

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Por MARTÍN LACLAU¹

Resumen:

Luego de exponer el papel cumplido por la noción de principio en el derecho medieval y de analizar la contraposición entre jus commune y jus proprium, se ejemplifica con el derecho francés el pasaje de un derecho consuetudinario local a un derecho nacional legislado y el papel cumplido por los principios en esta evolución, que concluye con el proceso de codificación. A continuación, se analizan las teorías que, acerca de los principios, proponen Josef Esser, Ronald Dworkin y Robert Alexy, para terminar esbozando una crítica de ellas sobre la base de que los principios no pueden separarse de las normas, sino que constituyen el elemento valorativo que, necesariamente, se encuentra incluido en ellas.

Palabras clave:

Norma; principio; jus commune; derecho consuetudinario.

CONSIDERATIONS OF LEGAL PRINCIPLES

Abstract:

In the first place, the author expounds the role fulfilled by the notion of principle in medieval law. He then goes on to analyze the opposition between jus commune and jus proprium, and exemplifies, through French law, the passage of a local common law to a national legislated law and the role fulfilled by principle in this evolution, which leads to the process of codification. Later the author analyses the theories proposed by Josef Esser, Ronald Dworkin y Robert Alexy regarding principles, and finishes by outlining a critique of these theories on the grounds that principles cannot be separated from norms. They rather constitute the axiological element that is necessarily part of them.

Keywords:

Regulation; principle; jus commune; customary law.

¹ Universidad del Salvador. Centro de Estudios Filosóficos (Academia Nacional de Ciencias).

En las últimas décadas han ido cobrando relieve, dentro del panorama de la filosofía del derecho, una serie de teorías centradas en la noción de “principio”, conformando, de esta suerte, una dirección que se afirma sosteniendo que el derecho hállase constituido, no sólo por normas, sino también por principios, con lo cual ha cobrado singular importancia determinar las diferencias existentes entre unas y otros, al igual que el modo en que se relacionan entre sí.

Ante todo, cabe destacar que la palabra “principio” puede ser utilizada dentro de contextos muy diversos, que han sido agrupados por André Lalande en tres categorías: desde el punto de vista de la *existencia*, el vocablo en cuestión se refiere a la causa, al origen de algo, al fundamento de su ser; desde el punto de vista *lógico*, la palabra “principio” designa a una proposición que se encuentra ubicada en el inicio de un razonamiento deductivo, no pudiendo ser deducida de ninguna otra dentro del sistema de referencia; y, finalmente, desde el punto de vista *normativo*, por “principio” se entiende una regla de acción que ha de ser observada y que se encuentra enunciada en una fórmula que es representada con claridad al espíritu. Demás está decir que el mismo Lalande aclara que estas acepciones casi nunca se dan en estado puro y que, en las teorías filosóficas que las emplean, resulta difícil separar una acepción de las restantes². En términos generales, podríamos decir que la palabra “principio” viene a designar el punto de partida de algo y, al mismo tiempo, el fundamento de ese algo. Así lo entendieron los griegos desde que Anaximandro introdujera la palabra ἀρχή, que se corresponde con lo que, posteriormente, los romanos designaron como *principium*.

Escapa a la finalidad de este trabajo trazar una historia de la noción de “principio” en el ámbito del derecho; pero, a los efectos de esclarecer el tema, me referiré, en primer lugar, brevemente, a cómo la noción que nos ocupa se fue elaborando en la Edad Media, partiendo de la importancia que en esa época tuvo el *jus commune* y su identificación con el derecho romano. Posteriormente, tomando como ejemplo el desenvolvimiento del derecho francés, ilustraré como la noción de principio coadyuvó en el progresivo nacimiento de éste, al irse unificando los derechos consuetudinarios de las diversas regiones, y como este proceso fue secundado, en su última etapa, por el desarrollo del pensamiento racionalista. Así, durante los siglos XVII y XVIII, los integrantes de la Escuela Clásica del Derecho Natural asignan a los principios el carácter de leyes superiores a las que integran el derecho positivo. Trátase de *leges legum*, de leyes de leyes, que otorgan su validez a estas últimas, al considerar que sus enunciados se corresponden con la naturaleza del hombre. Durante el siglo XIX, con el auge del positivismo, los principios cedieron la importancia que les otorgaran los juristas de las anteriores centurias y, al negar la existencia de un derecho natural

² Cfr. LALANDE, André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1947, ps. 807-809; LACLAU, Martín, “Los principios del derecho en el pensamiento de Josef Esser”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 32, 2012, ps. 3-21, esp. ps. 3-11.

de validez superior al positivo, los autores de la época hablaron de “principios generales del derecho”, a los que consideraban como normas implícitas que integraban el derecho positivo y que podían ser desentrañadas por el intérprete valiéndose de procedimientos lógicos que partían del mismo derecho positivo.

En nuestros días, ante el auge que, en el plano filosófico han cobrado las direcciones hermenéuticas y el renovado planteo de la problemática de los valores, se abre una nueva perspectiva para los estudios jurídicos, que no pueden permanecer ajenos a estas nuevas orientaciones. Así, una numerosa corriente de cultores del derecho, que se ha embarcado en el análisis de los denominados “principios” y del papel que estos cumplen dentro de la realidad jurídica, desprendiéndose del normativismo abstracto que imperara hasta hace pocas décadas, afirma que el derecho hállase constituido, no sólo por normas, sino también por principios. Los más destacados e influyentes autores dentro de esta dirección son, sin duda alguna, Ronald Dworkin y Robert Alexy, a quienes me referiré con algún detalle para luego esbozar algunas objeciones que sus planteos me provocan.

Los juristas medievales, en un comienzo, eran esencialmente prácticos y las reglas por ellos aplicadas reconocían su origen en la sedimentación, dentro de la conciencia colectiva, de una serie de convenciones que habían concluido por ser consideradas como reglas del derecho vigente. Ahora bien, a estas leyes, propias de cada una de las diversas comunas, les faltaba la referencia a un orden superior, y éste fue el papel que se asignó al derecho romano, que concluyó presentándose como el soporte último de las elaboraciones llevadas a cabo por la ciencia jurídica.

Claro está que, en una primera etapa, el conocimiento del derecho romano era parcial y superficial, a punto tal que el contenido del *Digesto* era ignorado. Tan sólo se invocaban soluciones prácticas dadas a casos puntuales. La primera invocación del *Digesto* como material utilizable en la vida jurídica práctica data del año 1076. Se trata de un juicio donde el Monasterio de San Miguel, en Marture, demandó la restitución de bienes que le habían sido donados por Hugo, marqués de Toscana, y de los que, posteriormente, había sido despojado por el marqués Bonifacio, hallándose en la actualidad dichos bienes en manos de Sigizo, señor de Florencia. Habían transcurrido más de 40 años del despojo y, por consiguiente, se había cumplido el plazo de prescripción de la acción. No obstante ello, durante ese lapso de tiempo, el monasterio, en diversas ocasiones, había hecho infructuosamente los reclamos pertinentes. La solución del pleito, favorable al monasterio, se encontró aplicando una norma del *Digesto* en virtud de la cual el pretor concedía la *restitutio in integrum* a aquellos que, durante el

período del tiempo considerado a efectos de la prescripción, hubiesen intentado llegar al juez sin lograrlo³.

Fue, precisamente, a fines del siglo XI y principios del siglo XII que, con la escuela de los glosadores de Bolonia, la enseñanza del derecho conquistó su autonomía y las compilaciones de Justiniano pasaron a ser estudiadas con base en textos completos, dejando de lado los textos parciales sobre los cuales habíase apoyado la edad precedente. La metodología empleada consistió en anotaciones que seguían paso a paso el texto jurídico. Del siglo XII es la obra de un glosador anónimo, titulada *Questiones de juris subtilitatibus*. Es la época en que, por encima de los diversos reinos germánicos, se ha impuesto la idea del Imperio, esto es, de una unidad política que abarca las diversas comarcas del mundo occidental, y ello trae, como lógica consecuencia, la afirmación de la unidad del derecho. Como dicen las aludidas *Questiones, aut unum esse jus, cum unum sit imperium*. La unidad del Imperio permitía afirmar la unidad del derecho. De allí que Francesco Calasso pueda decirnos, acertadamente, que “configurado todo el género humano como unidad ordenada por voluntad divina en el *Romanum Imperium*, se seguía como consecuencia lógica e histórica la necesidad del *unum jus* por el cual esa unidad debía ser gobernada: y este único derecho, naturalmente, no podía ser otro que el del Imperio, esto es, el derecho romano”⁴.

