

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y SU IMPACTO EN LA TEORÍA ACTUAL

Rodolfo Luis Vigo

1. LA QUIEBRA DE LA TEORÍA JURÍDICA DECIMONÓNICA

Perelman señala¹ que después de la segunda guerra mundial comienza una nueva etapa en la teoría jurídica que pone en crisis el modelo iuspositivista, dogmático y legalista que se había forjado durante el siglo XIX a instancias de las escuelas exegetica e histórica y de Ihering, y que en algunos aspectos completará el mismo Kelsen en nuestro siglo. Más concretamente, el Tribunal de Nuremberg pondrá en evidencia, dramáticamente, las insuficiencias de aquel modo de entender el derecho que básicamente lo identificaba con la ley positiva. El fundador de la nueva retórica subraya como una de las características principales de los nuevos vientos que comienzan a soplar, el recurso –para explicar u operar con el derecho– a los principios jurídicos, también llamados en los Códigos “principios generales del derecho”.

Esa emergente nueva teoría jurídica caracterizada por la oposición al modelo imperante, va a ganar en Europa renovados bríos durante la década del ‘50 con autores como Esser o Viehweg, y en las décadas posteriores se irá afirmando con nitidez ese nuevo clima –teórico y práctico– que destacará las insuficiencias, erro-

1. Cfr., PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

res o falta de correspondencia con la realidad del modelo decimonónico. Pero, al mismo tiempo, los “principios jurídicos” fueron acentuando su decisivo papel en la configuración de distintas teorías que en mayor o menor medida, tomaban distancia respecto del “viejo” iuspositivismo. Si vamos al mundo anglosajón es forzoso citar las teorías precursoras de Pound, aunque hay que prestar atención privilegiada a la polémica destacada ya en la década del ‘70 y del ‘80 entre Hart y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin; polémica centrada en si el derecho se definía como mero sistema de normas (“system of rules”) o si incluía preferentemente “principles”. En Europa continental ese debate se reproduce entre Kelsen y Esser, siendo expuesto con coherencia e insistencia por el autor de la “teoría pura del derecho” en su obra póstuma de 1975: “tales principios (alude a Esser) no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual sólo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política”².

Los ríos de tinta que han corrido en torno de aquellos debates, especialmente del suscitado en el mundo anglosajón, han tornado a esa temática en una especie de banco de pruebas por el que deben pasar las teorías actuales y desde la cual pueden conocerse las respuestas que brindan a los principales problemas que plantean la filosofía jurídica y la teoría general del derecho. La confesión resignada de Bobbio es elocuente del interés en la teoría jurídica contemporánea por el tema bajo análisis: “los prin-

2. KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, Ed. Trillas, México, 1994, pág. 125.

cipios generales del derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho”³. En definitiva, digamos con Prieto Sanchís que asistimos a “una nueva edad de oro de los principios”⁴.

Fueron quizás desde el campo del derecho público donde con mayor energía e insistencia se reclamaba a los principios que se animaran a entrar en escena, desempeñando uno de los papeles centrales en la nueva obra del derecho que se estaba escribiendo. Indudablemente que ha sido el campo del derecho constitucional, trabajado directamente por constitucionalistas o por filósofos del derecho, el más fructífero respecto al embate contra el iuspositivismo y la reivindicación de los principios. Troper ha subrayado la absoluta incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo jurídico⁵. Zagrebelsky concluye polémicamente: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y de principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia son prevalentemente principios... Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”⁶.

Así, paulatinamente aquel iuspositivismo soberbio que a fines del siglo XIX declaraba que sólo hacía falta enterrar el cadáver del iusnaturalismo, se ve acosado por diversos frentes y va resigando banderas. Por supuesto que la versión iuspositivista que rápidamente se abandona es la “ideológica”, pues demasiadas experiencias dolorosas han ocurrido como para seguir insistiendo

3. BOBBIO, N., voz “Principi generali dei diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Turín, 1982, pág. 889.

4. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 17.

5. TROPER, M., “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XVIII, n. 1, págs. 61-81.

6. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 109.

en que el derecho positivo por el solo hecho de serlo era justo. Luego, aunque con mucha resistencia, vemos claudicar también al “iuspositivismo teórico”, que vinculaba el derecho al Estado en tanto centro monopólico de producción normativa. Pero la última versión que se considerará asimismo imbatible será la del “iuspositivismo conceptual o metodológico”, fundado sobre la inexistencia de una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, o dicho de otro modo, en que “el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo”⁷, o sea en definitiva la tesis de que el derecho es creado y aniquilado por actos humanos, por lo que resultan irrelevantes desde el punto de vista cognoscitivo las consideraciones morales o éticas. A pesar de esa versión reductiva, hay autores iuspositivistas muy importantes, como Eugenio Bulygin⁸, que insisten en caracterizar al iuspositivismo no sólo con aquélla tesis de la positividad del derecho, sino con dos más: 1. escepticismo ético: no hay posibilidad de conocer valores o normas éticas; y 2. tajante separación entre descripción y prescripción, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre la ciencia del derecho y la política jurídica.

Aquella versión “mínima” iuspositivista procuraba salir airosa del embate principialista atento a que era posible “reconocer” otras entidades como parte del ordenamiento jurídico positivo además de las normas, así por ejemplo a los principios y a su contenido ético, incorporados habitualmente a través de la Constitución y los textos sobre derechos humanos. La tesis de las fuentes sociales del derecho asimilaba cualquier contenido en el derecho,

7. NINO, C. S., *La validez del derecho*, Ed. Astrea, Bs. As., 1985, pág. 148.

8. BULYGIN, E., “Validez y Positivismo” en *Comunicaciones. Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1987, vol. I, págs. 241 y ss.

con la sola condición de que existiera una decisión con virtualidad suficiente como para constituir a un cierto contenido en derecho positivo. Nada valía como derecho si no había alguna decisión que así lo constituyera, y en consecuencia, los llamados principios obtenían su juridicidad a instancia exclusiva de esa creación humana. Nuestro propósito es, precisamente, poner de relieve hasta dónde ha afectado al iuspositivismo en general, y al iuspositivismo metódico o conceptual en especial, la “tesis fuerte” de los principios jurídicos, postulada por la teoría jurídica actual que representan Alexy, Dworkin, el iusnaturalismo realista, etc. Nuestra conclusión será demostrar la absoluta incompatibilidad entre “iuspositivismo” y “principios jurídicos fuertes”.

2. PRINCIPIOS JURÍDICOS FUERTES Y DÉBILES

Antes de entrar en materia, se impone una precisión sobre los principios, dada su notoria vaguedad y ambigüedad, como lo han destacado Carrió, Wróblewsky, Atienza, etc. Entendemos que es posible hablar de principios en un sentido fuerte y en un sentido débil: lo propio de aquéllos es que forman parte del derecho *per se* o *proprio vigore*, mientras que los débiles se identifican por características formales, estructurales, etc. De ese modo, las versiones fuertes atribuyen a los principios jurídicos la calidad que Aristóteles en su “Metafísica” reconoce a los principios cuando los define como “aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce”⁹, y precisamente los principios jurídicos en sentido estricto son aquello de donde se hace o se constituye algo como derecho, o se identifica o se reconoce algo como derecho. De este modo, pensamos que el derecho en última instancia remite a los bienes humanos básicos (Finnis)¹⁰, a los que

9. ARISTÓTELES, *Metafísica*, V 1, 1013 a 18 s.

10. John Finnis llama “valores básicos”, o “formas básicas del bien” o “bienes humanos básicos” a los que reconoce el carácter de incuestionables y

intenta proteger con los instrumentos propios del derecho, o sea, el *arché* del derecho lo constituye lo que en terminología contemporánea se llaman los “derechos humanos fundamentales” o “derechos naturales primarios”. En consonancia con esa filosofía, Sergio Cotta concluye: “...o sea que el hombre es el principium reddendae rationis (por usar la fórmula canonizada por Leibniz) del derecho. Es su origen, su fundamento, su causa, pero no histórica sino mas bien ontológica... entonces el derecho tiene por principio general fundamental aquello que puede ser denominado principio antro-po-ontológico (del derecho)”¹¹.

