



Tesis para defender el título de Maestría en Ciencias Humanas
opción Filosofía Contemporánea

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS (PRINCIPIOS *DE* DERECHO)
a partir de la dialéctica Hart-Dworkin y otros aportes
PROYECCIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL**

Autor: Edgar J. Varela-Méndez

Tutora: Prof.^a Agd.^a Dr.^a Mgr.^a Gianella Bardazano

Montevideo, diciembre de 2.018

“...ac potius ignoratio iuris litigiosa est quam scientia.

Sed hoc posterius:nunc iuris principia videamus”¹

“El proceso de autointegración se funda en el concepto de principio jurídico.

Principio, como ya expresa la palabra misma, es algo que se contrapone a terminación (‘compimento’) y, por tanto, a la norma terminada o completa; es, en otras palabras, el pensamiento cuya formulación representa la norma”².

“...los principios generales no son, pues, algo que exista fuera del Derecho escrito, sino dentro del mismo, ya que se extraen sólo de las normas constituidas. Están dentro del derecho escrito, como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu o la esencia de la ley. Por ello son principios de Derecho positivo, no de derecho natural o de derecho histórico. La historia o la filosofía no son aquello de que se extraen, sino, eventualmente, aquello con que se extraen los principios generales, de las normas constituidas, es decir, medios para la interpretación de éstas. Semejan a los reactivos adoptados para poder extraer mejor la esencia”³.

¹ Cfr. Marco Tulio Ciceró: “De legibus”, libro I, VI; el destacado no está en el original

² Cfr. Francesco Carnelutti: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Bs. Aires, 1.944, T. I, pág. 127.

³ Cfr. F. Carnelutti: op. y t. cits., pág. 132.

ÍNDICE

	Págs.
Abreviaturas	7
Resumen	9
Abstract	10
Introducción:	13
I) Presentación. Aspectos generales.	13
II) El <i>status quaestionis</i>	17
III) Objetivos	27
IV) Metodología	27
Desarrollo:	29
I) El concepto de Derecho en Hart	29
II) El planteo polémico de Dworkin	45
III) La respuesta de Hart	49
IV) Los principios en Dworkin	61
a) en “Los derechos en serio”	61
b) en “El imperio de la justicia”	68
c) en “Justicia para erizos”	73
d) el extremismo de Dworkin	76
V) Alexy: la versión débil de una única respuesta correcta, los mandatos de optimización de los principios y el cumplimiento pleno de las reglas	80
VI) Atienza y Ruiz Manero: una versión autodenominada como mejorada de las concepciones del Derecho; distintos criterios de clasificación de los principios	85
VII) Aarnio y el enfrentamiento de las tesis fuerte y débil	91

en punto a la demarcación de reglas y principios	
VIII) Las consideraciones de Carrió relativas a la superación de la controversia Hart-Dworkin	93
IX) Las ideas de Nino y la carencia de significación teórica de la controversia Hart-Dworkin	96
X) Los aspectos a elucidar: planteo	98
XI) Reflexiones sobre Derecho, orden jurídico y moral	99
XII) La naturaleza de los principios	114
XIII) La diferencia entre reglas y principios	119
XIV) Principios implícitos y explícitos	125
XV) Resolución de conflictos entre reglas y principios	130
XVI) Eventuales conflictos entre principios	140
XVII) La proyección al proceso judicial	148
Conclusiones	159
Bibliografía	163

Abreviaturas

ADCU	Anuario de Derecho Civil Uruguayo
Rev. da F. de D. do Sul de Minas	Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Rev. de Pr.	Revista de Processo
Rev. D. Pr. Arg.	Revista de Derecho Procesal Argentina
Rev. D. Pr. Ib.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
Rev. Ib. D. Pr.	Revista Iberoamericana de Derecho Procesal
Rev. Mex. D. Pr.	Revista Mexicana de Derecho Procesal
Rev. U. D. Pr.	Revista Uruguaya de Derecho Procesal
Scia.	Sentencia
Trib. Apel.	Tribunal de Apelaciones
S.C.J.	Suprema Corte de Justicia

Resumen

A partir del desarrollo del movimiento codificador, se ubican dos dogmas: que el juez no crea derecho y que, sin posibilidad de excusarse, debe fallar siempre de acuerdo a derecho.

Estas dos soluciones sólo resultan compatibles si se establece otro dogma que es el de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Y las referencias a los principios, han sido la referencia para su sustento.

Los principios están, así, previstos en forma secundaria o argumentativa. Como elementos auxiliares a las reglas a los efectos de la decisión.

No obstante, existe, en el empleo del término principio, una gran ambigüedad. No sólo no se contemplan los requerimientos propios del vocablo, sino que el mismo y en forma promiscua, y muchas veces en el mismo autor, alude tanto a principios cuanto a líneas directrices y de política legislativa.

Hasta hace algunos años, y eso se advierte en las distintas opiniones que han sido relacionadas en las precedentes consideraciones, se oponía la voz “normas” a la voz “principios”.

Más recientemente, los autores utilizan el término normas como género, del cual reglas y principios son especies.

No obstante, es del caso precisar que no hay entre ambos una diferencia fuerte o de calidad, sino débil, en base a la generalidad de los principios frente a la mayor especificidad de las reglas y el carácter argumentativo de aquellos.

Afirmada la separación entre las nociones de derecho y de moral, cabe concluir que los principios tienen naturaleza positiva, de reglas, ya sean los específicos –que comportan reglas- o los implícitos –que se derivan por inducción o deducción de las reglas y cuya utilización debe motivarse y fundarse especialmente.