Claro está que el reconocimiento del *unum jus* no implicaba la afirmación de que éste fuese el único derecho existente. Las mismas *Questiones de juris subtilitatibus* reconocían que, dentro del Imperio, existían distintas regiones y pueblos, cada uno de los cuales poseía un derecho propio: *discreti et loco et imperio populi diverso sub imperio diversa jura rectantur*. Pero existe un derecho común, un *jus commune*, del cual los múltiples derechos locales derivan. En realidad, se trata de la aplicación al campo jurídico de un principio de la filosofía escolástica, de acuerdo al cual *omnis multitudo derivatur ab uno*, y que, en el plano del derecho, aparece confirmado por un fragmento de Gayo donde se expresa: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur*⁵. De esta suerte, para la mentalidad medieval, el derecho romano, concebido como *jus commune*, se contrapone al *jus proprium*, esto es, al derecho de los distintos ordenamientos particulares, a los que sirve de necesario presupuesto. Ahora bien, importa destacar que el *jus proprium* podrá contraponerse, desde el punto de vista lógico, al *jus commune*, pero ambos se encuentran ínti-

³ Cfr. CORTESE, Ennio, *Il rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni Editore, Roma, 1996, ps. 11-13. Sobre la importancia de la compilación de Justiniano en el desenvolvimiento posterior del derecho, puede consultarse el libro de MAGANZANI, Lairetta, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus Juris nella cultura del giurista europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

⁴ CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954, p. 373.

⁵ Cfr. CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Le fonti e il pensiero giuridico, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979, ps. 49-54.

mamente relacionados: el jurista medieval pensaba que el *jus commune* era punto de referencia obligada de todos los ordenamientos particulares, cuya existencia no resultaba posible si los desgajamos del *unum jus*⁶.

Para el hombre medieval, por encima del *jus proprium*, se hallaba el *jus commune*. En los estatutos de las comunas italianas era común que los jueces, al jurar el modo en que ejercerían su cargo, expresaran que el estatuto había de prevalecer sobre cualquier otra fuente y que sólo en caso de que la situación planteada no fuese prevista en el mismo, se podía recurrir a otra fuente. Así, por ejemplo, en el estatuto de Modena, del año 1327, el podestá debía jurar *facere et exercere officium et regimen civitatis Mutinae in totum et per singula verba quae in statutis Communis Mutinae continentur; et ubi statuta non essent secundum jura et leges*; por su parte, el estatuto de Novara, de 1277, establecía que la función judicial debía prestarse *secundum formam statuti, ubi sunt statuta, et statutis deficientibus, secundum leges romanas*; y el estatuto de Como, del año 1281, señalaba que el funcionario judicial debía jurar resolver los casos *secundum statuta civitatis Cumarum, et deficientibus ipsis statutis, secundum usus et bonos mores eiusdem civitatis approbatos, et his deficientibus, secundum leges et jura*. Ha de aclararse que, con la expresión *jura et leges*, los estatutos hacían referencia al derecho común, identificado con el derecho romano, al que se reconocía inspiración divina⁷.

Es así como, cuando Dante se encuentra con Justiniano en el Paraíso, éste, refiriéndose a su compilación, le dice:

*Tosto che con la Chiesa mossi i piedi,
a Dio per grazia piacque di spirarmi
l'alto lavoro, e tutto 'n lui mi diedi.
(Paridiso, VI, 22-24)*

De esta suerte, el *Corpus Juris* asume un carácter sagrado. La Glosa califica, en múltiples ocasiones, a la obra de Justiniano, de *sacratissimae leges*, de

⁶ Francesco Calasso destaca la íntima vinculación existente entre *jus proprium* y *jus commune*. Al respecto, afirma que se comete un grave error cuando “si dimentica l'altro termine dell'antitesi concettuale, che caratterizza il sistema normativo dell'età di mezzo: vale a dire il *jus proprium* degli ordinamenti particolari. Si dimentica cioè, che questo diritto, come contrapposto logico del *jus commune*, fece parte dello stesso sistema normativo; dal quale, perciò, non può essere pensato storicamente come indipendente... Di quegli ordinamenti particolari, infatti, nessuno pensava di poter dar norme a se stesso, astraeendo dall'esistenza di un ordinamento superiore più vasto: il *jus commune*. Il quale è, dunque, punto di riferimento comune e costante per tutti gli ordinamenti particolari esistenti ed è parte essenziale della loro vita; con molta semplicità lo statuto trecentesco di un piccolo comune lombardo dichiarava come primo principio: *jure tripartito sive triforini regulamur et regimur, canonico videlicet, civili etiam et municipali*. Ed era la verità: el *jus proprium* nasceva naturalmente vincolato all'utrumque *jus*, sia che si svolgesse in conformità di questo, sia che ne rappresentasse una deviazione” (CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1970, ps. 111-112).

⁷ Cfr. CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, op. cit., ps. 455-457. Sobre los ordenamientos jurídicos medievales, puede verse la exhaustiva obra de CARAVALE, Mario, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

donum Dei, de sitio donde el Espíritu Santo se alberga: *Sanctum locutum fuisse credendum est*. El glosador Odofredo, por su parte, expresaba: *Nos... primo legimus Digestum vetus, postea Codicem, in quo est practica totius civiles sapientiae*. Para el jurista de esta época, en la compilación de Justiniano se encerraba toda la posible sabiduría y, en ella, se hacía evidente la inspiración divina que tendía a ubicar a ese cuerpo de leyes en un nivel superior, alejado de la mutabilidad propia de todos los productos del acontecer humano.

Pero he aquí que la labor cumplida por los glosadores tendía a adaptar los principios del derecho romano a la realidad social de su época. De allí que la *aequitas* no fuera concebida como un principio superior al derecho, sino como algo inherente a éste. Así, al comentar el pasaje del *Digesto* donde Ulpiano, retomando una opinión de Celso, define al derecho como *ars boni et aequi*, Irnerio nos dice: *bonum et aequum vocat hic justiciam, differt autem aequitas a justitia; aequitas enim in ipsis rebus percipitur, que, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit justitia*⁸. Adviértase que la *aequitas* se percibe en la misma cosa, *in ipsis rebus percipitur*. La justicia viene a ser una actualización de la *aequitas*, la cual, con base en las normas positivas, se transforma en *aequitas constituta*, esto es, en justicia⁹. En idéntico sentido, una antigua glosa de la escuela de Bolonia expresa: *justicia fons est aequitas*, la equidad es fuente de la justicia.

Ahora bien, a fines del siglo XIII se produce una profunda renovación de los estudios jurídicos: la exégesis de los textos cede su puesto a construcciones dogmáticas, donde el ideal de sistematización se hace presente. Es la época de los denominados comentaristas, entre los que se destaca la figura de Bartolo de Saxoferrato. El cambio fue facilitado por el mayor poder que, en ese tiempo, fueron adquiriendo las comunas y las corporaciones, que impusieron la necesidad de establecer la relación en que se hallaban esos ordenamientos jurídicos

⁸ Cfr. BESTA, Enrico, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1980, vol. II, Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus., p. 1. Sobre la obra de los glosadores, resulta fundamental el libro de Hermann LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I, Die Glossatoren, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.

⁹ Cfr. LACLAU, Martín, *La historicidad del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 25-27. En análogo sentido, Ennio Cortese sostiene que "la causa naturalis dell'obbligazione non era che una delle incarnazioni dell'aequitas, ma ne rappresentava bene il carattere essenziale; in quanto racchiusa nei fatti, raffigurava una realtà tutta obiettiva. La vita giuridica è però continuo movimento, e ogni dinamica richiede l'azione di una forza soggettiva: ha bisogno, cioè, che una volontà converga con l'aequitas, e riformulandola in una dichiarazione, componga atti capaci di conseguenze giuridiche. Nel momento in cui la volontà soggettiva assimila l'equità obiettiva essa diventa una volontà non più generica ma specifica, che assume il nome di giustizia. Lo spiega Irnerio in una glosa densa ed elegante.... La dialettica tra equità e giustizia instaura dunque un altro dei circuiti vitali nel mondo del diritto, quello tra oggetto e soggetto, tra la natura e l'uomo. Non è peraltro un circuito sostanzialmente diverso da quello che corre tra *aequitas rudis* ed *aequitas constituta*: l'aequitas constituta è infatti una regola empirica trasformata in comando per il tramite di un atto di volontà —ossia della giustizia— del legislatore. Ogni jus deriva infatti dalla justitia, anzi, secondo Ulpiano, da lei prende persino il nome; è un figlio che nasce dalla madre e ne eredita le caratteristiche principali: tra le quali anzitutto la natura soggettiva" (CORTESE, Ennio, *Il diritto nella storia medievale*, II Il Basso Medioevo, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1995, ps. 100-101).

particulares con el *unum jus* propio del Imperio. Si los glosadores no habían percibido este problema en su real importancia, los comentaristas se lo plantearon y buscaron diversas soluciones al mismo.