Obviamente que admitir “principios jurídicos fuertes” –o sea, que forman parte del derecho aunque no contemos con decisiones autoritativas que así lo reconozcan– es absolutamente compatible con hablar de otros tipos de “principios jurídicos débiles” que cumplen el papel de “principios” respecto a otras normas o a otros principios más débiles en virtud de haberlo dispuesto así alguna decisión autoritativa. Los “principios jurídicos fuertes” serían “principios del derecho” o “principios en sentido estricto” de todo derecho, mientras que a los otros principios constituidos como tales a consecuencia de algún acto humano con capacidad para ello, los llamaremos “principios débiles” o “principios en sentido amplio”. Una aclaración importante sobre la que volveremos luego: no todos los autores que reconocen la existencia de principios fuertes están dispuestos a que se los rotule como autores iusnaturalistas, quizás por la carga que conlleva esa denominación en términos metafísicos, de ahí que frente al iuspositivis-

autoevidentes, siendo su nómina: 1. vida; 2. conocimiento; 3. juego; 4. experiencia estética; 5. sociabilidad o amistad; 6. razonabilidad práctica y 7. religión (Cfr. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, págs. 59-83 y mi artículo “Una teoría distintiva fuerte entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, J., Vigo, R. L., *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998).

11. COTTA, S., *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, Estratto dalla Rivista di Diritto Civile, Anno XXXVII-1991-n. 5, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1991, págs. 502-503.

mo algunos prefieran hablar de autores no-iuspositivistas o metapositivistas. De todas maneras no es importante como llamaremos a esos autores (*nominibus non est disputandum*), sino que ellos coinciden en reconocer una cierta juridicidad intrínseca que excede la “tesis social”¹², lo cual es una pretensión inaceptable para todo iuspositivismo y constituye la afirmación central y mínima de todo iusnaturalismo o no-iuspositivismo.

Es frecuente que desde el iuspositivismo no se perciban las diferencias que existen entre los distintos iusnaturalismos. Así se atribuye genéricamente a esta última perspectiva la tesis de que “sólo lo justo es derecho”, la cual resulta manifiestamente extrema, dado que al menos para corrientes de raigambre aristotélico-tomista hay un marcado respeto en favor del derecho positivo, siendo un ejemplo notorio de esta apertura la teoría de John Finnis, quien respecto a manifestaciones de “derecho injusto” concluye que hay que proceder “sin ignorar ni expulsar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquiera otra forma sean ejemplos sólo en un sentido restringido o bien en un sentido amplio”¹³. Tratando de sintetizar un esquema que compartimos, diríamos: 1. es posible plantear la hipótesis históricamente verificable de un derecho manifiesta y gravemente injusto, y en tales casos excepcionales de superación del umbral de injusticia, corresponde la invalidez o no reconocimiento de la juridicidad u obligatoriedad del mismo; 2. sin embargo, lo común es que el derecho sea más o menos justo o más o menos injusto (*secundum quid*) a tenor del punto de vista que se adopte, en tales

12. Según J. RAZ, la tesis social —“lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales”—, es la más fundamental del positivismo jurídico; cfr., *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982, págs. 55-56.

13. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pág. 10; insospechadamente Hart llega a sostener que “La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria de la teoría positivista, más que un rival suyo” (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pág. 10).

casos juega una presunción en favor de la validez jurídica, en la medida en que se haya generado en el marco del sistema jurídico al que pertenece¹⁴; 3. la justicia es un concepto analógico que se dice y atribuye de distintos modos, por eso es importante precisar el punto de vista adoptado, por ejemplo, si hablo desde lo justo de la parte o del todo social; y 4. el derecho positivo no tiene por objeto hacer buenos hombres sino buenos ciudadanos y, en consecuencia, las conductas que regula son aquellas más relevantes en orden a la vida social.

Al margen de recordar la enseñanza aristotélica de que los opuestos pertenecen al mismo género de saber (la fealdad o la ausencia de belleza la estudia o la señala la estética o el crítico de arte; o la injusticia es competencia del que se ocupa de la justicia), es importante insistir en esa noción de “analogía” tan olvidada en el saber de la modernidad preocupada por las “ideas claras y distintas”, la que nos permite reconocer normas que inequívocamente, focal o claramente prescriben “lo justo” y aquellas que lo contienen de una manera imperfecta o según “un cierto punto de vista” (*secundum quid*). A este respecto resulta procedente atender al tratamiento explícitamente diferenciado que autores actuales como Alexy, hacen de la validez según refiera a normas jurídicas aisladas o al sistema jurídico como un todo¹⁵.

Una última precisión: en nuestra opinión, tanto los principios como las normas operan en el derecho como reglas o mensuras o medidas jurídicas, en tanto pueden emplearse a los fines de

14. Ejemplifiquemos con textos de Tomás de Aquino en donde lo injusto puede ser llamado derecho por analogía: así, “finalmente se llama también derecho a aquello que de aquél a cuyo oficio pertenece hacer justicia, aunque lo que decida sea inicuo” (S.T., II-II-57, 1, ad. 1) y también “la ley tiránica, como no sea según la razón, no es plenamente ley, sino más bien una perversión de la ley. Y sin embargo, en cuanto tiene algo de la esencia de la ley, tiende a que los ciudadanos sean buenos... no absolutamente hablando, sino en orden a tal régimen” (S.T., I-II, 92, 1, ad. 4).

15. Cfr., ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

determinar si una cierta conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. En consecuencia, en nuestra terminología llamamos al género “reglas jurídicas”, que está compuesto por las especies de los principios –fuertes y débiles– y de las normas¹⁶.

3. ANTI-IUSPOSITIVISMO

Como ya hemos adelantado, las versiones fuertes de los principios contradicen las versiones iuspositivistas en tanto aquellos integran el derecho por su propio contenido y no por alguna “fuente social”. Consecuentemente, los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico, dado que si el derecho positivo no supera el umbral de justicia y de racionalidad reclamado por los principios de Alexy o las exigencias de moralidad incluidas en los principios de Dworkin, aquellas normas no alcanzarán su pretendido carácter jurídico, y el juez estará obligado a descalificarlas jurídicamente (Alexy) o a mentir y a ocultarlas (Dworkin).

El profesor de Kiel, al concluir su definición del derecho, precisará que las normas aún dictadas de acuerdo al ordenamiento jurídico “pierden la validez jurídica... cuando son extremadamente injustas... De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión”¹⁷. El sucesor de Hart en Oxford no duda en declarar la absoluta incompatibilidad de su

16. Tanto Alexy como Atienza-Ruiz Manero prefieren llamar al género “norma” y a las especies “principio” y “regla” (cfr., ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 83, y ATIENZA, M. RUIZ MANERO, J., *Sobre principios y reglas*, Doxa nº 10, 1991, pág. 102).

17. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 125-126.

teoría con el positivismo, dado que éste trata “al derecho como si fuera béisbol”, pues “si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asuma la forma de una regla maestra”¹⁸, y en otro artículo específico admite Dworkin ser llamado “iusnaturalista en tanto mi teoría postula que el contenido del derecho depende en algunos casos de la respuesta correcta brindada a exigencias morales”¹⁹. Sergio Cotta habla de “derecho natural vigente” “no ya en el sentido de un abstracto o ideal derecho natural que fue hecho positivo, más bien de un derecho positivo que resulta natural porque es producido en conformidad a la naturaleza específica del hombre, a su estructura ontológica, siguiendo a sabiendas o intuitivamente los principios universales del derecho... los susodichos principios son sí calificables como metapositivos, pero sólo en el sentido estrecho de no pertenecientes al derecho positivo de los ordenamientos. Pero son principios jurídicos positivos en el sentido de principios existentes realmente en la experiencia jurídica”²⁰. Así puede concluirse que la noción de validez como obligatoriedad es incompatible con un enfoque positivista del derecho²¹ y éste no logra digerir una visión fuerte de los principios jurídicos en virtud de lo que llama Cotta “eccedenza di valida” de los mismos.