En supuestos de contradicción entre reglas y principios, han de ser priorizadas las reglas.

Si la contradicción es entre principios, ha de prevalecer aquél más específico sobre el más general o abarcativo.

La doctrina y la legislación procesales no son ajenas a la ambigüedad señalada y a incluir bajo el *nomen iuris* de principios, reglas técnicas, directrices, orientaciones políticas y hasta normas sustantivas.

Palabras clave: *principia*, principios, reglas, jurídicos, normas.

Abstract

Two new principles have been established since the codification movement: one that the Judge does not create the law, and another one, that he is bound to try a case according to the law, without excusing himself.

These two rules can be balanced with the establishment of another principle which is the fullness and coherence of the system of Law. And the reference to their basis has been the reference to said principles.

The principles are established in an argumentative and secondary way as secondary elements to the rules so as to reach the decision.

However, there is great ambiguity in the use of the term “principle”. Not only does it entail the requirements of the term itself, but also, in a confusing way, the same author refers to both, the principles, and guidelines or legislative policy.

Until some years ago, the term “rules” were opposed to “principles”, and this can be perceived in the different related opinions in the abovementioned statements. Most recently, authors use the term rules as the genre out of which the principles are species

Notwithstanding, it is worth-noting that there is no major or qualitative difference between them, but a slight one, based on the generality of the principles in contrast to the specificity of the rules and the argumentative feature of the former.

Once established the distinction between the concepts for law and moral, it can be concluded that principles have a legally-made nature, as rules, being those the specific ones -that constitute rules- or the implied ones -that stem from the rules either by implication or by inference, which use should be specifically grounded. In case of inconsistency between rules and principles, rules shall prevail.

If inconsistency takes place between principles, the more specific one shall prevail over the more general one.

Both procedural scholars and procedural legislation are aware of the abovementioned ambiguity and of the inclusion of technical rules, guiding principles, political guidelines, and even substantive rules under the name of principles.

Key words: principia, principles, legal rules and rules.

INTRODUCCIÓN

I) Presentación

Aspectos generales

1.- Al comenzar el análisis del tema propuesto, el diálogo de Platón se hace presente:

Menón: “¿ Y de qué manera vas a investigar, Sócrates, lo que no sabes en absoluto qué es? Porque ¿qué es de lo que, entre otras cosas que no sabes vas a proponerte como tema de investigación? O aún, en el caso favorable de que lo descubras ¿cómo vas a saber que es precisamente lo que tú no sabías?

Sócrates: “Ya entiendo lo que quieres decir Menón. ¿Te das cuenta del argumento polémico que nos traes, a saber, que no es posible para el hombre investigar ni lo que sabe ni lo que no sabe? Pues no sería capaz de investigar lo que sabe, puesto que lo sabe y ninguna necesidad tiene un hombre así de investigación, ni lo que no sabe, puesto que ni siquiera sabe qué es lo que va a investigar”^{4 5}.

2.- Porque el aludir a los “principios”, “principios jurídicos”, “principios generales de derecho” u otras denominaciones similares y de idéntico contenido, es harto frecuente en la aplicación (interpretación e integración) del Derecho⁶.

Como enseña Guastini: *“Insomma, non c'è interpretazione senza applicazione. Anche l'interpretazione dottrinale è sempre rivolta alla soluzione di casi concreti, sebbene non a casi reali, ma a casi imaginari. Paradossalmente, dunque, non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina 'applica' il diritto”*. Y más adelante: *“Il vocablo 'interpretazione' soffre della típica ambiguità proceso-*

⁴ Cfr. Platón: “Menón o de la virtud”, en “Diálogos”, Ed. Porrúa S. A., México, 1.979, págs. 205-228, esp. pág. 213.

⁵ Enseña Aristóteles: “... puesto que, al igual que en las ciencias, al que ignora qué es el objeto de la ciencia que estudia, no le es fácil llegar a saber en qué cosas se consigue dicho objeto y de qué manera. Por otra parte, tampoco debemos pasar por alto lo que otros, si los ha habido, hayan podido decir acerca de ella” (cfr. Aristóteles: “Gran ética”, trad. de Francisco De P. Samaranch, Aguilar, Bs. Aires, 1.964, Cap. I, pág. 28). Y Hillman: “Por lo general se nos enseña a escribir sobre lo que en realidad conocemos, pero ¿no es precisamente lo que no conocemos lo que nos atrae hacia las profundidades?” (cfr. James Hillman: “Un terrible amor por la guerra”, trad. de Juan Luis De La Mora, Sextopiso, Madrid, 2.010, pág. 27).

⁶ Enseña Couture: “No obstante las diferencias que la doctrina ha venido acentuando desde el siglo pasado, no existe una diferencia de esencia sino de extensión entre las actividades llamadas de interpretación y de integración de la ley” (cfr. Eduardo J. Couture: “La enseñanza de Chiovenda sobre interpretación de las leyes procesales”, en Rev. D. Pr. Arg., 1.947, págs. 514-527, esp. pág. 523).

prodotto: è usato a denotare, secondo i contesti, ora un'attività, ora il suo risultato. Quando si dice, poniamo, che l'applicazione presuppone l'interpretazione, ci si riferisce al prodotto di un'attività interpretativa, non all'attività interpretativa stessa"⁷.