En un comienzo, se buscó entre los textos alguno que abriese la posibilidad a la noción de *permissio*, a la que se consideró fundamento de la *potestas statuendi* de las comunas. La solución se halló en el tratado de paz de Costanza del año 1183, donde el emperador permitió que los municipios se sirvieran de sus propias costumbres, concediendo que los juicios de apelación fuesen resueltos por un representante suyo de conformidad a esas *consuetudines* y *mores*. Este permiso hubo de ser extendido luego a las costumbres nacidas con posterioridad a la paz de Costanza, siempre que no mediara oposición por parte del emperador.

Esta solución presentaba el inconveniente de que, dependiendo la *permissio* de la voluntad del emperador, así como éste la otorgaba, también podía revocarla. Ello condujo a que se buscara un fundamento más estable a la validez de los estatutos. Bartolo de Saxoferrato halló la solución del problema partiendo de la noción de *jurisdictio*, que para el hombre medieval abarcaba, no sólo la potestad del magistrado para esclarecer el derecho, sino el conjunto de poderes que eran requeridos para el gobierno, con lo cual la *jurisdictio* se identificaba con el ordenamiento mismo. Bartolo advertía que había diversos tipos de ordenamientos, que podían ir desde una *jurisdictio minima*, como era el orden dependiente del propietario de un fundo, que se ejercía dentro de los límites de éste, hasta una *jurisdictio maxima*, que era la propia del emperador, abarcadora de todo el mundo. Cada *jurisdictio* gozaba de su propia autonomía y podían dictarse, dentro de sus límites, sus propias regulaciones. De esta suerte, los límites de cada estatuto hallábanse fijados por las necesidades propias del mismo, encontrando en la *jurisdictio* la razón de su validez. Así, la validez de los estatutos dejaba de estar sujeta a las condiciones subjetivas de quien permitía su existencia y pasaba a asentarse sobre bases objetivas y estables¹⁰.

Francesco Calasso distingue tres momentos en la evolución del derecho con relación al puesto que se asigna al derecho común dentro del ordenamiento normativo. El primero de ellos abarca, aproximadamente, los siglos XII y XIII y se caracteriza por el predominio absoluto del derecho común, a punto tal que las restantes fuentes jurídicas sólo son admitidas en la medida en que no contradigan ese *jus commune*. Una segunda fase se hace presente en los siglos XIV y XV. En ella se asiste a la paulatina afirmación del *jus proprium* como fuente por excelencia de los ordenamientos particulares. Aquí el derecho común pasa a presentar un carácter subsidiario, puesto que, como vimos, se recurre a él para resolver los casos no previstos por el *jus proprium*. En esta época, los juristas continúan viendo al derecho romano con respeto y reconociendo su importancia, pero ya no se lo percibe como algo sagrado, cuyos textos deban ser seguidos escrupulosamente sin someterlos a cambio alguno. Esta circunstancia se hace

¹⁰ Cfr. CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, op. cit., ps. 485-501.

patente en la diferencia del método empleado por los glosadores de la anterior edad y por los comentaristas, cuyas obras prevalecen ahora. En tanto los primeros se limitaban a esclarecer los textos romanos sin introducir ninguna modificación en ellos, los comentaristas los acercan al mundo de la vida social de su tiempo, modificando aquellas partes que estiman pertinentes para el logro de los objetivos propuestos. La tercera fase que nuestro autor distingue, que se inicia en el siglo XVI, abre el paso a la modernidad. Los ordenamientos particulares ya no se consideran como emanados de un ordenamiento universal. El derecho estatal, cuya validez emana de la voluntad del *princeps*, es la fuente normativa por excelencia. De allí en más, el *jus commune* ya no será considerado como un derecho objetivo, propio del Imperio universal, sino que su validez estará sujeta a la voluntad del *princeps*, en la medida en que ésta determine que pueda recurrirse a él en caso de silencio de las fuentes estatales. El recorrido al que hemos asistido, permite que Calasso distinga estos tres períodos, designando al primero como período del derecho común, al segundo como período del derecho común subsidiario, y al último como período del derecho común particular, en el cual el *jus commune* ha perdido, no sólo su supremacía, sino, también, su carácter objetivo¹¹.

Como vemos, las leyes romanas fueron leídas e interpretadas durante la Edad Media de modo tal que el derecho casuístico de los romanos concluyó transformándose en un derecho de principios. Con agudeza, Frédéric Zenati-Castaing nos dice que “los romanistas medievales definieron, ellos mismos, su método como siendo el método del *jus commune*, es decir, del derecho común, un método consistente en comparar (la noción de comparación tendrá, como se verá, una importancia decisiva para el porvenir del método del derecho común) y jerarquizar las reglas del derecho, para distinguir aquellas que tienen un carácter de principio de aquellas otras que no lo tienen, sea que ellas provengan de principios, sea que ellas constituyan la aplicación de éstos... Esta clasificación les ha servido de técnica de interpretación, en el sentido de que los principios debían ser interpretados extensivamente, mientras que las excepciones debían serlo restrictivamente. Más allá de esto, ella ha permitido reunir las fuentes heteróclitas del derecho medieval alrededor de un cuerpo legítimo munido de la autoridad de la razón. Ella ha marcado el nacimiento de la doctrina, aproximación sistemática y conceptual al derecho, de la cual nunca nos hemos apartado desde entonces, incluso en la práctica”¹².

¹¹ Cfr. CALASSO, Francesco, *Introduzione al diritto comune*, op. cit., ps. 125-126.

¹² ZENATI-CASTAING, Frédéric, “Les principes généraux en droit privé”, publicado en *Les principes en droit* (sous la direction de Sylvie CAUDAL), Economica, Paris, 2008, ps. 257-273; la cita corresponde a las ps. 259-260).

Es curioso advertir cómo, con base en los principios generales, se fue conformando el derecho francés. Comparando el derecho consuetudinario de regiones diversas, se puso en evidencia la existencia de principios comunes, esto es, de principios generales que regían en distintas regiones, con lo cual el derecho se fue unificando¹³.

En el siglo XVI, las costumbres, que hasta ese entonces habían tenido una existencia oral, comenzaron a ser redactadas, primero en forma privada y luego en forma oficial, y de esta suerte se facilitó la obra de comentaristas que, en su conjunto, dieron origen a un cuerpo doctrinario. De esta suerte, se fueron estableciendo reglas generales, comunes a diversas regiones, a las que se atribuyó el carácter de principios. Las múltiples costumbres pasaron a ser percibidas como aplicaciones de principios que, en su conjunto, fueron dando forma al derecho francés, que surgía como un orden jurídico que otorgaba validez última a los ordenamientos regionales. La comparación entre las costumbres permitía distinguir, en las reglas de cada una de ellas, las que podían ser consideradas principios, las que derivaban de esos principios y las que habían de ser vistas como excepciones a éstos.

Dentro de este movimiento cumplieron destacado papel Charles Dumoulin, con sus comentarios al derecho consuetudinario de París, cuya orientación fue seguida, en términos generales, por Guy Coquille y Antoine Loysel. El primero de ellos, autor de *Commentaire sur la coutume de pays et duché de Nivernais*, de 1590, y de *Institution au droit des Français*, de 1595, es considerado como el más destacado comentarista de las costumbres del norte de Francia¹⁴.

¹³ Refiriéndose al nacimiento del derecho consuetudinario, Jean-Louis Thireau señala: “L’émergence des coutumes territoriales est généralement perçue comme la conséquence de la disparition conjuguée du droit romain et des droits barbares. Du X^e au XII^e siècle, on aurait vécu dans une sorte de vide juridique, partiellement comblé par les accords ou ‘convenances’ (conventioniae) conclus par les membres de l’aristocratie féodale pour régler les affaires privées, la dévolution successorale des biens, la condition des femmes, le statut des fiefs. Peu à peu, les clauses de ces accords, à force d’être réitérées, auraient donné naissance à de règles reconnues comme obligatoires, à des normes coutumières. Les juridictions féodales et seigneuriales auraient joué aussi leur rôle dans la fixation de ces règles, en les confirmant, éventuellement en les modifiant par leurs jugements, ce qui expliquerait que les ressorts des coutumes aient souvent épousé les limites des seigneuries” (THIREAU, Jean Louis, *Introduction historique au droit*, Flammarion, Paris, 2009, p. 125). El mismo Thireau analiza el proceso que paulatinamente lleva a la unificación del derecho consuetudinario (cfr., op. cit., ps. 126-134 y 241-253). Sobre el tema puede verse, asimismo, OURLIAC, Paul y GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l’An mil au Code Civil*, Albin Michel, Paris, 1985, ps. 83-108 y 138-140; TIMBAL, Pierre-Clément y CASTALDO, André, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 1990, ps. 329-341 y 410-413; BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte y GAUDEMET, Jean, *Introduction historique au droit. XIII^e-XX^e siècle*, LGDJ, Paris, 2010, ps. 71-83; WIJFFELS, Alain, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Presses Universitaires de France, 2010, ps. 105-121 y 227-238.