Se entiende lo que dice Rojo Sanz de que “es lógico que para una mente formada en el positivismo le atemorice el solo escu-

18. Cfr., DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 93-99.

19. DWORKIN, R., “Natural Law Revisited”, en *University of Law Review*, 1982, vol. XXXIV, págs. 165 y ss.

20. COTTA, S., *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, art. cit., pág. 509.

21. Cfr., MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 26.

char la palabra “principios”²². Es que reconocidos los principios fuertes ya no bastan las teorías de deducibilidad o legalidad para explicar el surgimiento de todo el derecho, dado que hay un derecho preexistente que mide el derecho positivo deducido o creado. Así, es inadmisibles desde el iuspositivismo jurídico la condena de aquellos dos soldados de Alemania Oriental que en 1984 mataron a un joven que intentaba atravesar “ilegalmente” el muro de Berlín, atento a que ese comportamiento, a pesar de su inequívoco ajuste a la juridicidad positiva, era cuestionable desde la juridicidad más radical que exigían los principios. Tampoco en clave iuspositivista podría dudarse sobre el rechazo al pedido de pensión incoado por Vera Barros en virtud de no contar con los 50 años exigidos legalmente, lo que torna anti-jurídico el invocar una cierta juridicidad bajo el nombre de equidad para acoger ese pedido, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Indiscutiblemente que es irrelevante, o nada le agrega esencialmente a los principios fuertes, que se hayan ratificado por las autoridades con capacidad jurígena, al margen de que ello puede ser importante en el plano accidental de respaldarlo con los mecanismos característicos del derecho positivo. Así lo dice Hart de Dworkin: “al igual que el teórico del derecho natural, mantiene que hay ciertos principios morales objetivos que son también derecho. Tales principios no deben su status de derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial o a ningún consenso. De forma que son derechos inclusive si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho”²³. También es Nino igualmente categórico: “los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales, y es precisa-

22. ROJO SANZ, J. M., “En torno a los principios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, 1986, pág. 520.

23. HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*, n° 36, mayo 1980, pág. 13.

mente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial... Cuando un standard es reconocido como un principio moral, su sanción a través de un cierto procedimiento no es considerada relevante para su validez”²⁴.

Parece constatable la afirmación de Prieto Sanchís: “la doctrina de los principios servirá de vehículo privilegiado a las sucesivas rehabilitaciones del iusnaturalismo”²⁵ y prueba de ello puede ser la conclusión de Zagrebelsky: “hoy sería imposible... un positivismo de los principios”²⁶. Es que si se admite algo jurídico (al menos un derecho, un principio, una norma, un deber, etc.) que tiene tal naturaleza *per se* o *proprio vigore*, estamos en una posición no iuspositivista, o simplemente iusnaturalista, pues el iuspositivismo sostiene que todo el derecho es tal en virtud de haberlo así dispuesto alguna decisión; dicho de otro modo, si admito que existe alguna juridicidad prepositiva o no positiva, estoy en incompatibilidad con el iuspositivismo²⁷.

En la alternativa iuspositivismo/iusnaturalismo, al margen de que pueda cambiar este último de denominación para evitar adherir a un cierto iusnaturalismo, lo cierto es que dichos términos expresan lógicamente una oposición contradictoria²⁸ y resultan conjuntivamente exhaustivos de todas las posiciones posibles

24. NINO, C. S., *La validez del derecho*, ob. cit., pág. 153.

25. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 68.

26. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 124.

27. García Figueroa, en elaborada obra, ha intentado demostrar la compatibilidad del iuspositivismo con las formulaciones actuales de los principios: cfr., GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y Positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998. A los fines de analizar las insuficiencias y limitaciones del positivismo conceptual para sostener los derechos humanos fundamentales nos parece particularmente aconsejable la obra de SERNA BERMÚDEZ, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

28. Cfr., MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, págs. 239 y ss.

acerca de las relaciones entre derecho y moral²⁹, por lo que si una alternativa es verdadera, la otra es falsa y no existe posibilidad de una posición intermedia –*tertium non datur*–.

Una inapropiada visión que a veces se tiene de aquel derecho que no ha sido formulado o reconocido como tal por parte de las autoridades de una sociedad, es que el mismo estaría en paralelo al derecho histórico vigente y compitiendo con éste a la hora que los operadores buscan respuestas jurídicas. En realidad, el derecho supone siempre una tarea de concreción y de ajustamiento a problemas o casos nuevos o renovados, y en consecuencia, afirmar “principios fuertes” supone que ellos están presentes en el derecho de una manera necesaria y forzosa, posibilitando el reclamo de reconocimiento de derechos, de deberes o la invalidez de otras reglas autoritativamente dispuestas. En esta línea vale para los “principios en sentido estricto” lo que Ollero apunta para el derecho natural: “Para el legalismo el derecho natural aparecía como una ley paralela, amenazadoramente alternativa. Es preciso entenderlo, por el contrario, como un decisivo ingrediente de ese único proceso interpretativo en que toda realidad jurídica consiste. El derecho positivo no se encuentra en la ley acabado y listo para ser aplicado; lo mismo ocurre con el derecho natural. La naturaleza no ofrece un derecho acabado sino que estimula un necesario proceso de determinación de lo justo, a través de la búsqueda iniciada en una circunstancia histórica concreta”³⁰.

4. COGNOSCITIVISMO ÉTICO

Un precursor en nuestro siglo de los “principios”, Giorgio del Vecchio, en su célebre conferencia de 1920 –aludiendo a la

29. Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1971.

30. OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 441.

fórmula del Código Civil italiano— señalaba que éste “no podía tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional... sino claramente se refería a los principios supremos del derecho *in genere*, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos”³¹. Emilio Betti insistirá en que los principios jurídicos cuentan con un especial contenido al que llamaba “*ecce-denza assiologica*”³².

Ronald Dworkin expresamente reconoce que los principios son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”³³, y son ellos los que posibilitan su tesis de “one right answer”³⁴, según la cual para cada problema jurídico hay una respuesta correcta y pesa sobre el juez la responsabilidad de encontrarla. Pareciera tener razón Aarnio en acusar a Dworkin de apoyarse en “valores absolutos”³⁵, y también Hart en llamar la atención acerca de la importancia de “apreciar que papel tan esencial juega una teoría objetivista de la moralidad en la teoría jurídica de Dworkin, y distinguirla de las teorías convencionalistas o relativistas de la moralidad social”³⁶.

Asimismo, Alexy precisará que los principios tienen “forma jurídica” pero “contenido moral”, y que, por ende, “las relaciones de prioridad entre principios se corresponden con el problema de

31. DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1933, pág. 8.

32. BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, EDERSA, Madrid, 1975, pág. 287.

33. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., pág. 5.

34. Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, págs. 178 y ss.

35. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 217.

36. HART, H. L. A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, art. cit., pág. 13.

jerarquía de valores”³⁷. Los principios para el profesor de Kiel constituyen un camino idóneo para la conexión conceptual entre moral y derecho, y posibilitan su tesis de “la única respuesta correcta como idea regulativa”, lo que “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”³⁸.