3.- Ya que, como señala Gadamer: "La ley en tanto que estatuto o constitución necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica y esto significa, a la inversa, que toda aplicación práctica lleva ya implícita la interpretación"⁸.

Y al referir a interpretación jurídica se alude, como enseña Vernengo: "... a varias relaciones que son isomórficas: la relación entre dos textos generalmente normativos; la relación entre una situación de hecho y la norma que se aplique; la relación entre una situación dada y la nueva situación que se produzca mediante la actividad normativa de interpretar, etc. No hay razón para pensar que estas diversas relaciones sean ni siquiera similares. Por ende, la teoría de la interpretación, en derecho, ha sido desde siempre un terreno polémico donde no existe suficiente claridad sobre los problemas teóricos en juego, sin discernirse las diferentes consecuencias prácticas que los presupuestos teóricos inducen"⁹.

Y hay, afirma Mazzarese, pluralidad de concepciones antagónicas entre los juristas, del proceso interpretativo¹⁰.

3.- No es tema menor que, a veces la expresión "interpretación de la Ley" (entendida en sentido amplio), se contrapone a la interpretación del Derecho no escrito. Para muchos autores, el objeto de la interpretación jurídica viene constituido únicamente por las normas legisladas, aquéllas que gozan de una formulación dotada de autoridad que es precisamente la que debe ser interpretada. Para otros, en cambio, también son objeto de interpretación las otras fuentes del Derecho (precedentes de jurisprudencia y costumbre), como refiere Lifante Vidal. Quien agrega que la

⁷ Cfr. Riccardo Guastini: "Saggi scettici sull'interpretazione", G. Giappichelli editore, Torino, 2.017, págs. 15 y 19.

⁸ Cfr. Hans-Georg Gadamer: "Verdad y método II", trad. de Manuel Olasagasti, Ed. Sígueme, Salamanca, 1.992, pág. 333.

⁹ Cfr. Roberto J. Vernengo: "Interpretación del Derecho", en AA.VV.: "El derecho y la Justicia", Trotta, Madrid, 2.000, págs. 238-265, esp. pág. 241.

¹⁰ Cfr. Tecla Mazzarese: "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Doxa 23 (2.000), págs. 597-631, esp. pág. 611.

expresión “interpretación del Derecho” estaría ligada a una concepción premoderna de la interpretación y con ella se haría referencia a la operación de encontrar la regulación jurídica para un determinado comportamiento o conflicto, operación que ha sido concebida históricamente de dos modos distintos: teniendo por objeto la entidad Derecho, o teniendo como objeto los documentos que constituyen las fuentes de conocimiento del Derecho ¹¹.

4.- La existencia del hombre como ser que vive en sociedad, la convivencia humana, motiva que se generen situaciones de queja, estados insatisfactorios o sentimientos de injusticia.

Esos estados insatisfactorios –derivados de la comparación entre lo que el sujeto considera que le atribuye el orden jurídico y la realidad-, deben ser solventados, evitando el riesgo para la paz –derivado de la no solución del conflicto- y la justicia –si la solución resultara arbitraria-.

La exclusión del estado insatisfactorio, pretendida ante o asumida por los tribunales, es el objeto del proceso judicial, que debe lograrla mediante la aplicación del derecho.

Pero no siempre la simple ocurrencia a las reglas permite dar solución y entonces, a efectos de la aplicación del derecho, ha de ocurrirse a los principios.

Éstos ingresan así, junto con las reglas en esa aplicación.

5.- Apuntando que el modelo dogmático se encuentra declinante (“...agonizante en el plano teórico, no deja de sorprender la sobrevida que aún conserva en la práctica jurídica”), Vigo plantea la interpretación jurídica con inclusión del recurso a los principios jurídicos¹².

Y Zagrebelsky expresa que a los criterios gramatical, histórico, lógico y sistemático, se añaden hoy otros, entre los que incluye la comparación de los principios jurídicos¹³.

Y hasta se postula una “jurisprudencia principista”¹⁴.

¹¹ Cfr. Isabel Linfante Vidal: “La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.999, págs. 41-42.

¹² Cfr. Roberto Luis Vigo: “Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1.999, págs. 14 y 20.

¹³ Cfr. Gustavo Zagrebelsky: “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2.011, pág. 135.

Los principios tienen, en opinión de Larenz, así, una función positiva y una función negativa. La positiva consiste en el influjo que ejercen en las sucesivas decisiones, y, de este modo, en el contenido de las regulaciones que tales decisiones crean. La negativa consiste en la exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre estos valores¹⁵.

6.- Lo que impone determinarlos, de modo que no sean confundidos con reglas técnicas o directrices –que no han de seguirse para la aludida aplicación-, advertir la eventual colisión entre ellos –y no entre ellos y reglas técnicas que no tienen la misma relevancia- y procurar las vías de ponderación entre los que –por lo menos aparentemente- colidan.

7.- El tema se sitúa en el campo de la epistemología jurídica, en la medida que se trata de abordar el estudio de un debate respecto a la demarcación del objeto de la ciencia jurídica, expresado en la distinción entre reglas y principios. Al interior del positivismo jurídico la distinción entre reglas y principios es el centro de tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, cuya corrección, precisamente, aparece cuestionada por la concepción del derecho como integridad sostenida por Dworkin. Al interior del positivismo jurídico –si bien con diferencias entre sus corrientes internas-, la existencia y contenido del Derecho dependen de hechos sociales. A su vez, la validez jurídica no implica la validez moral, ni la validez moral determina la validez jurídica. Contra la tesis de las fuentes sociales antes mencionada, Dworkin entiende que los principios, en tanto estándares aplicables jurídicamente, aunque no se originan en un hecho social (su validez no depende de su *pedigree*) son jurídicamente válidos, precisamente por su validez moral.