¹⁴ En sus *Questions et réponses sur les coutumes de France*, Guy Coquille considera que “nos coutumes ne sont pas statuts, ains sont le vray droict ciuil”. El pueblo de cada provincia tiene el derecho de establecer sus propias leyes; pero estas derivaban de la costumbre y no se escribían: “Car nos predecesseurs plus adonnez à faire & bien faire, qu’à escrire & dire, n’ont faictes leurs loix par escrit: mais par long usage les sont admises & receuës, pour regler toutes leurs actions”. El rey Carlos VII, viendo las dificultades que engendraba la prueba de estas costumbres,

Por su parte, Loysel intentó preparar el terreno para la unificación del derecho de costumbres y, para ello, elaboró una compilación de máximas y adagios extraídos de muchas recopilaciones de costumbres; sobre todo, se valió de las de París, Reims y la región de Vermandois¹⁵. En este sentido, continuó con la dirección fijada por Dumoulin en su *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*, de 1547, donde se postulaba la existencia de un derecho francés original y se tendía a lograr su unificación valiéndose del estudio comparativo de las costumbres.

La presentación de un corpus jurídico basado en principios halló amplia acogida y fue favorecida por el espíritu racionalista que imperó durante los siglos XVII y XVIII. Un caso paradigmático lo ofrece Jean Domat, cuya obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* organizó y relacionó dentro de un sistema las leyes que provenían del derecho consuetudinario y del derecho romano. A estas últimas las consideró como una expresión de la perfecta racionalidad y ello explica que les atribuyese el carácter de “leyes inmutables” en la medida en que no contradijeran los principios de la moral cristiana¹⁶.

ordenó que ellas fuesen recopiladas y puestas por escrito. Coquille concluye destacando: “Puis chacune Prouince a ses meurs & honneurs diuerses; & partant les loix, comme elles ne sont semblables, aussi doyent elles estre faites selon le goust & sens de chacun peuple. Aussi la supreme souueraineté du Roy y est recogneue, en ce que les Etats son assemblez par auctorité du Roy, & les Commissaires deputez par luy y president. Donques nos Coustumes sont nostre vray droict ciuil, & sur icelles faut raisonner & interpreter ex bono et equo, ainsi que faisoient les Iurisconsultes Romains sur les loix & edicts; & faut dire quod fit ars boni et equi, & non pas une officine de subtilité & rigueur”. Para Coquille, las leyes romanas sólo son aplicables ante el silencio de las costumbres, reconociendo que ellas están “fondées en toute raison”. Asimismo, las Costumbres de París son aplicables ante el silencio de la costumbre regional (Cfr. COQUILLE, Guy, *Questions et responses sur les coutumes de France*, Chez la vefeu Abel L’Angelier, Paris, 1611, ps. 1-5).

¹⁵ En un prefacio dirigido a sus hijos, Loysel pone en claro cual fue el propósito que guió su obra: “Tout ainsi que nostre grand maistre et docteur commun de droit romain nous enseignoit qu’il falloit soigneusement auiser aux règles et principes de chacune partie d’iceluy, ainsi ai-je pris peine et plaisir tout ensemble en le pratiquant avec notre droit François, par l’espace de quarante ans et plus, de remarquer en nos Coustumes et usage ce qui avoit apparence de règle ou sentence, et les assemblant peu à peu, les arranger en quelque meilleur ordre, espérant que double profit en adviendrait..... Qui seroit que, tout ainsi que les Provinces, Duchés, Comtés et Seigneuries de ce royaume régies et gouvernées sous diverses coutumes, se sont avec le temps rangées sous l’obéissance d’un seul Roy, et quasi de sa seule et unique monnoie: ainsi enfin se pourroient-elles réduire à la conformité, raison et équité (uniformité) d’une seule loi, coutume, poids et mesure, sous l’autorité de Sa Majesté. Vous pouvant assurer que la plupart de ce qui est ici projecté, se trouvera extrait de la source et origine du droit ancien coutumier et plus ordinaire de ce royaume, usage et pratique d’icelui; n’y ayant apporté que bien peu du mien, avec l’ordre et la liaison dont j’ai appris qu’il faut toujours avoir grand soin” (LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumières*, Durand Libraire, Paris, 1846, Tome premier, ps. XXXV-XXXVI).

¹⁶ La estrecha relación entre los primeros principios y las creencias religiosas surge del comienzo mismo de la obra, donde Domat afirma: “Il semble que rien ne devroit être plus connu des hommes, que les premiers principes des loix qui reglent & la conduite de chacun en particulier, & l’ordre de la société qu’ils forment ensemble, & que ceux même qui n’ont pas les lumieres de la Religion, où nous apprenons quels sont ces principes, devroient au moins les reconnoître en eux-mêmes, puisqu’ils sont gravés dans le fond de notre nature. Cependant ont voit que les plus habiles de ceux qui ont ignoré ce que nous enseigne la Religion, les ont si peu connus, qu’ils ont établi des regles qui les violent & qui les détruisent” (DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur*

Todo este movimiento fue desarrollado, en sus aspectos esenciales, dentro del clima que fue imponiendo la escuela clásica del derecho natural. Pongamos el ejemplo de Leibniz, uno de sus máximos exponentes. En uno de sus trabajos jurídicos, titulado *Méditation sur la notion commune de justice*, afirma la preeminencia de las formas racionales sobre los contenidos volitivos, de las definiciones sobre los hechos de la experiencia. Es, precisamente, a través de un proceso lógico-deductivo, que pueden extraerse de las definiciones las normas jurídicas particulares, con lo cual el derecho ya no queda expuesto a las contingencias propias de la experiencia sensible. Ello otorga su fundamento a la creencia en principios jurídicos cuya vigencia no está sujeta a la mutabilidad espacio-temporal, sino que, por el contrario, han de ser considerados válidos para todo tiempo y lugar. Así, nos dice Leibniz: “Si se trata de un término delimitado por un significado preciso, en una palabra, si es más que un mero sonido, vacío de sentido, como ‘blitiri’, el término o palabra ‘justicia’ tendrá alguna noción o definición inteligible. De toda definición pueden alcanzarse consecuencias seguras utilizando las reglas irrefutables de la lógica, y esto es, precisamente, lo que se hace al fabricar ciencias apodícticas y demostrativas, que no dependen de los hechos, sino exclusivamente de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y también el derecho, que no se apoyan en las experiencias y en los hechos, y sirven más bien para dar razón de los hechos y regularlos por anticipado, lo cual ocurre con el derecho aún si no hubiese ley en el mundo”¹⁷. En este párrafo puede verse, con gran claridad, el espíritu racionalista que dominaba la época.

El proceso de codificación, que alcanza su plenitud con la sanción del Código Civil francés de 1804 y que reconoce su fuente en el derecho común que había sido elaborado por los juristas de las generaciones anteriores, tuvo como lógica consecuencia, que esos principios, que habían sido utilizados por éstos para dar coherencia a los ordenamientos que elaboraban, pasaran a ser parte del derecho positivo. Así, Portalis, en el *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*, no dudaba en afirmar que el papel que incumbe a la ley consiste en fijar las máximas generales del derecho, esto es, los principios que han de guiar luego al juez y al científico, quienes deben aplicarlos a las situaciones concretas

ordre naturel, t. I, Chez Pierre Auboüin, Pierre Emery & Charles Clouzier, Paris, M DC XCVII, ps. 1-2). Unos párrafos más adelante, se transparenta el ideal racionalista de la época en el siguiente texto: “Comme il n’y a donc rien de plus nécessaire dans les sciences, que d’en posséder les premiers principes, & qu’en chacune on commence par établir les siens, & par y donner le jour qui met en vue leur vérité & leur certitude, pour servir de fondement à tout le détail qui doit en dépendre; il est important de considérer quels sont ceux des loix, pour connoître quelle est la nature & la fermeté des regles qui en dépendent” (op. cit., p. 3).