Si luego de admitir el contenido ético de los principios, sostenemos que no hay ninguna instancia objetiva y cognoscible que nos permita precisarlos, los mismos terminan privados de toda relevancia, significación y operatividad real, y consecuentemente, relativizados y librados a las opiniones, deseos, intereses o decisiones de los hombres. La admisión de un cierto contenido ético en el derecho lleva coherentemente a un compromiso de cognoscitividad y rechazo de los relativismos. Así convincentemente afirma Kalinowski: “decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido, es reconocer que algo es bueno o malo axiológicamente, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una contradicción in adjectivo”³⁹. Esta necesidad de que la medida ética resulte objetiva para que no se torne irrelevante parece señalarla el mismo Kelsen cuando, analizando las teorías que admiten contenido ético en el derecho, señala: “en la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho —y ahí radica su sentido propio—, debe presuponerse que hay una moral única-

37. ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, México, 1993, pág. 16.

38. *Ibidem*, pág. 22.

39. KALINOWSKI, G., “Obligations, permissions et normes: reflexions sur le fondement métaphysique du droit”, en *A.P.D.*, n° 26, Sirey, Paris, 1981, pág. 339.

mente válida; es decir, una moral absoluta, un valor absoluto; y que sólo las normas que correspondan a una moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por derecho. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral, que identifica al derecho con la justicia”, y concluye rechazando la tesis de que el derecho deba “satisfacer una exigencia mínima de moral, puesto que con esa exigencia se establece de antemano una determinada moral absoluta con contenido, o un contenido común a todos los sistemas morales positivos”⁴⁰.

Siendo los principios exigencias axiológicas o atribuciones en favor de todo hombre, cualitativamente distintas de las que comprobamos en el derecho positivo, ello forzosamente pone en crisis las posiciones que rechazan toda objetividad o universalidad de la ética. Sólo un cierto objetivismo y cognoscitivismo ético permite seguir hablando con firmeza y “en serio” de los derechos humanos, bienes humanos básicos o principios del derecho, y esto lo llega a confesar un escéptico coherente como Bulygin: “si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles”⁴¹.

5. SABER JURÍDICO COMO SABER PRÁCTICO

El neopositivismo manejó un concepto unívoco de saber y así claramente indica no más que dos caminos para obtener “proposiciones con sentido”: “a) las proposiciones que son verdaderas exclusivamente por virtud de su forma: tautológicas, analíticas, no dicen nada acerca de la realidad. A este grupo pertenecen las fórmulas de la matemática y de la lógica. En atención a su sola forma, puede probarse que son falsas las contradicciones, esto es,

40. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, págs. 76-78.

41. Bulygin, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, n° 4, Universidad de Alicante, 1987, pág. 84.

las formas contradictorias de las proposiciones verdaderas; b) las proposiciones empíricas que sólo poseen valor en cuanto reflejan los hechos, y son por tanto verificables (por medio del experimento)”⁴². De este modo, el saber jurídico si pretendía constituirse como un saber verdadero y con sentido, debía reducirse a análisis lógicos y reconstrucciones meramente formales, o bien transitar el camino de proponer hipótesis sometidas a verificación. En este esquema reductivo, la creación jurídica en tanto compromiso con valores, quedaba confinada al reino de las ideologías, o sea, de lo subjetivo, de las emociones, lo irracional o lo a-racional.

Frente a aquella encerrona científicista que condena a optar entre el engaño o la falsedad por un lado, y la verdad absoluta y exacta obtenida por la mera contemplación verificable de la realidad o por vía de rigurosos cálculos lógicos por el otro, queda la alternativa de un saber que tiene por objeto las conductas humanas a las que procura dirigir o valorar argumentando racionalmente, es decir, la alternativa del saber práctico. Desde que, a comienzos de la década del setenta, sonara en Alemania el simbólico anuncio de la “rehabilitación de la razón práctica”, son muchos los juristas que han encontrado en ese especial uso de la razón humana el instrumento adecuado para formular sus propios saberes.

Es indudablemente práctico aquel saber que procura desentrañar el contenido de los principios del derecho (se los llame “exigencias morales”, “valores”, o como preferimos, derechos humanos naturales o bienes humanos básicos) y proyectarlos a las contingentes circunstancias históricas. Decimos que es práctico, porque dicho saber se compromete con el campo de las conductas y sus reglas a las que orienta, legitima o descalifica con argumentos racionales. A diferencia de los saberes teóricos propios de

42. CARNAP, R., “La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje”, en *El positivismo lógico*, F.C.E., México, 1965, pág. 66.

los espectadores, el saber jurídico corresponde a los protagonistas en tanto lo que se sabe requiere ciertos comportamientos y desecha otros. Al conocer los derechos humanos y lo que implica para el hombre su respeto o violación, es indudable que una actitud coherente se compromete en favor de los mismos. Teniendo por objeto el saber jurídico la “praxis humana” y su intrínseca contingencia, la certeza que provee se debilita o se torna insegura en la medida que nos acercamos a las circunstancias y a los sujetos concretos en donde, finalmente, el saber práctico concluye. Dicho de otro modo, el saber jurídico puede ser necesario, universal y absoluto en el plano de las definiciones primeras perfiladas desde la filosofía, pero, precisamente, por su practicidad, el saber jurídico reclama ser encarnado o asumido en normas y conductas, y es aquí donde aparece la historicidad y con ella la incertidumbre, las ponderaciones de argumentos y las excepciones, en definitiva, las posibilidades de una certeza práctica y no teórica.

Frente a la postura escéptica de la razón práctica (Kelsen, Ross, etc.) y a la concepción aristotélica y hobbesiana de la misma, Robert Alexy reivindica una concepción kantiana en tanto incluye la idea de corrección que conlleva la de universalidad, y porque ella conduce a los derechos humanos y a la democracia⁴³.

Zagrebelsky, luego de atribuir al derecho la *ratio* práctica, la *phronesis* y la *juris prudentia*, afirma: “naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma”⁴⁴.

En inequívoca filiación hermenéutica, Betti concluye: “los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas va-

43. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., págs. 131 a 157.

44. ZAGREBELSKY, S., *El derecho dúctil*, ob. cit., pág. 122.

loraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares... La jurisprudencia así entendida es competente para identificar y elaborar aquellos principios generales de Derecho que, ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares...’’⁴⁵.

La razón del jurista no sólo dilucida los principios del derecho sino que, además, se compromete con su vigencia, y para poder cumplir esa tarea eminentemente axiológica, debe disponerse al diálogo racional regulado en donde se argumenta y contraargumenta libremente en aras de ponderar y justificar la más correcta o mejor solución práctica. Ello no implica negar la posibilidad de adoptar una perspectiva descriptivista o fenoménica respecto del derecho, sino subrayar que para obtener un conocimiento exhaustivo, integral y coherente se necesita la perspectiva del protagonista interesado por la obligatoriedad, el valor y las consecuencias deónticas del derecho vigente –integrado por principios fuertes– sobre sus conductas.

6. INCOMPATIBILIDAD CON LOS JURIDICISMOS

La ciencia jurídica moderna, configurada en el siglo anterior, aspiró a una comprensión del derecho sin contaminaciones de ninguna otra índole. Esta pretensión jurdicista fue llevada por la teoría pura a un notable nivel de perfección; de lo que se trataba era de conocer al derecho sin las tradicionales impurezas provenientes de la ética, de la política, de la religión, etc. La coerción institucionalizada será para Kelsen la clave de bóveda de ese edificio donde el derecho se autoabastecía.

45. BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, ob. cit., págs. 288 y 293.

Aquel sueño jurdicista está decididamente en bancarrota, y han provenido desde los “principios del derecho” uno de los más comprometedores reclamos a que la teoría jurídica decimonónica supere su autismo⁴⁶. Es que los principios jurídicos en sentido fuerte implican recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, que él no es un mero medio técnico en donde sólo importa su perfección sistemática. Los principios remiten el derecho a la antropología o, mejor dicho, a lo que es más propiamente humano, o sea, su eticidad, su felicidad y su buen vivir y convivir. Sería extraño que luego de abrimos a la preocupación por aquello de donde viene y se constituye el derecho como tal, sigamos manteniendo una exigencia de pureza jurdicista.

