en sentido contrario.

Así como Alexy no admite la existencia de una teoría fuerte que determine para cada caso una única solución a causa de razones lógicas y de la limitación del conocimiento humano, sin embargo la tesis de una única respuesta correcta no tiene por qué ser abandonada. Esta es posible aunque no exista un procedimiento para mostrarlo y sólo se logra si se admite que aún con la presencia de principios, el sistema jurídico no es completo. Para que lo sea es necesario añadirle una teoría de la argumentación jurídica que diga cómo es posible arribar a una decisión racionalmente fundada.

La única respuesta correcta debe presuponerse como idea regulativa. “La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que existe para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”.

Alexy, sin embargo, entiende que lo que único que puede garantizarse es lograr más precisión. Descarta la posibilidad de teoría morales materiales que aseguren para cada cuestión práctica, una única respuesta, pero sí teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación práctico racional, para las cuales la teoría del discurso ha hecho grandes aportes, sumando un sistema de reglas y principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. Entre las reglas encontramos la de no contradicción, claridad lingüística, la idea de universalidad, el derecho de cada participante a tomar parte en el discurso y con la misma consideración, la ponderación, etc. Para que haya una única respuesta correcta entre los participantes del discurso presupone algunas idealizaciones para generar consenso en el grupo, y ellas son: tiempo ilimitado para debatir, información ilimitada, claridad lingüística conceptual ilimitada, capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y carencia de prejuicios ilimitada. Alexy refiere que aún con estas cinco idealizaciones, y debido a las diferencias antropológicas de los participantes del discurso, podrían existir algunos casos en lo que sería imposible arribar a una única respuesta correcta. Sin embargo los participantes deben siempre procurar la pretensión de que su respuesta sea la única correcta, aunque no sepan si puede lograrse en su caso; pero siempre esa idea debe guiarlos aún cuando en algunos casos resulte inalcanzable.

VI. Principios jurídicos, fuentes del derecho y argumentación. A modo de conclusión

No hay duda de que “principios jurídicos” resulta ser una expresión multívoca. No sabemos si con ella hacemos referencia a ciertas formulaciones, a inferencias del propio orden jurídico o de ciertas prácticas morales de la sociedad, a cierto tipo de normas, o a simples argumentaciones o preferencias (Guibourg, 2003:905/6) a las que acuden los operadores del derecho, o lisa y llanamente a valores, o a alguna otra designación no muy precisa por cierto. De lo que no hay duda es que su tratamiento nos hace revisar la clásica concepción sobre las fuentes del derecho. Ley, costumbre, jurisprudencia, y doctrina claramente no agotarían las fuentes del derecho; o al menos habría un mínimo desborda-

miento. Los principios y la propia argumentación traspasaron los límites de la visión tradicional y con ello los estudiosos del Derecho debieron ampliar sus horizontes.

A lo largo del trabajo, lo que empezó siendo un problema de raíz ontológica en la cuestión de los principios: su existencia, caracterización y demás puntos abordados, culminan siendo una cuestión netamente gnoseológica, de raíz argumentativa. Dice Luis Prieto Sanchís (1996:42) que “bajo los llamados principios generales del derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía del razonamiento o argumentación”, sirviendo el “razonamiento jurídico no sólo para describir el derecho sino para crearlo”. Si un mismo enunciado puede operar a veces como regla y a veces como principio pero su manera de funcionar es distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendría su origen en el derecho, sino en el razonamiento. Todo lo referido pretende resaltar que, más allá de la posición a la que se arrije respecto de los principios del derecho (a su immanencia, a su condición metafísica, a su explicitación recogida en reglas a partir de prácticas morales comunitarias sostenidas en el tiempo, a su condición argumentativa, o a resultar un desmembramiento que puede inferirse de todo el ordenamiento normativo, según como lo presente cada autor o cada corriente), lo cierto es que todas ellas pueden coincidir en que ese tránsito de lo ontológico a lo gnoseológico no hace más que transformar a los jueces en señores del derecho. Los magistrados cobran un gran protagonismo por ser los poseedores de la llave que permite resolver, a través de la ponderación, la tensión entre principios; ello exige, en idéntica proporción, una cuidosa selección de los mismos y una intensa capacitación en lo que a la Teoría de la Argumentación respecta.

El tratamiento de los principios no hay duda que afecta al concepto de derecho y, en consecuencia, a la relación entre Derecho y Moral. Destacamos que a diferencia de posturas iuspositivistas y iusnaturalistas, que reducen respectivamente el derecho al modelo de normas o lo extienden a otros estándares extranormativos, existe hoy en día una posición intermedia, que entiende que la relación entre Moral y Derecho no es más que una vinculación entre la argumentación moral y jurídica. La presencia de principios no garantiza la presencia de una moral correcta -porque ellos podrían ser claramente inmorales- pero sí garantiza una argumentación moral dentro de lo que sería una argumentación jurídica. Lo que sí es novedoso, es ver al derecho como integrado por tres niveles: el de las reglas o normas, el de los principios y el de un tercer nivel: el de la argumentación jurídica. Al decir de Alexy sólo refiriéndonos a estos tres niveles la tesis de una única respuesta correcta podría ser alcanzada.

Cada uno de nosotros se contestará si los principios son inducidos del orden jurídico o si no son más que el reflejo de un ethos colectivo, o si sobrevuelan al sistema jurídico y son previos a él, lógica y cronológicamente hablando; pero lo que hoy no podremos hacer, dado el estado actual de la discusión, es negar la necesidad de que la teoría de los principios trabaje conjuntamente con una teoría de la argumentación jurídica, que la complementa y le permita arribar a soluciones justificadas racional y razonablemente. Los operadores del derecho apelan a los principios para resolver conflictos, concibiéndolos como la materia prima de la argumentación, la cual manufacturada a través de la ponderación, permitirá arribar a soluciones correctas, lógica y axiológicamente hablando.

VII. Bibliografía

- ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En “Doxa”, Alicante, 5, 139-151.
- ATIENZA, Manuel. “Entrevista a Ricardo Guibourg” En: Doxa, Alicante. 26, 905-906
- BAIER Kurt. The moral point of view, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1958.
- CARRIO, Genaro. Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1994,
- DWORKIN Ronald, Los derechos en serio. Planeta - Agostini, Buenos Aires, 1993
- HART H. L. A. El concepto de derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988
- HERNANDEZ MARIN. Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Tecnos, Madrid, 1986
- KELSEN Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995.

NINO Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1988

PRIETO SANCHIS Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios” En: *Jueces para la democracia*, Madrid, 26: 125-158

SCHMITT Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid 1998.

TARELLO Giovanni, *L'interpretazione della lege*, Giuffrè, Milano 1980, 420 p.

VAN HOECKE, Mark, “El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales” En *Doxa*, Alicante 19: 421-433.

VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*. Depalma Buenos Aires, 2000

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*. Trota, Madrid, 2005. ♦