¹⁷ LEIBNIZ, G. W., “Escritos políticos”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 281. Anteriormente, me he ocupado del análisis de este escrito en mi libro *La historicidad del derecho* (op. cit., ps. 54-58), al cual me permito remitir al lector.

que ofrezca la vida corriente, y cuya labor ha de ser considerada como un suplemento de la legislación¹⁸.

De esta suerte, los principios pasaron a ser contenidos de la ley, transformándose en fuentes formales del derecho, y sólo conservaron su anterior carácter aquellos que no obtuvieron su consagración legal y aquellos otros que fueron reconocidos con posterioridad a la sanción del Código. Ello determinó que la doctrina de los principios generales pasara a ser elaborada, en su mayor parte, no ya por doctrinarios del derecho, sino por los tribunales. Claro está que a estos principios generales se les reconoció un carácter subsidiario, debiendo recurrirse a ellos únicamente en aquellos casos en que la ley guardase silencio frente a la situación planteada. El art. 4º del Código Civil francés expresaba, en ese sentido: *Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. Ahora bien, si el juez ha de pronunciarse siempre ante los casos que se le planteen, no pudiendo alegar el silencio del texto legal, para la solución de aquellos casos no contemplados por la legislación ha de recurrir a otras instancias, como la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina elaborada por los tratadistas, y a los principios generales del derecho, que se obtienen por inducciones llevadas a cabo a partir del texto legal¹⁹.

La transformación que se ha cumplido no puede ser más notoria. Cuando en los siglos XVII y XVIII los juristas hablaban de principios del derecho, se estaban refiriendo a un conjunto de leyes superiores a las del derecho positivo, que dotaban a éstas de validez y que se correspondían con la esencia del hombre y de las cosas. Así, Christian Wolf, en su *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, expresaba: §1. *Per Jus Naturae hic intelligimus scientiam juris naturalis hominum & obligationum eidem respondentium*; y, a continuación, agregaba: §2. *Quae in Jure Naturae traduntur, demonstranda sunt, ex ipsa quidem*

¹⁸ “L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation” (PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1988, p. 26).

¹⁹ En ese sentido, comentando el citado art. 4º del Código Civil, Marcadé expresaba: “Le juge devra donc prononcer toujours, en suppléant à la loi, soit par des inductions tirées de la loi elle-même, soit en recourant à la jurisprudence des tribunaux, à la doctrine des auteurs, aux décisions des jurisconsultes romains; soit enfin, en se décidant d’après ses propres lumières et les principes de la raison et de l’équité. On voit ainsi que, par cet article, tous les principes du droit naturel sont tacitement consacrés, ce qui amène une différence profonde, capitale et d’une portée immense entre la législation romaine et la nôtre” (MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, Cotillon Libraire du Conseil d’Etat, Paris, 1859, p. 59).

essentia & natura hominis atque rerum²⁰. En cambio, a partir de comienzos del siglo XIX, cuando se habla de “principios generales del derecho”, los juristas se refieren a normas que se hallan implícitas en el cuerpo mismo del derecho positivo y a las cuales el intérprete puede llegar, partiendo de éste, merced a razonamientos lógicos y abstractos.

En los últimos treinta años, el problema de los principios del derecho ha cobrado nueva vida dentro del pensamiento filosófico. A ello ha contribuido el desarrollo creciente que han tenido tanto la filosofía de los valores como las nuevas corrientes hermenéuticas. Tampoco es ajeno a este proceso la crisis de las teorías normativistas tradicionales. Figura destacada en la iniciación de esta nueva dirección es, indudablemente, la de Josef Esser, quien publicó, en el año 1956, una obra que, bajo el título de *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung*, planteó la nueva temática en términos rigurosos y claros. Cabe señalar, por otra parte, que el auge de esta temática no es ajeno a la vasta difusión de los escritos de Ronald Dworkin y de Robert Alexy, dos de los jusfilósofos de mayor relevancia en nuestros días.

La teoría de Esser se asienta sobre la diferenciación entre pensamiento sistemático y pensamiento tópico. En el primer caso, los conceptos se relacionan entre sí siguiendo reglas lógico-rationales, dentro de un plano ajeno a todo contacto con la experiencia, lo que lleva a que la solución de los problemas concretos se busque y encare dentro del mismo sistema, sin referencia alguna a datos históricos. En cambio, el pensamiento problemático se asienta en la historia y va incorporando nuevos elementos, sin necesidad de considerarlos como partes de un sistema preestablecido²¹. Esser se inclina por esta segunda vertiente, no pasándole desapercibidos los riesgos que implica anteponer la coherencia lógica propia del pensamiento sistemático a las valoraciones concretas de las

²⁰ WOLFIO, Christiano, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum. Pars prima, in qua obligationes et jura connata ex ipsa hominis essentia atque natura a priori demonstrantur et totius philosophiae moralis omnisque juris reliqui fundamenta solida jaciuntur*, Francofurti & Lipsiae, M DCC XL, ps. 1-2.

²¹ “Problemdenken ist linear, ist in naiven Sinne historisch orientiert. Es baut an, nicht ein; es übernimmt und gibt wieder auf, ohne daß die Erkenntnis außerhalb dieses Problemes berührt worden wäre. Eine Rechtsmeinung wird am Fall uns seinen Evidenzen unter Anlehnung an Bekanntes entwickelt - als eine Wahrheit für diesen Fall. Sie bleibt aber auch für ihn ein Stück Geschichte, sie entsteht, erhält Autorität und vergeht wieder, mit der Kassation oder der stillschweigenden Preisgabe und dem overruling einer Judikatur”. A continuación, refiriéndose al pensamiento sistemático, nos dice: “Systemdenken ist von geschichtsloser Dimension – seiner Ideologie nach. Es ist logisch aufgebaut und verschränkt und im naiven Sinne ontologisch begründet. Nicht das hic et nunc der doxa und der opinio iuris trägt die Entscheidung, sondern das Wesen” einer Rechtsbeziehung uns - einrichtung und der innere “Ordnungszusammenhang, der sich in dogmatischen System spiegelt” (ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1964, p. 239).

diversas situaciones que se presentan en la vida real. Para él, frente a un caso concreto, no existe una única solución justa, a la que pueda arribarse con base en operaciones deductivas que, como en los sistemas axiomáticos, partieran de premisas que les son propias.

Claro está que, según Esser, lo dicho no implica desconocer que los casos individuales siempre se dan dentro de un contexto sistemático, lo que lo lleva a considerar que los distintos casos concretos han de relacionarse entre sí, conformando un sistema. En realidad, Esser no está impugnando la posibilidad de que se reconozca, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, la existencia de un sistema; su crítica se dirige, únicamente, a la utilización, dentro de ella, de un sistema axiomático y cerrado. Para él, el sistema que ha de ser considerado viable es uno que se encuentre abierto al mundo de los valores. Así, la utilización de un sistema axiomático ha de ser sustituida por un sistema abierto, de configuración siempre provisoria, dentro del cual puedan irse integrando las innovaciones sucesivas procedentes del pensamiento problemático.

Dentro de esta perspectiva, adquiere singular importancia la distinción entre principios y normas. Para Esser, aparte de los textos legales, existe un derecho extralegal, que se incluye en el espacio decisorial dentro del cual el juez debe moverse. Esos elementos, que sin estar en el texto legal lo acompañan, funcionando como un elemento propulsor y reproductor del sistema jurídico, son los principios. “Esser distingue entre principios normativos y principios informativos. Los primeros forman parte del derecho positivo, puesto que, al haber sido utilizados por el legislador o por la jurisprudencia, se han incorporado en instituciones que forman parte del ordenamiento reconocido como positivo. En cambio, los principios informativos no pasan de ser meras guías para la actividad del legislador o del juez, no hallándose incorporados a ninguna institución del derecho positivo y, por consiguiente, su papel se reduce a orientar el desenvolvimiento de éste. Claro está que, para Esser, un principio informativo puede llegar a transformarse en principio normativo en la medida en que sea reconocido como operante para la solución de un conjunto de problemas, en tanto que un principio normativo puede, a su vez, actuar como fuente de la que derivan una serie de reglas jurídicas. Es la valoración del juez la que, en última instancia, permite extraer principios a partir de las normas y también deducir normas a partir de principios”²².