Como bien enseña Portela: “Y esa reducción del Derecho a pura norma (alude a la postura de Hart), es el blanco de las críticas de uno de los más originales positivistas contemporáneos: Ronald Dworkin. Pero este autor parece ejercer lo que bien podría llamarse un ‘positivismo crítico’”^{16 17 18}.

¹⁴ Cfr. Leslie Van Rompaey: “Hacia una jurisprudencia principalista”, en *Judicatura*, N° 43, págs. 159-167, *passim*.

¹⁵ Cfr. Karl Larenz : “El derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2.001, pág. 33.

¹⁶ Cfr. Jorge Guillermo Portela: “La justicia y el derecho natural”, EDUCA, Bs. Aires, 2.016, pág. 191.

II) El *status quaestionis*

1.- Con acierto expresan Atienza y Ruiz Manero, que uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas – escriben en 1.991- es sin ninguna duda el de los principios, al punto de conformar lo que denominan: “... una polémica que en muchos aspectos se ha vuelto ciertamente espesa”¹⁹.

Con una conceptualización que dista de ser unívoca.

2.- Aristóteles establece a qué debe llamarse principios: 1) el extremo de una cosa a partir del cual puede uno comenzar a moverse, 2) aquello a partir de lo cual cada cosa puede realizarse, 3) y lo primero a partir de lo cual se hace algo, siendo aquello inmanente en esto, 4) y lo primero a partir de lo cual se hace algo, no siendo aquello inmanente, 5) y aquello por cuya voluntad se mueve lo que es movido y cambia lo que es cambiado y 6) lo primero a partir de lo cual la cosa resulta cognoscible²⁰. Y su vínculo con el pensamiento filosófico: “El pensamiento filosófico o sabiduría es un compuesto de pensamiento científico y de intuición. Está primeramente relacionado con los principios, y luego con las verdades que nosotros demostramos, con ayuda de ellos; las cuales son, de hecho, el objeto de la ciencia. Así, pues, en cuanto el pensamiento filosófico está en relación con los principios, participa de la intuición; y en cuanto está en relación con lo que puede demostrarse por medio de ellos, participa del conocimiento científico”²¹.

¹⁷ En la misma línea de Portela apunta Carrió: “...permiten afirmar que Dworkin no es menos positivista que Hart, ya que también argumenta que no toda norma de derecho positivo es una regla moral y que, a la inversa, no toda norma moral es una regla de derecho positivo” (cfr. Genaro R. Carrió: “Dworkin y el positivismo jurídico”, en “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 2.011, págs. 319-371, esp. pág. 339).

¹⁸ Vigo por su parte, concluye en una inequívoca filiación iusnaturalista de la teoría dworkiana; como el panorama de las escuelas iusnaturalistas es, según expresa, amplio y desconcertante, lo incluye en el iusnaturalismo deontológico, pero agrega que es también constructivista (cfr. R. L. Vigo: “El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin”, en Anuario Jurídico, UNAM, México, 1.988, págs. 295-332, esp. pág. 330). Por su parte, Pérez Jaraba, siguiendo a García Figueroa, lo indica como representante del no principismo principalista, como réplica al positivismo jurídico (cfr. María Dolores Pérez Jaraba: “Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, en Revista de Estudios Jurídicos Nº 10/2.010, segunda época, Universidad de Jaén, págs. 1-24, esp. pág. 2).

¹⁹ Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Sobre principios y reglas”, *Doxa* 10 (1.991), págs. 101-120, esp. págs. 101-102.

²⁰ Cfr. Aristóteles: “Metafísica” Libro Quinto, Capítulo Primero, 1013^a, trad. de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 2.013, págs. 209-211.

²¹ Cfr. Aristóteles: “Gran ética”, cit., Libro I, cap. XXXIV, pág. 122.

Los mismos Atienza y Ruiz Manero, indican diversos sentidos de “principio jurídico”: a) principio en el sentido de norma muy general, b) principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, c) principio en el sentido de norma programática o directriz, d) principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, e) principio en el sentido de norma particularmente importante, f) principio en el sentido de norma de elevada jerarquía, g) principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación que les señala el modo de proceder, y h) principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, enunciado o máxima que permite la sistematización de un ordenamiento²².

Advierte Ruiz Manero²³, que parece que el uso central de la expresión “principios” hace referencia a dos acepciones: 1.- principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un determinado ordenamiento, sector del mismo o institución y 2.- en el sentido de norma programática o directriz. Y afirma que parece razonable definir principio en sentido estricto, el primero de los sentidos relacionado.

Y Carrió alude a múltiples significados del sintagma principio jurídico²⁴. Indica que presentan las siguientes características: 1) presuponen la existencia de otras reglas y refieren a ellas, son pautas, pues, de segundo grado, 2) se dirigen a quienes se encuentran en situación de justificar en concreto decisiones con base en las reglas de primer grado, 3) proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan, y 4) exhiben un cierto grado de relativa indiferencia de contenido. Además de ese primer significado, 1), que denomina uso, también se emplea la expresión con los siguientes: 2) para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico, 3) para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema, 4) para referirse a la *ratio legis* o *mens legis*, 5) para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo, 6) para identificar ciertos requisitos formales que todo orden jurídico debería satisfacer, 7) para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que

²² Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero: op. cit., págs. 104-105. Su posición será objeto de análisis *in posterum*.