De una manera muy sólida y omnicomprendiva Robert Alexy, con su teoría del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico en general, pone de relieve la apertura del mundo jurídico al hombre y su razonabilidad práctica comprensiva de distintas dimensiones. Advierte el profesor de Kiel que “las reglas del discurso, sin embargo, no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a toda forma de vida humana, sin perjuicio del hecho de que en ella se imponen en diferente medida. La teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural ... La teoría del discurso permite en efecto no sólo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos huma-

46. Cfr. Eriksson, L. D., quien destaca las insuficiencias de los principios jurídicos tradicionales del Rechtsstaat, frente a los actuales principios sustanciales que con su contenido axiológico vinculan derecho, moral y política (“Conflicting Tendencies in Modern Law”, en *Rechtstheorie* 2, 1989, págs. 153 a 162).

nos, ella se evidencia también como teoría básica del estado constitucional democrático”⁴⁷.

Tras los principios, Ronald Dworkin termina perfilando una teoría jurídica cuya comprensión necesariamente requiere de la moral, la política, la cultura, etc., más allá de que su propósito sea lograr que los argumentos de principios en manos de los jueces hagan triunfar a los derechos individuales, incluso contra los objetivos comunitarios en manos de los otros poderes del Estado. En carta del 28-12-83, publicada en la Revista Doha de la Universidad de Alicante, el profesor norteamericano confiesa: “me he ido concientizando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía”, y así confirma que “cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa... los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia”⁴⁸.

En Esser los principios refieren a “ese ius exterior a la ley”, y en orden a que los juristas cumplan su función resolutoria del problema, deben recurrir a medios tales como “la *naturalis ratio*, la naturaleza de la cosa, la *aequitas* y la llamada lógica jurídica”⁴⁹.

En clave más afín con nuestras convicciones iusfilosóficas, la filosofía jurídica de John Finnis está fuertemente penetrada por la filosofía política y la moral. En efecto, aquélla gira en torno a los valores básicos o formas básicas del bien (vida, conocimiento, juego, experiencia estética, amistad, razonabilidad práctica y religión) que la razonabilidad práctica procura a instancias de su primer principio: “ha de hacerse y procurarse el bien”. Respecto a

47. ALEXY, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1995, págs. 89 y 136.

48. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., págs. 27 y 51.

49. ESSER, J., *Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 9 y 72.

los derechos naturales o morales o humanos, ellos “expresan virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”, y destaco entre estas últimas el “procurar el bien común de las comunidades propias”⁵⁰. En definitiva, queda claro que la teoría jurídica del profesor de Oxford desborda lo estrictamente jurídico, y adquiere contenidos que le son provistos desde otros ámbitos axiológicos.

Los principios del derecho implican un llamado desde la ética a la puerta del jurista, pero también un llamado desde la realidad histórica y política; de ahí que si el jurista pretende cumplir su misión con realismo y al servicio del hombre, debe tener en cuenta, tanto a la hora de definir el derecho como cuando opera con él, a los derechos humanos. La opción juridicista, amén de responder a una especie de prejuicio epistemológico, termina desorbitando o esterilizando su tarea hasta dejarlo incapacitado para responder al por qué debemos obedecer a las normas jurídicas (Soper).

El profesor Sergio Cotta se ha detenido a estudiar la vinculación entre justificación y obligatoriedad o validez de la norma, llegando a la conclusión de que “la justificación es indispensable, a nuestro juicio, para que haya norma, es decir, no un simple enunciado prescriptivo (Soll-Satz), sino una prescripción obligatoria (Soll-Norm), habiendo llegado a la conclusión de que la justificación pertenece a la compleja estructura de la norma”⁵¹. Carlos S. Nino, aprovechándose de la tesis, insistentemente utilizada por Raz, de que las normas son “razones para actuar”, ha utilizado una noción moral de la validez de las normas jurídicas, dado que “el derecho positivo no provee razones suficientes para justificar una decisión, aún cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse”, y, consecuentemente, amplía la tarea de la ciencia jurídica a operaciones no

50. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, ob. cit., págs. 103 a 126.

51. COTTA, S., *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme*, Giuffré, Milano, 1980, pág. 18 y Cap. II.

sólo empíricas y lógicas, sino también de índole valorativa, superando en definitiva “la insularidad del mundo jurídico”⁵². Esta apertura del derecho normativo a consideraciones que están más allá del mismo, básicamente a consideraciones inequívocamente éticas, impide al jurista asumir roles exclusivamente juristicistas.

7. RENOVACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La presencia de los principios en el ordenamiento jurídico repercute directamente en la teoría de las fuentes del derecho, poniendo en crisis el cuadro tradicional ligado a las normas generales (ley y costumbre jurídica) o al esquema algo remozado que incluye la jurisprudencia y los actos jurídicos. Si los principios son aquella juridicidad radical y preexistente, y por ende informadora –positiva o negativamente– de todo el sistema jurídico, resulta muy difícil sostener una aplicación supletoria de los mismos en defecto de la ley y el derecho consuetudinario. Precisamente, la reforma de 1974 al Código Civil español puso de relieve lo que cuesta avanzar en este tema donde tan arraigados están los conceptos de la dogmática legalista decimonónica. En efecto, recordemos que el codificador español luego de admitir no sólo que los principios son fuente del derecho junto a la ley y a la costumbre, sino que además informan a todo el ordenamiento jurídico, se limita a prescribir que se aplicarán en defecto de la ley y la costumbre.

Un impulsor importante en la doctrina de habla hispánica, el profesor Federico de Castro y Bravo, no dudaba en escribir respecto a los principios que estaban “fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y de la costumbre... son los

52. NINO, C. S., *Algunos modelos metodológicos de Ciencia Jurídica*, Fontamara, México, 1993, pág. 96.

que señalan los caracteres que la ley y la costumbre han de tener para ser válidos”⁵³. Esta tesis, que puede sonar muy audaz y hasta promotora de inseguridad jurídica en el sistema jurídico continental, tiene otras resonancias en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia resulta ser la fuente del derecho más importante y donde la ley está debilitada. Recordemos del mundo del “Common Law” la difundida clasificación de Roscoe Pound,⁵⁴ cuando distingue: 1) “rules” o normas en sentido estricto; 2) “principles”; 3) “legal conceptions”; 4) “doctrines” y 5) “standards”. Es que quizás lo que se comprueba es que la noción de fuente del derecho savigniana, que sigue empleándose en nuestro sistema jurídico, ya no responde estrictamente al modo en que realmente funciona el derecho, y una aproximación a un intento superador –acercándonos al mundo anglosajón– puede consistir en vincular aquella noción a las razones justificatorias que se invocan en favor de las decisiones jurídicas⁵⁵.

Las teorías jurídicas que postulan principios jurídicos fuertes terminan afectando la supuesta supremacía de la ley y potenciando a la Constitución como ámbito jurídico privilegiado de consagración de principios. Pero también suponen un debilitamiento del Estado como autoridad con capacidad jurígena suprema y última, en tanto pone como fuente última del derecho a ciertas exigencias éticas y de racionalidad práctica que valen por argumentos antropológicos explícitos o implícitos. A este respecto, y desde nuestra caracterización de los principios fuertes como derechos naturales digamos con Pérez Luño: “uno de los sectores de vanguardia en el proceso de comunicación y unificación de las fuentes del

53. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. I, pág. 351.

54. POUND, R., *Jurisprudence*, vol. II, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1959, págs. 125 y ss., y “Philosophy of Law” en *Twentieth Century's Philosophy*, 1943, pág. 82.