Para Esser, los principios hacen su aparición cuando se intenta resolver un caso concreto y esta circunstancia le lleva a formular una ley histórica de acuerdo a la cual, siempre que se plantea un problema, se formulan los principios y ello concluye en la consolidación de un sistema. Una vez que los principios son reconocidos en el caso donde se plantean, se transforman en soluciones generales de problemas, esto es, en factores formativos y reproductores que conforman

²² LACLAU, Martín, “*Los principios del derecho en el pensamiento de Josef Esser*”, op. cit. (el párrafo citado corresponde a la p. 20 del artículo).

el sistema jurídico. De allí que los principios sean, por esencia, dinámicos: ellos no constituyen elementos fijos, válidos para todo tiempo y lugar, sino que, antes bien, se trata de criterios valorativos que dependen de las contingencias de la experiencia; asumiendo, por consiguiente, una dimensión histórica.

Si la distinción entre norma y principio aparece claramente expuesta en la obra de Esser, fue indudablemente Ronald Dworkin el gran difusor de la misma, empleándola como base de su crítica al positivismo jurídico en la versión que de éste presentaba Herbert L. Hart. Son muchos los que consideran a Dworkin como el más destacado jusfilósofo de la segunda mitad del siglo XX y, evidentemente, su pensamiento estuvo en el centro de los debates que se fueron dando en las últimas décadas de la pasada centuria. En ese sentido, la aparición de su obra *Taking Rights Seriously* en 1977 tuvo un eco extraordinario, favorecido por el predominio, en esa época, del pensamiento anglosajón, y por el desempeño de su autor como profesor en Oxford y en Harvard, dos de las más destacadas universidades donde las nuevas teorías se iban exponiendo y discutiendo. Dworkin ha tratado los más diversos temas; pero, en la presente oportunidad, nos limitaremos a encarar su noción de principio jurídico.

En las páginas introductorias de *Taking Rights Seriously*, Dworkin se presenta como un defensor de la teoría liberal del derecho, si bien afirma que es opositor a la que denomina *teoría jurídica dominante*, que también es considerada como una teoría que ofrece un perfil liberal. Esta teoría dominante consta de dos partes: una de ellas indaga *qué es* el derecho, en tanto que la otra versa sobre lo que *debe ser* el derecho; además, se considera, generalmente, que ambas partes son independientes entre sí²³.

La primera parte de la teoría dominante es ejemplificada con el pensamiento de H. L. Hart, que se nos presenta como una versión del positivismo jurídico. Para Hart, el derecho consiste, únicamente, en un modelo de reglas convencionales, esto es, en un conjunto de reglas positivas que se identifican merced a una regla convencional, la *regla de reconocimiento*, que es la que determina los criterios de validez de las normas que integran el sistema. Así, la pertenencia de las reglas al sistema deriva, no de su contenido, sino de su origen, esto es, de la manera en que fueron adoptadas. Las normas jurídicas válidas constituyen, de esta suerte, un conjunto cerrado, dentro del cual se agota lo que podemos denominar *derecho*. Dworkin criticará esta teoría, sosteniendo que, cuando los juristas razonan acerca de los derechos y obligaciones, sobre todo cuando se enfrentan a casos difíciles, se valen de estándares que ya no se

²³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. VII.

presentan como reglas, sino como principios, cuyo modo de operar es diverso al de éstas²⁴.

En cuanto a la segunda parte de la teoría jurídica dominante, esto es, a la indagación acerca de lo que debe ser el derecho, Dworkin afirma que lo que prevalece es el utilitarismo y que éste se fundamenta en dos principios: el *eudemonista*, que sostiene que la conducta moralmente correcta ha de orientarse a tratar de evitar, dentro de lo posible, todo sufrimiento humano y, al mismo tiempo, intentar la satisfacción de los intereses de los individuos; y el *igualitario*, conforme al cual en el cálculo del beneficio general ha de computarse a cada individuo como uno y a ninguno de ellos como más de uno. De estos principios se infiere que los gobiernos han de intentar lograr el máximo bienestar promedio entre los integrantes de la colectividad. Claro está que, para Dworkin, la postura utilitaria está sujeta a críticas, toda vez que ella ignora la existencia de derechos individuales que no pueden ser sacrificados con el pretexto de alcanzar el bienestar colectivo.

Veamos ahora, brevemente, la crítica que Dworkin efectúa a la tesis positivista que reduce el derecho a un conjunto de reglas jurídicas. Para ello, nuestro autor habrá de referirse a los por él denominados *casos difíciles*, que hacen su aparición cuando en un litigio determinado el caso no puede subsumirse claramente en una regla jurídica que haya sido establecida anteriormente por alguna institución. En tal situación, el positivista considera que el juez resuelve de modo discrecional, recurriendo a pautas no convencionales, que resultan ser extrajurídicas, puesto que, dentro de esta concepción, el derecho sólo se halla integrado por reglas convencionales. Para Dworkin, el error de la tesis positivista radica en haber confundido una parte con el todo, no advirtiendo que, dentro del derecho, además de las reglas, hallamos otro tipo de estándares que no funcionan como reglas, sino que tienen su modo específico de operar: son los principios.

Dworkin pone como ejemplo el célebre caso *Riggs v. Palmer*, en el cual un tribunal de Nueva York decidió que una persona que había asesinado a su abuelo carecía de derecho a recibir los bienes dejados por éste, a pesar de que el fallecido, en su testamento, lo había instituido como su heredero legítimo. La aplicación literal de la ley testamentaria llevaba a que el asesino recibiese la herencia; pero el tribunal consideró que “todas las leyes, al igual que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del *Common Law*, entre las que se encuentra la que establece que a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar alguna demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad con su propio crimen”²⁵. Cabe destacar que, al aplicar este principio según el cual nadie puede sacar provecho de su propio delito, los jueces no pensaban que estuviesen usando facultades discrecionales, sino que, por el contrario, se hallaban sentenciando conforma al derecho vigente.

²⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 22-23.

²⁵ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 23.

Al negar carácter jurídico a los principios, los positivistas describen la actividad judicial en forma distinta a la que surge de la interpretación que los mismos jueces hacen de ella. Pero, además, si el ejercicio de la magistratura se llevara a cabo en forma totalmente discrecional, el resultado sería palmariamente antidemocrático e injusto. El carácter antidemocrático se desprende de la circunstancia de que los jueces, que no son elegidos por el pueblo, se encontrarían creando derecho, cuando en una organización democrática este poder de creación encuéntrase reservado a los poderes constitucionales cuyos titulares son investidos por elección popular. A ello debe agregarse que, si los jueces actuasen discrecionalmente, sus sentencias serían injustas, pues provendrían de una aplicación retroactiva de la ley: no se castigaría la infracción a un deber jurídico que el individuo tenía, sino que el castigo derivaría de un deber jurídico nuevo, creado por el juez con posterioridad al hecho que se pretende juzgar.

Para Dworkin, la distinción entre reglas y principios se basa en dos características fundamentales: en primer lugar, en el carácter disyuntivo que presenta la aplicación de las reglas, y, en segundo lugar, en la dimensión o “peso” que es propio de los principios. Las reglas son aplicables de manera disyuntiva, puesto que, dados los hechos a que una regla determinada hace referencia, o bien ésta es válida, debiendo, por consiguiente, ser aceptada la respuesta que ella da al caso, o bien no es válida, con lo cual ha de ser descartada, toda vez que no aporta nada a la decisión que ha de tomarse. Como vemos, las reglas responden, para Dworkin, al ideal de la subsunción en la aplicación del derecho. Claro está que las reglas pueden tener excepciones en lo que a su aplicación se refiere; pero ello no es óbice al mantenimiento de la tesis de su aplicación disyuntiva, puesto que en el enunciado de la regla podrían, desde el punto de vista teórico, incorporarse todas las posibles excepciones que ésta pudiera presentar²⁶. Ahora bien, contrariamente a lo que ocurre con las reglas, los principios no son susceptibles de aplicación disyuntiva. Un principio puede no ser aplicado, no obstante su validez. Aquí juega una dimensión de peso o importancia frente a otros principios que también son relevantes. Los principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se anulan entre sí, sino que, en caso de conflicto entre dos de ellos, el juez habrá de sopesar la importancia de cada uno, priorizando el de mayor peso²⁷. Los principios serán, de esta suerte, como dos vectores cuyas fuerzas concurrentes llevasen a una resultante, que sería la solución del caso.

²⁶ Dworkin caracteriza a las reglas del modo siguiente: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” (DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 24-25).

²⁷ “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and

Según Dworkin, el derecho se encuentra integrado por reglas y principios. Ello explica porqué, para nuestro autor, la circunstancia de que el juez, al resolver los llamados “casos difíciles”, haya de recurrir a los principios, no implica que la discrecionalidad judicial sea libre y absoluta, esto es, que pueda recurrir a cualquier principio, sino que, por el contrario, esa discrecionalidad se limita a la utilización de principios que hayan sido acogidos dentro del sistema jurídico. De lo dicho se infiere la importancia que tiene determinar qué principios pertenecen al derecho positivo, puesto que sólo ellos habrán de ser los que guíen al juez en la toma de su decisión²⁸.