²³ Cfr. J. Ruiz Manero: “Principios jurídicos”, en AA. VV.: “El Derecho y la Justicia”, Ed. Trotta, Madrid, 2.000, págs. 149-159, esp. pág. 152.

²⁴ Cfr. G. R. Carrió: “Un significado de la expresión ‘principio jurídico’” y “Otros significados de la expresión ‘principios jurídicos’”, en op. cit., págs. 203-208 y 209-212 respectivamente; *passim*.

sólo tienen un carácter meramente exhortatorio, 8) para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas, 9) para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica. Por último, dos están vinculados a corrientes de pensamiento que aun dadas por difuntas, siguen muy activas: 10) como fuente generadora que sigue engendrando reglas, tributo a la Escuela Histórica del derecho, 11) para aislar enunciados que derivan de una enigmática esencia de conceptos jurídicos considerados como entidades, influencia de la Jurisprudencia de conceptos.

Canale expresa: *“Per 'principi` intenderemo le norme (1) che operano nel ragionamento pratico al modo di ragioni ultime, (2) la cui formulazione è genérica, nel senso che non enumera tutti i casi ai quali la norma si applica, e (3) che richiedono di essere specificate per esprimere direttive di condotta in un contesto d'azione”*²⁵.

3.- Expresa Álvarez Gardiol que los presocráticos atribuían el concepto de “principio” a aquello de lo cual derivaban las otras cosas, de donde “principio” estaba vinculado a la idea de “fundamento de realidad”. Pero, continúa, además de mostrar la realidad y afirmar, como los presocráticos que ella es el principio de todas las cosas, se puede intentar buscar una razón o causa a partir de la cual las cosas son lo que son y, en esta posición, el “principio” no juega como fundamento de realidad de las cosas, sino que arbitran como fundamento de razón, que serían los rudimentos de lo que luego se estructurará como los “principios del ser” y los “principios del conocer”, que constituyen, en análisis originario, la base del realismo o del idealismo según se de prioridad a uno o a otro.

Y destaca: “Si trasladamos esta cuestión al plano de una determinada porción de saber –como podría ser el jurídico- si un conocimiento determinado tiene uno o varios ‘principios’, éstos sin duda lo serán, sólo en la medida que no existan otros en los cuales aquellos puedan subsumirse, de donde admitiríamos que una determinada porción de saber tiene principios, sólo en tanto puntos de partida absolutos, no dependientes de ningún otro.

²⁵ Cfr. Damiano Canale: “Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale”, Editore Laterza, Roma, 2.017, pág. 42 nota 7.

“Si ello es así, esos puntos de partida, pueden funcionar en ámbitos determinados o poseer diferentes naturalezas y de esa forma podríamos distinguir ‘los principios lógicos’ como el de identidad o de contradicción, y los principios normativos que puedan o no formar parte de los respectivos sistemas jurídicos, como normas enunciadas puestas o no en cada derecho positivo nacional, pero que gravitan en la decisión, funcionando como pautas integradoras o como exigencias axiológicas que sirven de inspiración a las prescripciones de cada ordenamiento”²⁶.

4.- Los principios son tales en la medida en que no existan otros en los cuales puedan subsumirse; son puntos de partida absolutos no dependientes de ningún otro; son enunciados lógicos extraídos de la ordenación sistemática y coherente de un ordenamiento que conforman la armazón lógica del mismo. Se originan o extraen de una armonización sistemática de los textos. Son de naturaleza normativa. No pueden ser confundidos con reglas técnicas o directrices. No lo son todos los que alguna doctrina incluye ni los que así son aludidos en los textos legales.

Pero, al analizar los distintos “principios” –cuyo número varía entre los distintos autores, algunos de los cuales hipertrofian su elenco²⁷-, parecen advertirse inconsistencias: a) algunos autores refieren a principales o generales, consecuenciales, subconsecuenciales y hasta subsubconsecuenciales, lo que es

²⁶ Cfr. Ariel Álvarez Gardiol: “Manual de Introducción al Derecho” (cursos de doctorado), Ed. Juris, Rosario, 1.995, págs. 229-230.

²⁷ Chiovenda reconoce dos –igualdad de las partes, economía- (cfr. Giuseppe Chiovenda: “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1.935, vol. I, pág. 91 y “Principios de Derecho Procesal Civil”, trad. de José Casais y Santaló, Reus S. A., Madrid, 1.977, T. I, pág. 170), como lo destaca Couture (cfr. E. J. Couture: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Bs. Aires, 1.966, pág. 182); Couture releva nueve –igualdad, disposición, economía, probidad, publicidad, preclusión, concentración, intermediación, oralidad- (cfr. E. J. Couture: op. cit., págs. 183-200); Millar incluye ocho –bilateralidad de la audiencia, presentación por las partes e investigación judicial, impulso del proceso por las partes e impulso judicial, orden consecutivo, preclusión y acumulación eventual, prueba formal y prueba racional, oralidad y escritura, intermediación y mediación, publicidad y secreto- (cfr. Robert Wyness Millar: “Los principios formativos del procedimiento civil”, trad. de Catalina Grossman, Ediar S. A., Bs. Aires, 1.945); Alvarado Velloso relaciona cinco –imparcialidad del juzgador, igualdad de las partes litigantes, transitoriedad del proceso, la eficacia de la serie procedimental y la moralidad en el debate- (cfr. Adolfo Alvarado Velloso: “Sistema procesal. Garantía de la libertad”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2.009, T. I, págs. 339-346); Devis Echandía, aun cuando afirma: “Es decir, actualmente no debe hablarse de un Derecho Procesal Civil, de otro Penal, de otro Laboral o de otro Contencioso-Administrativo, sino de un único Derecho Procesal integral”, enuncia treinta y tres (!) principios para el Derecho Procesal Penal (cfr. Hernando Devis Echandía: “Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal”, en Rev. D. Pr. Ib. –España-, 1.982, N° 4, págs. 537-606, esp. pág. 538 y *passim*) y para el proceso civil relaciona diez principios fundamentales del Derecho Procesal y catorce principios fundamentales del procedimiento (cfr. H. Devis Echandía: “Nociones generales de Derecho Procesal Civil”, Aguilar, Madrid, 1.966, págs. 47-67).