55. Cfr., AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 122 y ss., y Summers, R., “The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, en *Cornell Law Review*, 63, págs. 724 y ss.

derecho se halla constituido por los derechos fundamentales. Su devenir puede interpretarse como una trayectoria dirigida a culminar en el *status mundialis hominis*"⁵⁶.

Lo que pretendemos señalar en última instancia es que, si creemos que el derecho no son sólo las normas que las prácticas y decisiones autoritativas van estableciendo como tales, sino que hay una parte del derecho que cuenta con tal carácter porque así lo establece su mismo contenido, y a cuyo conocimiento puede accederse leyendo en la naturaleza humana, ese sector del derecho preexistente tiene una prevalencia ontológica y axiológica que desautoriza como derecho a lo que grave e insuperablemente se oponga. Desde la perspectiva de un derecho al servicio del hombre y de todo hombre, resulta insostenible no sólo negarle a los principios el carácter de fuente de atribuciones y respuestas jurídicas, sino reconocerle una función de ese tipo meramente accesoria o supletoria. Los principios, como ya dijimos, amplían enormemente al derecho vigente y se constituyen en referencia permanente y central de la tarea propia del jurista. Es cierto que a partir de la consolidación de la operatividad jurídica de las partes dogmáticas de los textos constitucionales, se ha facilitado el reconocimiento de los principios como fuente del derecho. Precisamente, tanto Alexy como Zagrebelsky han opuesto legalismo con constitucionalismo, que puede traducirse en la oposición entre un derecho de normas y un derecho de principios.

8. REVALORIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Otras de las consecuencias que pueden derivarse de una teoría fuerte de principios, como lo muestran sus más importantes difusores actuales, es una actitud reconocedora del papel insustituible

56. PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana, Sevilla, 1993, pág. 89.

y necesario que cumple la filosofía jurídica en relación al conocimiento del derecho. No puede sorprender entonces que Dworkin escriba que “los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia”, que “cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa” y que reconozca que “la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho”⁵⁷.

Si vamos a Alexy queda clara la necesidad de la filosofía práctica si pretendemos comprender al discurso jurídico, dado que “la argumentación práctica general constituye su fundamento”⁵⁸, pero además su concepto de derecho no sólo incluye aquella pretensión de conexión, sino también el indispensable piso de justicia cuya dilucidación necesariamente desborda a la ciencia jurídica.

Igualmente obvia es la presencia de la filosofía práctica en general en aquellos que vinculamos los principios del derecho a los derechos humanos fundamentales, que a su vez remiten a los bienes humanos básicos, atento a que la comprensión de éstos supone una decisiva empresa filosófica de ética objetivista y cognitivista. Es que, reconocido como parte raigal de derecho un cierto núcleo indisponible para aquellos que pretenden constituir un derecho integralmente válido, resulta indispensable que los juristas no sólo adopten una mirada meramente descriptiva y aséptica, sino que comprendan que la realidad del derecho conlleva criterios axiológicos, preferencias racionales y conductas, por lo que necesitan conceptos y respuestas que sólo la filosofía puede brindarles.

57. DWORKIN, R., *La filosofía del derecho*, F.C.E., México, 1980, pág. 8.

58. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 272 y ss.

No negamos que la ciencia jurídica permite descubrir o construir principios anclados en determinados ordenamientos jurídicos, es decir, podemos elaborar desde aquel estatuto epistemológico una teoría “débil” distintiva entre normas y principios, pero pensamos que es imposible que se alcance a reconocer aquellos atributos o exigencias que corresponden a todo hombre por el solo hecho de serlo. Este compromiso directo con el problema antropológico, en tanto intentamos leer jurídicamente la naturaleza humana y sus inclinaciones, requiere de una mirada filosófica, o mejor dicho, iusfilosófica. Hagámonos eco de las palabras de Kaufmann: “La idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser sólo la idea del hombre, y por eso sólo en el hombre en su totalidad puede también fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho. La filosofía del derecho no es ningún juguete para una élite de lógicos aventajados. Como todo derecho, está allí por voluntad de los hombres y no al revés; así también la filosofía debe plantearse constantemente la pregunta de hasta dónde sirve al hombre. Cultivar la filosofía del derecho debe significar hoy más que nunca: tomar responsabilidad frente al hombre y su mundo”⁵⁹.

Con gran precisión Sergio Cotta ha reconocido la necesidad de abordar la problemática de los principios jurídicos tanto desde la ciencia jurídica como desde la filosofía jurídica, pues mientras aquella concierne a “los principios generales del ordenamiento jurídico”, compete a la filosofía profundizar el principio antropontológico del derecho y sus especificaciones: principios de igualdad, de libertad, etc⁶⁰.

Tanto Raz como MacCormick han explicado que el razonamiento práctico se desarrolla en diversos niveles, de manera que para resolver un conflicto entre razones de primer nivel hay que

59. KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992, pág. 67.

60. COTTA, S., *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, art. cit., págs. 502 y ss.

elevarse a razones de segundo nivel, y si el conflicto se da en este nivel se recurre a un tercer nivel, y así sucesivamente. Esta idea podemos expresarla en términos más clásicos en el sentido que el saber jurídico, en tanto saber práctico, puede ser entendido como una unidad que se despliega en distintos niveles: el iusfilosófico, el científico y el prudencial u operativo; comprobándose en ese orden una decreciente certeza, practicidad y universalidad. Estos distintos modos del conocimiento jurídico tienen cada uno su especificidad, pero al mismo tiempo pueden ser pensados con necesarias relaciones; así, la filosofía en tanto volcada a conocer al derecho en sus notas más radicales o esenciales, constituye una especie de presupuesto tanto para el saber del científico como para el saber prudencial abocado a definir en concreto un comportamiento jurídico determinado. Cada uno de esos diferentes niveles del saber jurídico ocupa un lugar insustituible, sin embargo debe subrayarse que a la hora de interrogarnos por aquél núcleo de juridicidad que explica y justifica en última instancia a todo el derecho histórico, la respuesta pasa por la perspectiva iusfilosófica.

Karl Engisch, luego de recordar que “el problema 'ley y derecho' se ha convertido cada vez más en punto angular de la teoría del método jurídico”, concluye: “la relación entre ley y derecho se transforma en un determinado punto en un problema eminentemente filosófico jurídico”⁶¹.

9. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Sin duda que al definir los principios del derecho con el alcance que lo hemos hecho, el momento interpretativo se constituye en una instancia fundamental en la obra colectiva del derecho que

61. ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1963, pág. 236.

positivamente se despliega del constituyente al juez. En efecto, los derechos humanos contenidos en los principios del derecho orientan y legitiman intrínsecamente la creación jurídica; más concretamente, ellos reclaman un efectivo reconocimiento y respeto cuando se dirimen los conflictos que convocan a los intérpretes. Si la tarea del jurista consiste básicamente y en sus diferentes niveles en una labor de “determinación” —como lo señala Ollero⁶²—, el balance acerca del nivel de corrección alcanzado por ese derecho histórico se hará teniendo en mira en qué medida la decisión jurídica final e individual consagra o no contradice a los derechos humanos.

Robert Alexy analiza el alcance que puede otorgársele cuando se habla de la “aplicación de un derecho fundamental”, distinguiendo entre las teorías que consideran que “el derecho lo otorga una regla” y aquellas que consideran que “el derecho es otorgado por un principio”. En el primer caso, “el derecho como tal no podría desarrollar ningún poder propio contra las restricciones o limitaciones”, dado que a través de otras reglas por vía de excepciones se podría remover el derecho por completo. En cambio, cuando al derecho lo otorga un principio “el problema de la delimitación se convierte en un problema de optimización... los derechos tiene que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente... la aplicación de un derecho es algo más que subsunción de un caso bajo una regla. Es un proceso de ponderación o balanceo”⁶³. En definitiva, pensamos con el profesor de Kiel que sobre todos aquellos que tienen competencia para hacer derecho (constitucional, legal, conmutativo, judicial, etc.) pesa la

62. Andrés Ollero Tassara señala: “La tarea jurídica consiste, pues, fundamentalmente en una labor de determinación... mientras que la determinación del derecho remite en principio a la explicitación de un texto legal escrito, la determinación de la ley reenvía ya a un 'texto' previo radicalmente ontológico” (*Interpretación del derecho y Positismo Legalista*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 44 y 45).