El juez, ante un caso difícil, debe buscar algún principio que sea aplicable a la materia sobre la que tiene que resolver; pero este principio debe hallarse dentro del derecho vigente. Tal búsqueda implica riesgos y dificultades. Para llevarla a cabo exitosamente, nos dice Dworkin que quien la acomete ha de estar dotado de una especial habilidad y erudición, unidas a cierta perspicacia. Estos son atributos que no se encuentran fácilmente, a punto tal que nuestro autor designa al juez con el nombre de Hércules, figura mitológica que poseía facultades sobrehumanas. El juez ha de considerar como principios que forman parte del derecho vigente aquéllos que explican y fundamentan, en mayor medida, la historia jurídica de la comunidad. Para Dworkin, un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más sólida que pueda proporcionarse como justificación de las reglas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión.

La teoría de Dworkin acerca de los principios fue recogida por Robert Alexy, quien la desarrolla y profundiza en su libro *Theorie der Grundrechte*, publicado en 1985. Singular importancia reconoce este autor a la “dimensión de peso” que, según Dworkin, caracteriza a los principios; pero, como veremos, intenta darle mayor profundidad al considerar a éstos como “mandatos de optimización”.

Recuerda Alexy que es corriente contraponer la norma y el principio. Tal es lo que hizo Josef Esser en su libro *Grundsatz und Norm* y, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha distinguido, en diversas oportunidades, entre “las normas y los principios de la Ley Fundamental”. En cambio, para Alexy, la distinción ha de establecerse entre reglas y principios, puesto que ambos han de ser considerados normas, desde el momento en que ambos expre-

the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is” (DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 26-27).

²⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald, op. cit., ps. 31-39.

san lo que debe ser. Reglas y principios se nos presentan, de esta suerte, como dos tipos de normas.

Importa, ante todo, diferenciar entre principios y reglas. Alexy nos dice que “los principios son normas que ordenan que algo, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, sea cumplido en la mayor medida posible”²⁹, agregando que estas características hacen que los principios se nos presenten como “mandatos de optimización” (*Optimierungsgebote*). En cambio, “son reglas las normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Cuando una regla vale, entonces debe hacerse enteramente lo que ella exige, ni más ni menos. Las reglas contienen, de este modo, determinaciones acerca de lo fáctico y jurídicamente posible”³⁰.

De lo dicho se desprende que, en tanto que las reglas sólo pueden ser cumplidas totalmente o no, los principios admiten cierta graduación en su cumplimiento, esto es, pueden ser cumplidos en mayor o menor medida, conforme a las posibilidades que ofrezcan, en cada caso, el orden jurídico y los hechos reales sobre los cuales habrán de cumplirse. Además, los principios han de realizarse “en la mayor medida posible”, con lo cual se da la exigencia de la optimización del grado de su cumplimiento: los principios han de tener, en la medida de lo posible, preferencia con relación a otras normas del sistema jurídico. De allí que pueda hablarse de un “deber ser ideal” (...) al que ha de tender la aplicación de un principio.

Ahora bien, la diferenciación entre reglas y principios se patentiza con claridad al plantearse el diverso modo en que se solucionan las posibles colisiones entre principios y los conflictos que puedan suscitarse entre reglas. Para Alexy, “un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado introduciendo, en una de las reglas, una cláusula de excepción que suprima el conflicto, o declarando al menos no válida una de las reglas”³¹. Así, por ejemplo, el conflicto entre la regla que establece la prohibición de salir de una sala antes de que suene el timbre que lo permite y la que ordena abandonarla en caso de que suene la alarma de incendio, se soluciona, sea introduciendo en la primera regla una excepción y declarando que ella es válida salvo que suene la alarma de incendio, sea declarando inválida una de las dos reglas. En este último caso, esto es, cuando no resulta posible introducir una excepción, se toma una decisión acerca de la validez, declarando inválida una de las reglas.

Distinto es el caso de la colisión entre principios. A ese respecto, nos dice Alexy que “cuando dos principios entran en colisión, como en el caso en que según un principio algo esté prohibido y, según otro principio, lo mismo está permitido, uno de estos dos principios debe ceder”³². Aquí los dos principios son

²⁹ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, p. 75.

³⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 76.

³¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 77.

³² ALEXY, Robert, op. cit., ps. 78-79.

válidos y la razón de que uno de ellos desplace a otros radica en que, en los casos concretos que se presentan, uno tiene más peso que el otro. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez; las colisiones de principios, dado que sólo principios válidos pueden entrar en colisión, tienen lugar más allá de la validez, en la dimensión del peso”³³. Los principios, desde el punto de vista abstracto, podrán poseer el mismo rango; pero, en el caso concreto, uno exhibe mayor peso que el otro, y esto le otorga prevalencia. De allí que Alexy pueda señalar: “Los dos principios conducen, tomados en sí mismos, a una contradicción. Pero esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de los dos principios no es válido y eliminándolo del orden jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de modo que en todos los futuros casos ese principio deba ser considerado como una regla cumplida o no cumplida. La solución de la colisión se encuentra, más bien, tomando en consideración las circunstancias del caso, en establecer una “relación de precedencia condicionada” (*bedingte Vorrangrelation*) entre los principios. El establecimiento de la relación de precedencia incondicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se muestran las “condiciones” (*Bedingungen*) bajo las cuales un principio precede a otro”³⁴. Claro está que, como el mismo Alexy manifiesta, si las condiciones varían la relación de precedencia puede variar.

Para formular la que Alexy denomina “ley de colisión entre principios” (*Kollisionsgesetz*), Alexy utiliza el signo “P” como símbolo de la relación de precedencia y los signos “P1” y “P2” para designar los principios que se oponen entre sí. Por su parte, las condiciones bajo las cuales uno de esos principios prevalece sobre el otro son designadas empleando la letra “C”. Valido de esos signos, Alexy formula la ley de colisión en los siguientes términos: “Si el principio ‘P1’, bajo las circunstancias ‘C’, precede al principio ‘P2’: (P1 \underline{P} P2) C, y si de P1, bajo las circunstancias ‘C’, resulta la consecuencia ‘R’, entonces vale una regla que contiene a ‘C’ como supuesto de hecho y a ‘R’ como consecuencia jurídica: C \rightarrow R”. A continuación, utilizando una formulación menos técnica, expresa la ley de este modo: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”³⁵. Alexy atribuye especial importancia a esta ley, de la cual se desprende con evidencia que no existen relaciones absolutas de precedencia, lo que exhibe con claridad que los principios son mandatos de optimización.

Ahora bien, ¿en qué relación se encuentran los principios con los valores? No pasa desapercibido a Alexy que unos y otros se hallan estrechamente vinculados, de suerte que el cumplimiento gradual de los principios se equivale con

³³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 79.

³⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 81.

³⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 84.

la realización gradual de los valores. No obstante ello, Alexy afirma que, con independencia de las notorias similitudes que puedan darse entre ellos, no puede dejarse de lado una diferencia importante que los separa.

Introduciéndose en el tema, Alexy toma una distinción elaborada por Von Wright entre conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. Dentro de los conceptos deontológicos, se encuentran los de mandato, prohibición, permisón y el de derecho a algo. Estos cuatro conceptos pueden ser referidos a un concepto deóntico fundamental, el concepto de deber ser y, en ese sentido, se nos muestran como separados de los conceptos axiológicos y de los conceptos antropológicos.

Por su parte, los conceptos axiológicos se caracterizan porque, a diferencia de los deontológicos, no se refieren a la nota de mandato o de deber ser, sino que atañen a lo bueno. Para Alexy, la variedad de los conceptos axiológicos depende de la variedad de criterios merced a los cuales algo puede ser valorado como bueno.

Finalmente, los conceptos antropológicos son aquellos relacionados con la voluntad, con el interés, con la necesidad, con la decisión y con la acción. Nos aclara Alexy que “la caracterización de los objetos de la ponderación con la ayuda de expresiones antropológicas parece ser más frecuente que la que tiene lugar con la ayuda de expresiones deontológicas y axiológicas.... Como caracterizaciones de los objetos de ponderaciones jurídicas, no se refieren estas expresiones, de ningún modo, a conceptos antropológicos puros. Un concepto antropológico puro toma la expresión ‘interés’ para designar un deseo real. El que alguien quiera algo realmente no es condición necesaria ni suficiente para incluirlo en una ponderación jurídica, si bien puede ser una causa entre otras. Para llevar a cabo la ponderación tiene que tratarse de un interés que sea considerado desde el punto de vista del derecho o que merezca serlo. Las expresiones antropológicas utilizadas para caracterizar los objetos de ponderaciones jurídicas se refieren a conceptos que exhiben una dimensión deontológica o axiológica. Dentro de este contexto, ellas son siempre reemplazables por expresiones deontológicas o axiológicas”³⁶.