incompatible con el concepto de principio²⁸; b) se expresa que son bifrontes (algunos autores siguen a Peyrano que los refiere al dios Jano²⁹) –esto es, que reconocen o admiten su contrario- y entre los principios sostenidos, *nemine discrepante*, por la doctrina, se alude a la imparcialidad del juzgador³⁰ y no parece que ni siquiera al que asó la manteca, se le haya ocurrido promover como principio... la parcialidad del juzgador³¹; c) se incluyen en el elenco de principios, lo que en puridad no son sino reglas técnicas, *v. gr.*: oralidad-escritura en los actos procesales, que se proponen además como opuestos cuando en puridad no lo son, porque pueden sucederse en distintas etapas del proceso –unas escritas y otras orales-³².

5.- En la Argentina, y en sentido similar, Alvarado Velloso³³, distingue entre principios –líneas directivas fundamentales que deben imprescindiblemente ser respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema- y reglas técnicas del debate procesal –que se presentan siempre en forma antagónica, binaria o como pares antinómicos, que se relacionan con el medio de expresión en el proceso, con sus formalidades, con su coste y rapidez de solución, con su publicidad, con el orden de la discusión, etc.-.

“Lo que seguramente no resulta racional es, por un lado, la ‘inflación` de principios que (como la moneda) cuanto más se emite, menos valor expresan, y por

²⁸ Cfr. Jorge Walter Peyrano: “El proceso civil. Principios y fundamentos”, Astrea, Bs. Aires, 1.978, págs. 42-44. Es seguido por autores como Enrique Vécovi *et. al.*: “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado”, T. 1, Ábaco, Montevideo, 1.992, págs.50-51.

²⁹ Cfr. J. W. Peyrano: *op. cit.*, págs. 36-37.

³⁰ La imparcialidad del juzgador resulta de esencia al concepto de debido proceso. Este concepto se escinde en dos manifestaciones: la imparcialidad estructural y la imparcialidad funcional. Es imparcialidad estructural el hecho de ser ajeno a los intereses específicos del objeto del proceso (*nemo iudex in causa propria*). La imparcialidad funcional es, en relación a las partes, negativa por un lado, en cuanto debe prescindir de los sujetos y atenerse a los resultados objetivos de sus actividades; y positiva, en cuanto, liberada su conducta de toda traba subjetiva, debe otorgar a cada actividad su máximo de posibilidades, ya provenga de uno u otro interesado. De ahí que la imparcialidad funcional pueda calificarse como objetividad y dar lugar a un deber de objetividad.

³¹ Cuando se sospecha la existencia de algún vínculo –objetivo o subjetivo- susceptible de alterar la imparcialidad, el Derecho Procesal impone al juzgador ya sea apartarse, solicitar su derecho de abstención y a las partes el derecho a recusarlo.

³² Lo propio con publicidad y reserva (de las actuaciones): hay procesos en que se disponen medidas reservadas, como por ejemplo, medidas cautelares en el proceso civil e instructorias –que también son cautelares- en el proceso penal. Pero esa reserva se proyecta en reserva inmediata y publicidad posterior; otros procesos pueden ser reservados para terceros –*v. gr.* público- pero no para las partes; etc.

³³ Cfr. A. Alvarado Velloso: “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2.011, págs. 208-221.

otro, la mezcla de auténticos principios-valores con principios de otra naturaleza, por cuanto, ello ‘rebaja’ la calidad del conjunto”³⁴.

6.- En punto a la proliferación de “principios”, frente al proceso penal Montero Aroca señala: “Es evidente que de verdaderos principios debería hablarse solamente con relación a aquellos que hacen a la esencia del proceso, los que llevan a que el proceso penal sea lo que es y no otra cosa, mientras que debería hablarse de reglas conformadoras respecto de lo accidental de ese proceso. Estaríamos así siendo rigurosos con la terminología, pero el caso es que después de siglos de hablar de principios del proceso penal, mezclando verdaderos principios y reglas conformadoras, el intento de rigor en la terminología podría llevarnos más bien a confundir al lector. Quede, con todo, hecha la advertencia”³⁵.

7.- En el proceso civil, y haciendo propicia la oportunidad de la reciente reforma procesal brasileña, se ha expresado: “*Que há um ‘excesso’ de principios explícitos no direito como um todo, inclusive no novo CPC, não há por que duvidar*”³⁶.