63. ALEXY, R., *Derecho y Razón Práctica*, ob. cit., págs. 27 y 28.

responsabilidad de “optimizar” la realización de los derechos humanos según las posibilidades fácticas y jurídicas propias de esa situación histórica; pero hay un momento definitivo y definidor de hasta qué punto “ese” derecho se ajusta a la razón de ser de “todo” derecho, y ese momento es precisamente cuando el proceso del derecho culmina en una decisión individual que define lo que le corresponde a ciertos sujetos individualmente considerados o en tanto formando parte de ciertas sociedades.

El ordenamiento jurídico además de estar compuesto por normas y principios, incluye una teoría de la interpretación (Alexy) que permite identificar no sólo el alcance y contenido del mismo, sino que además posibilita conocer cómo opera concretamente. Informándonos simplemente de cuáles son las normas y principios que rigen en esa sociedad, probablemente sabemos bastante del derecho que en ella rige, pero sólo tendremos un conocimiento pleno cuando nos informemos de cuál es el sentido que se le atribuye a ese contenido y cómo se emplean para establecer el status deóntico de las conductas.

En Dworkin el derecho es un concepto interpretativo (“law is an interpretative concept”) en donde la teoría jurídica queda indiferenciada de la práctica jurídica. Frente al convencionalismo y al pragmatismo, el sucesor de Hart concibe al derecho como “integridad” que permite al juez paradigmático Hércules brindar las respuestas jurídicas en perfecta armonía con los principios. Recordemos que para Dworkin “se considera a un principio como jurídico si se encuentra en la teoría más comprensible del derecho que pueda servirnos como justificación de las reglas explícitas, institucionales y sustantivas de la jurisdicción en cuestión”⁶⁴.

Un autor vinculado al iusnaturalismo clásico como Villey, que desconfía fuertemente de las normas, apuesta simultáneamente a definir al derecho como lo justo (*quid juris*) que se determinaba

64. DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 397.

en el arte de la dialéctica jurídica practicada por los juristas. Exageradamente llega a decir el recordado profesor de París: “no hay ciencia de lo justo tanto en el sentido de ciencia deductiva (dado que no tenemos premisas sobre las que fundarla), cuanto en el de ciencia positiva experimental. No hay ciencia del derecho, sino prudencia (*phronesis*) aplicada al derecho”⁶⁵.

Si vamos a Finnis y analizamos su “significado focal” del derecho aparece clara la presencia de instituciones de enjuiciamiento (adjudication) en orden a “resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o invalidar soluciones coordinativas de cualesquiera otras instituciones o fuentes normativas) para el bien común de esta comunidad”⁶⁶.

Según Roscoe Pound, los principios potencian el papel de la interpretación, pues son “puntos de partida de autoridad para el razonamiento jurídico. No asignan ninguna consecuencia detallada y definida a un estado o situación de hecho definida y muchos menos detallada. Proporcionan la base para el razonamiento cuando sobreviene y es sometida a consideración una situación que no está regulada por una regla precisa, e indican asimismo qué disposición debería tomarse para su solución”⁶⁷.

Una teoría fuerte de los principios desemboca naturalmente en cierta judicialización de la teoría jurídica, como lo prueban los autores más importantes que adhieren a aquella distinción cualitativa entre normas y principios. Ello no implica desvalorizar la función legislativa, sino simplemente reconocer que los “principios del derecho” operan también como tal para los legisladores,

65. VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, T. II, pág. 85. Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, ob. cit., págs. 209 a 291.

66. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, ob. cit., págs. 276/277.

67. POUND, R., “Mi filosofía del derecho”, en *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pág. 310.

y en consecuencia, es razonable que exista un control de ajuste entre normas legales y esos principios fuertes.

10. DEBILITAMIENTO DE LAS NORMAS Y DEL SISTEMA. SEGURIDAD EN TENSIÓN CON LA JUSTICIA

Conforme a todo lo que llevamos expuesto, parece comprensible sostener que las normas terminan debilitadas en su validez y vigencia desde el momento que quedan sujetas en última instancia al control de compatibilidad con los “principios”, corriendo el riesgo que éstos terminen prevaleciendo y, por consiguiente, expulsando del ordenamiento jurídico a las normas que grave e insuperablemente contradicen a los “principios del derecho”. Dicha tesis puede generar cierta incertidumbre en juristas y justiciables en tanto los conflictos jurídicos no siempre se resolverán según las previsiones de las normas, pues, cabe la posibilidad que para ello se recurra a los principios y se descalifiquen a las normas.

Junto al debilitamiento de la norma, una teoría fuerte de los principios concluye privilegiando el problema y la respuesta jurídica que el mismo reclama. Autores como Larenz, Kriele o Esser terminan poniendo en crisis la distinción entre interpretación e integración. Frente a la preocupación que inspira al normativismo para que los diferentes tipos de problemas jurídicos tengan una solución segura, general y anticipada por vía de la ley, el principialismo orienta su esfuerzo para que la respuesta se construya equitativa e inéditamente para cada caso. Viehweg llama aporía fundamental de la disciplina jurídica al desafío que afronta el trabajo jurídico de no contar nunca con carácter definitivo, general e indiscutible “lo que es justo aquí y ahora”⁶⁸. En similares

68. Cit. por GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la Tópica Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 361.

términos se expresan Kriele o Larenz cuando insisten en la exigencia obligatoria de justicia que pesa sobre todo el orden jurídico, o también Filkentschen, al llegar a definir al derecho como la suma de las “normas del caso” que son en definitiva las que pueden ser entendidas como normas jurídicas en sentido técnico⁶⁹.

Esser, siguiendo las enseñanzas de Nicolai Hartmann, identificaba dos modos de pensar el derecho: el sistemático, que privilegiaba el sistema jurídico ya dado desde el cual se leía el conflicto; y el aporético, que privilegia el problema al que se intenta leer directamente y desde el cual se reconstruye el sistema. Es indudable que esta segunda perspectiva, en donde “el derecho se nos presenta como un conjunto de respuestas a problemas concretos”⁷⁰, es afín a una presencia operativa fuerte de los principios, pues son éstos la vía más idónea para satisfacer respuestas a la medida de los problemas. El sistematicismo necesitó de las normas para lograr exhibir un derecho único, estable, previsible, completo, coherente y económico, y en ese objetivo los principios perturbaban en tanto eran una fuente de innovación y de posible demostración de invalidez, lagunas o contradicciones normativas.

La eventual tensión entre normas-sistema, por un lado, y principios, por el otro, puede proyectarse al terreno axiológico como una tensión entre el valor seguridad y el valor justicia. La gravedad de esa tensión llega en el caso de Larenz a resolverse por atribuir toda la responsabilidad final al juez: “en el caso de conflicto, constantemente posible, entre la fidelidad a la ley, que le está preceptuada, y la justicia del caso, por él buscada, el juez sólo puede, en último término, fallar según su propia concien-

69. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 493.

70. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 57.

cia”⁷¹. El título elocuente de Gorg Hawerkate, “Pérdidas de seguridad en el pensamiento jurídico” denuncia las insuficiencias del método formalista del conceptualismo⁷². Recordemos que el movimiento codificador alentado por la razón del Iluminismo, pretendió servir a los intereses de la burguesía confiriéndole seguridad jurídica a través de un derecho que supuestamente contenía todas las respuestas anticipadas y claramente expresadas. El derecho estaba hecho por los legisladores, a los jueces se les negaba capacidad creadora y, entonces, la previsibilidad y certeza que suministraba el derecho era teóricamente perfecta. A la hora de aparecer los problemas jurídicos concretos ante los estrados judiciales, sólo cabía el recurso a las normas y al sistema elaborado dogmáticamente desde las mismas. Consecuente con ese legalismo, Robespierre pretendía que se borrara de la lengua el término “jurisprudencia”.