Conforme a lo que llevamos dicho, la estructura del modelo de los principios es esencialmente igual a la estructura del modelo de los valores. Principios y valores sólo se diferencian porque, en tanto que los principios poseen un carácter deontológico, los valores se ubican dentro de un plano axiológico. Ahora bien, para Alexy, en el derecho es preferible utilizar el modelo de los principios, puesto que en él se trata de lo que es debido y los principios expresan con claridad esta característica; además, considera que el modelo de los principios ciñe en mayor medida la temática y, por consiguiente, da lugar a menos posibles interpretaciones falsas.

³⁶ ALEXY, Robert, op. cit., ps. 126-127.

Reconoce Alexy que no puede darse un orden de valores o principios que lleve, en todos los casos, a una única decisión intersubjetivamente obligatoria. Pero esta imposibilidad de lograr un orden al que califica de “duro” no cierra la posibilidad de la existencia de órdenes más “blandos”, en los que la ponderación juegue un papel protagónico. “Contra el concepto de ponderación se ha objetado, en repetidas ocasiones, que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan su aplicación por sí mismos; por consiguiente, la ponderación quedaría sujeta al capricho de quien la realiza. Donde la ponderación comienza, cesa el control a través de las normas y el método. Se abre el espacio para el subjetivismo y el decisionismo judiciales. Estas objeciones son justificadas en la medida en que, con ellas, quiera decirse que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente hacia un resultado único. Pero ellas no son válidas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es ningún procedimiento racional o que es irracional”³⁷.

En realidad, los principios entran en colisión cuando se intenta lograr la solución de casos concretos. En tal situación, hallamos que un principio sólo puede ser satisfecho a costa de otro. Recordemos que, para Alexy, los principios se realizan dentro de las “posibilidades jurídicas” que el caso permite. En otras palabras. Lo que un principio ordena es puesto en relación con lo que es ordenado por principios opuestos. Siendo los principios concebidos como “mandatos de optimización”, cobra singular importancia la ponderación, que es regida por una ley que Alexy formula de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”³⁸. Como vemos, el peso de cada principio no es algo inherente al mismo, sino que depende de su relación con otros principios, dentro de los condicionamientos que puedan darse, tanto en la esfera real como en la jurídica.

Si bien la ponderación no puede conducir a un resultado único e intersubjetivamente obligatorio, ello no implica que su utilización se encuentre carente de toda utilidad. Merced a ella, podemos vislumbrar el grado de afectación o de no satisfacción de un principio y, al mismo tiempo, el grado de importancia que conlleva la satisfacción de otro principio. La ponderación no nos da un resultado objetivo y cierto, pero nos permite ver qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que resulta de la ponderación³⁹. Claro está que, para Alexy, la ley de ponderación encuéntrase lejos de ser una fórmula vacía. Aun cuando su empleo no nos proporcione una regla que permita decidir, en forma definitiva, los casos, su empleo nos permite columbrar qué es lo que tiene que ser fundamentado con el auxilio de la razón,

³⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 143.

³⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 146.

³⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 150.

estableciéndose, de esta suerte, una vinculación entre la ley de ponderación y la teoría de la argumentación jurídica racional⁴⁰.

En mi opinión, la distinción entre principios y normas que se encuentra en la base de los sistemas elaborados por Dworkin y Alexy constituye una radicalización de la postura sostenida anteriormente por Esser y finalizan en una inútil duplicación del universo normativo. En realidad, los principios no son normas, sino que constituyen intentos de racionalizar el momento axiológico que, necesariamente, se encuentra presente en toda norma jurídica.

En las normas jurídicas podemos distinguir tres niveles que íntimamente se relacionan entre sí, con lo cual no resulta posible separarlos: el nivel expresivo, el nivel empírico y el nivel axiológico. Los tres constituyen una unidad originaria⁴¹. Ante todo, resulta evidente que la norma se expresa en palabras. Ahora bien, entre el lenguaje y la realidad por él designada existe una relación íntima y originaria. El lenguaje no se nos exhibe como algo accesorio, que venga a agregarse a un material previamente constituido a nivel de las intuiciones, sino que él mismo integra el momento constitutivo. En otras palabras, el lenguaje no designa un objeto o una realidad ya plenamente conformadas, sino que las palabras que empleamos son elementos esenciales en la configuración de esa realidad. Nosotros pensamos con palabras y, debido a ello, todas nuestras experiencias se constituyen lingüísticamente. Es en el lenguaje donde se da la unidad entre el yo y el mundo y, por consiguiente, el lenguaje es el que fija el horizonte de mi comprensión.

Hace varios años, hablando sobre el tema, decía que “en los juicios enunciativos el ser se muestra, haciéndose patente. Trátase de un develamiento, de un salir a luz de algo que se hallaba en la penumbra y que ahora se hace presente. Sentado esto, cabe preguntarse qué ocurre en el caso de las normas, esto es, de las proposiciones prescriptivas. Aquí ya no nos encontramos en el mundo del ser, sino en el del deber ser. Las normas no intentan describir una realidad determinada, sino prescribir que cierto comportamiento debe ser cumplido en caso de darse ciertas circunstancias. Ahora bien, las normas se refieren a comportamientos humanos y éstos ineludiblemente, hacen referencia a valores. Es este universo axiológico el que se muestra, haciéndose presente, merced a la proposición normativa. Los juicios enunciativos tornan evidente la íntima e inescindible conexión entre la enunciación y la realidad a que esa enunciación

⁴⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 152.

⁴¹ En el presente trabajo sólo me permito dar un muy breve esquema de la postura que vengo asumiendo sobre la naturaleza de derecho y su conocimiento. Un mayor desarrollo de los temas señalados en este apartado podrá hallar el lector en mi libro *Soberanía y Estado de derecho*, publicado por la Editorial Astrea en 2014, y en mi artículo “El derecho como realidad cultural”, publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 28, Buenos Aires, 2008, ps. 275-290.

se refiere; las normas plantean, por su parte, el mismo tipo de conexión; pero, en este caso, ella se da entre la proposición prescriptiva y los valores en que ésta se funda⁴².

Si tomamos una norma, las palabras empleadas en ella hacen patente un comportamiento humano en tanto que debido. No se trata de las acciones que podamos realizar en el mundo de la experiencia sensible, que podrán ser explicitadas en enunciados descriptivos, sino de acciones debidas, esto es, de comportamientos ubicados en el plano del deber ser. Y a este plano se accede con base en intuiciones emotivas en las cuales los valores se muestran. En todo enunciado normativo se hace presente una valoración, bajo el aspecto de un comportamiento humano en tanto que debido.

Ahora bien, el derecho no se nos presenta como una realidad objetiva, como algo independiente del sujeto que intenta captarlo. No es algo que se encuentre frente a nosotros, como puede serlo la realidad natural. Muy por el contrario, trátase de una realidad cultural mutable, a la que no somos ajenos y en cuya comprensión se integran los aspectos expresivos, fácticos y axiológicos.

Si partimos de la distinción entre *texto normativo* y *norma jurídica*, advertimos que, en tanto el primero permanece inalterable a través del tiempo, la norma es esencialmente dinámica, puesto que su comprensión varía según el horizonte propio de las diversas personas que puedan interpretarlo. La interpretación se da dentro de un proceso dialéctico donde el horizonte del intérprete varía al intentar alcanzar el horizonte encapsulado en el texto normativo y, en forma pareja, éste también experimenta modificaciones por obra del intérprete. Este proceso dialéctico concluye con la fusión de ambos horizontes, dando nacimiento, de esta suerte, a la norma jurídica. Todo acto de interpretación resulta de una experiencia concreta, surge en un momento del tiempo, hállase sujeto a las coordenadas espacio-temporales. Trátase, en suma, de un dato histórico. Ello explica porqué no podemos hablar de interpretaciones definitivas. Nunca puede llevarse a luz, en forma total, la significación encerrada en un texto determinado. Cada época, cada individuo, van develando aspectos ignorados que, desde otras perspectivas, resultan poco menos que inaccesibles. De allí que el derecho se nos presente como algo esencialmente mutable, el cual, merced a la ineludible actividad interpretativa, entra en el campo de la productividad histórica.

⁴² LACLAU, Martín, *Soberanía y Estado de derecho*, op. cit., p. 183.