Y: “*Com a chegada no novo CPC, pude perceber que o legislador se preocupou, talvez em excesso, a positivar princípios, ou seja, a elencar, no novo texto legal, quais seriam os princípios aplicáveis ao sistema processual... E preciso deixar registrado, desde já, que a doutrina e a jurisprudência de nosso país costumam enxergar princípios onde eles não estão, ora se referindo a valores éticos (princípio da lealdade), ora a simples regras (princípio da sucumbência), mas raramente utilizando um critério verdadeiramente científico para encontrar esses princípios...*”³⁷.

8.- En ese mismo sentido, Streck destaca: “*Veja-se, nesse sentido, parte do incontável (e incontrolável) elenco de ‘princípios’ utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina –a maioria deles com nítida pretensão*

³⁴ Cfr. Oscar Sarlo, Darío Burstin, Serrana Delgado, Leandro Francolino, José Gabriel Gómez Leiza y Guzmán Rodríguez Carrau: “La era de los principios: entre compromiso moral y retórica vacía. Análisis teórico y usos discursivos en el Derecho uruguayo”, FCU, Montevideo, 2.018, pág. 100.

³⁵ Cfr. Juan Montero Aroca: “Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón”, Astrea-Tirant lo Blanch, Bs. Aires, 2.016, pág. 14 en nota.

³⁶ Cfr. Cassio Scarpinella Bueno: “Prefácio”, en “Marcelo José Magalhães Bonicio: “Princípios do processo no novo Código de Processo Civil”, Saraiva, São Paulo, 2.016, pág. 12.

³⁷ Cfr. M. J. M. Bonicio: op. cit., págs. 15-16.

retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma”. Y más adelante: “Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento 'criativo' de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo 'convenientemente' o nome de 'princípios', os quais, reconhecido, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar”³⁸.

No contribuye a solventar la problemática, la incorporación en los Códigos rituales de textos que se rotulan como principios, porque parece claro que el nombre no hace a la cosa y registran, la más de las veces, directrices o reglas técnicas y no incorporan, en la lista, algunos que sí lo son. Obviamente: el rótulo o etiqueta no cambia la naturaleza³⁹.

9.- Complica aún más el panorama el “neoconstitucionalismo”. Sobre el dogma de la división de poderes, entre otros, se articuló el Estado de Derecho Liberal. Ese principio de organización garantiza que los derechos de la libertad sólo limitadamente podrán ser restringidos por el estado; para tal finalidad, la división permite establecer frenos y controles recíprocos. La libertad reside y se expresa en la legalidad, como regularidad externa para la elaboración de las leyes y en la formación de las demás decisiones del estado, la legalidad, en suma, una técnica, toma el lugar de la legitimidad. Los neoconstitucionalistas afirman que la legalidad no puede sustituir la legitimidad y dejando de lado la división de poderes, intentan acorazar, por medio de una manufacturación incesante de principios y valores, referidos a los derechos humanos, que tienen como principal actor ahora, al juez activista^{40 41}.

³⁸ Cfr. Lenio Luiz Streck: “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, en AA.VV.: “Garantismo, hermenéutica e (neo) constitucionalismo, um debate com Luigi Ferrajoli”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.012, págs. 59-94, esp. págs. 65 y 67.

³⁹ Cuando no se encuentran regulaciones contradictorias, como proclamar la intermediación –contacto directo del juzgador con los elementos subjetivos y objetivos del proceso- y se habilita a realizar inspecciones judiciales... al Alguacil de la sede judicial (artículos 8 y 186 respectivamente, del Código General del Proceso, República Oriental del Uruguay).

⁴⁰ Cfr. Luis M^a. Bandieri: “El entierro de Montesquieu”, en Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional, UCA, Bs. Aires, 2.014, págs. 75-101, esp. págs. 77-78.

⁴¹ Neoconstitucionalismo que pretende ser una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista (cfr. L. Ferrajoli: Constitucionalismo principialista y

No obstante es menester precisar que desde Italia, la Prof.^a Pozzolo, quien contribuyó al empleo del término “neoconstitucionalismo”, destaca “... la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución” y que “El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral” y “Pero, quizás, el neoconstitucionalismo no ha decidido todavía si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas cosas. Pero esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, si no otra cosa, un constitucionalismo ambiguo”^{42 43}. Línea de opinión adecuadamente criticada en la doctrina vernácula, por Gamarra⁴⁴.

10.- Por otra parte, la circunstancia que haya un elenco de principios, reconocidos en forma expresa y articulados en los cuerpos normativos, no hace que los reconocidos (explícitos) pierdan su calidad de tales. Su regulación legal no impide ubicar otros (implícitos) por parte de los especialistas⁴⁵.

Como apuntara Couture⁴⁶ en oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.

Ruiz Manero significa al respecto que es una distinción relevante la que media entre principios explícitos –esto es, expresamente dictados por una fuente de producción jurídica- y principios implícitos –los extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, como racionalización de las mismas-⁴⁷.

11.- El problema se ubica desde un punto de vista, en la polémica entre concepciones positivistas (*light o soft*) como la de Hart y posiciones que más que iusnaturalistas son positivistas críticas –como bien destaca Portela *sicut supra*

constitucionalismo garantista”, trad. de Nicolás Guzmán, DOXA, 34, 2.012, págs. 15-53, esp. pág. 16).

⁴² Cfr. Susanna Pozzolo: “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de Miguel Carbonell, en AA. VV.: “Neoconstitucionalismo(s)” (ed. De Miguel Carbonell), Trotta; Madrid, 2.009, págs. 187-210, esp. págs. 187 y 202.