Si el derecho es –parafraseando a Michel Villey– una obra colectiva que empieza positivamente el constituyente y concluye el juez al resolver equitativamente el caso, corresponde advertir que en esas instancias generadoras de derecho se llevan a cabo tareas cualitativamente similares, y que sus diferencias se inscriben en lo cuantitativo o formal. Es que, en lo esencial, tanto el constituyente como el legislador, el poder administrador como el juez, forman parte de un procedimiento de creciente concreción, determinación o individualización del derecho, pero más allá del ámbito espacial, personal o institucional para el cual establecen normas o principios jurídicos débiles, ninguno de ellos cuenta con total libertad para ejercer su capacidad jurídica.

Intentar negar la realidad del derecho con la ilusión de la subsunción del caso en la ley y que la deducción mecánica y fácil conducirá a la única solución jurídica querida por el legislador, es

71. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ob. cit., pág. 494.

72. *Ibídem*, pág. 498.

cuanto menos –según Frank⁷³– un engaño encubridor infantil o una ilusión vinculada a la autoridad paternal. Si de verdad nos interesa aportar a la previsibilidad posible de las decisiones, el camino a transitar no es fácil, pero habría que preocuparse por la selección de a quienes les atribuímos aquella competencia, y por implementar mecanismos de control sobre el trámite, la fundamentación y el contenido de las decisiones. A este respecto, la experiencia en el derecho comparado será particularmente útil. Especialmente la del mundo anglosajón, en donde comprobamos que no obstante ser la jurisprudencia la principal fuente del derecho, no puede sostenerse que padezca una mayor inseguridad jurídica que la que se vive en el mundo continental donde aquél papel está asignado a la ley. Quizás sorprenda la convicción de Roscoe Pound cuando vinculaba al derecho arcaico la concepción del mismo como “aggregate of rules”, mientras que en la etapa de “naturness of law” el jurista más que operar con normas lo hace con “legal principles”, “legal conceptions” y “legal standards”⁷⁴.

El problema de las lagunas jurídicas desde planteos iusnaturalistas no ofrece temores ni dificultades en cuanto a su admisión; rescatemos al respecto la palabra de Del Vecchio: “es más conforme a la verdad el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas...; pero que, en cambio, el mismo sistema positivo ofrece el medio para poder llenar tales lagunas, merced al recurso a fuentes subsidiarias y en última instancia al Derecho Natural o a los “principios generales del derecho”, recurso que es lícito y obligatorio incluso cuando no está explícitamente declarado, pues el juez tiene necesidad de resolver toda posible controversia”⁷⁵. Dworkin, confiado en un juez-filósofo Hércules,

73. FRANK, J., *Law at the Modern Mind*, Stevens, New York-Londres, 1949, pág. 7.

74. POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1954, pág. 56.

75. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 339.

afirma: “es posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas, pero el demandante tiene derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera”⁷⁶.

Aun cuando es opinión extendida que el recurso privilegiado a los principios jurídicos en un sentido fuerte puede comprometer al sistema jurídico, cabe señalar que en realidad lo que está afectando es un cierto modo de entender al sistema, pero que sin embargo es posible seguir hablando de sistema desde teorías jurídicas principialistas. Ya Esser subrayaba “la importancia estabilizadora del desarrollo jurisprudencial de los principios del derecho”. Pero una de las obras claves para entender aquella relación es la del profesor en la Universidad de Munich, Claus-Wilhelm Canaris, quien llega a definir al sistema jurídico como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho”⁷⁷ e insiste en la ventaja del recurso de los principios en la formación del sistema jurídico.

El principialismo no reniega de la seguridad jurídica, pero su fidelidad tanto a reconocer en los “principios del derecho” el núcleo radical e intrínsecamente válido jurídicamente, como su preocupación por los problemas, lo lleva a privilegiar las exigencias de la justicia concreta. No se trata de renunciar a la seguridad jurídica, pero tampoco de creer que la mera seguridad y la más grave injusticia nos conserva en el derecho. Es que la seguridad jurídica no es un valor sustantivo del derecho sino un valor adjetivo⁷⁸. La razón de ser del derecho, y lo que legitima su existencia, es que se le brinde a cada uno lo que le corresponde, y ello no es incompatible con una razonable y posible previsibilidad. En aras de este objetivo, amén de lo ya dicho, resultaría

76. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., pág. 190.

77. CANARIS, C. W., *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 55.

78. Cfr. mi artículo “Aproximaciones a la Seguridad Jurídica”, en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de España, Año III, nº 6, págs. 495 a 516.

muy provechoso que la doctrina avance en el tratamiento y esclarecimiento posible de la nómina, contenido y modo de operar de los principios. Dicho de otro modo, que el esfuerzo académico no se agote en los textos legales sino profundice la proyección de los mismos con el resto del derecho en los fallos judiciales, e intente una lectura desveladora de los principios, tanto de los “fuertes” como de los “débiles”.

11. CONCLUSIÓN

A fines del milenio, especialmente la teoría jurídica continental, vive un proceso de fractura, renovación y transformación; sin embargo, vemos a aquellos que por inercia mental, ignorancia o aislamiento profesional siguen parapetados en un modelo que luego de un siglo y medio parece naufragar. Coincidimos con Pattaro en que se abren para los principios “un gran campo y una nueva época”⁷⁹, pero más que un problema de oportunidades o de moda, estamos convencidos de que la cuestión de los principios constituye un excelente test para medir la aptitud al cambio de los juristas y su disposición a que el derecho no se aparte de su sentido último. Más allá de las perfecciones sistémicas y/o técnicas que pueda alcanzar el saber jurídico, importa hoy más que nunca que esté al servicio del hombre y de las sociedades que históricamente él va configurando. En 1946, con mucha autoridad moral escribía Radbruch aludiendo al nazismo: “hemos de estar preparados para hacer frente a cualquier eventualidad de retorno de ese Estado sin Derecho”⁸⁰, y sin duda que un buen camino para evitar que las leyes ignoren o contradigan al derecho, es

79. PATTARO, E., “Alle origine della nozione ‘principi generali del diritto’”, en Baciú, M. (comp.), *Soggetto e principi generali del diritto*, Giuffré, Milano, 1987, pág. 64.

80. RADBRUCH, G., “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, pág. 16.

recuperar en un sentido fuerte a los principios de donde aquellas se hacen y se reconocen como jurídicas.

Por limitaciones y dificultades que afronte el saber práctico jurídico, no puede renunciar a que el derecho vigente resulte “natural porque es producido en conformidad a la naturaleza específica del hombre, siguiendo a sabiendas o intuitivamente, los principios universales del derecho”⁸¹. En defensa de nuestra posición centrada en vincular el contenido de los “principios del derecho” o “principios fuertes” o “principios en sentido estricto” con los derechos humanos fundamentales o derechos naturales primarios (los que remiten a los “bienes humanos básicos”) seguramente saldría Radbruch cuando negaba “calidad de Derecho” a todas esas leyes nazis “que aplicaban un trato inhumano o les negaba los derechos humanos a ciertos hombres”⁸², porque esos derechos en clave estrictamente iuspositivista terminaban reducidos –a pesar del interés de sus autores– a “edictos de tolerancia revocables”⁸³.

81. COTTA, S., *I principi generali del diritto*, art. cit.

82. RADBRUCH, G., “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, ob. cit., pág. 15.

83. SPAEMANN, R., *Lo Natural y lo Racional*, Rialp, Madrid, 1989, pág. 90.