⁴³ La misma afirmación en punto a la ambigüedad refiere Atienza (cfr. Manuel Atienza: “Filosofía del Derecho Transformación Social”, Trotta, Madrid, 2.017, pág. 117).

⁴⁴ Cfr. Jorge Gamarra: “Neoconstitucionalismo Código y Ley Especial”, FCU, Montevideo, 2.012, págs. 5-24 *passim*.

⁴⁵ Cfr. A. Álvarez Gardiol: op. cit., pág. 231; J. W. Peyrano: op. cit., págs. 44-46.

⁴⁶ Cfr. E. J. Couture. “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Depalma, Bs. Aires, 1.978, T. III, pág. 182.

⁴⁷ Cfr. J. Ruiz Manero: op. cit., pág. 152.

scripsi- o moralistas como la de Dworkin; más los intentos formalizados por Nino y Carrió de superar diferencias que no consideran extremas⁴⁸.

12.- Desde otro punto de vista y quizás ignorando la noción de principio, la doctrina procesal ha seguido líneas que son poco precisas y no resultan determinantes.

En algún caso, la definición es asaz vaga: "... son construcciones normativas jurídicas de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un proceso civil dado; no excluyentes, en general, de sus antítesis lógicas o de las consecuencias de éstas; que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ellas so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta, es decir, en el ámbito del proceso" (Peyrano⁴⁹).

Otro autor afirma que son fórmulas que sintetizan el modo principal de ser y de funcionar del proceso que se consagra (Gelsi Bidart⁵⁰).

En otra opinión son: "las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal" (Palacio⁵¹).

Y aun: "... son los fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran necesariamente escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales, en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse" (Klett⁵²).

⁴⁸ Sin ingresar, no obstante, hasta por razones de espacio, en la polémica planteada entre ellos: cfr. G. R. Carrió: "Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)", en op. cit., págs. 375-401; Carlos Santiago Nino: "Hay deberes y 'deberes': respuesta a Carrió", en "La validez del Derecho", Astrea, Bs. Aires, 2.012, págs. 209-221.

⁴⁹ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., pág. 40.

⁵⁰ Cfr. Adolfo Gelsi Bidart: "Orientación general del Código y principios del proceso", en AAVV: "Curso sobre el Código General del Proceso" (Instituto Uruguayo de Derecho Procesal), T. I, FCU, Montevideo, 1.989, págs. 9-19, esp. pág. 14.

⁵¹ Cfr. Lino Enrique Palacio: "Derecho procesal Civil", T. I, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1.979, pág. 250.

⁵² Cfr. Selva A. Klett: "La vigencia de las nuevas normas y los procesos en trámite", en AA.VV: "Curso sobre el Código General del Proceso...", op. y t. cits., págs. 21-37, esp. pág. 33.

“Soluciones preponderantes respecto de problemas técnicos, o sea, de opciones que efectúa el legislador entre uno u otro modo de resolver un problema” (Barrios De Ángelis⁵³).

Cuando no, como se expresara *ut retro* aludir a algunos “principios” que serían consecuenciales, subconsecuenciales y aun subsubconsecuenciales...

No hay precisión conceptual pues y por inercia o por comodidad, se han seguido utilizando esos criterios.

13.- Quizás ello obedezca a considerar, como lo hace Canale, a las reflexiones de Filosofía del Derecho como pertenecientes a una disciplina “...*spesso relegata al rango di orpello culturale nella formazione del giurista...*”. ... “*L’assumere un punto de vista filosófico sul diritto si ridurrebbe a fornire informazioni circa l’evoluzione del pensiero giuridico...*”. Frente a ello postula: “*Essa può essere concepita come un discorso che rende esplicito cioè che è implícito in una norma giuridica, nella sentenza di un giudice...*”. “*...può essere cioè intesa come un tentativo di interrogare il tempo in cui viviamo mediante l’elaborazione di concetti e ragionamenti ...*”⁵⁴.

En similar sentido se pronuncia Vigo⁵⁵.

14.- Y tomando debida cuenta de las afirmaciones de Ferrajoli: “... la teoría del derecho no nos dice ‘cuales son` los principios jurídicos incorporados a cada ordenamiento, algo que sólo la dogmática jurídica relativa al ordenamiento estudiado puede decirnos. Ni nos dice ‘cuales deben ser` tales principios, algo que corresponde a una filosofía de la justicia. Se limita a asumir y a definir conceptos, a establecer distinciones entre los mismos, a desarrollar sus implicaciones y, por consiguiente, a analizar la forma lógica y la estructura normativa que, allí donde entren en juego tales conceptos, son siempre propios de los fenómenos jurídicos”⁵⁶.

⁵³ Cfr. Dante Barrios De Ángelis: “Introducción al proceso”, Idea, Montevideo, 1.980, pág. 41.

⁵⁴ Cfr. D. Canale: op. cit., págs. VI-IX.

⁵⁵ Cfr. R. L. Vigo: “Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2.015, págs. 148-150.

⁵⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli: “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Ed. Trotta, Madrid, 2.016, pág. 31.

III) Objetivos

- 1.- Realizar un estudio acerca de las fundamentaciones sobre la validez jurídica de los principios.
- 2.- Analizar las distintas caracterizaciones de los principios en el ámbito de la doctrina procesal.
- 3.- Elucidar si el concepto de principio empleado por la doctrina procesal es coherente con dicho concepto en la teoría del derecho.
- 4.- Distinguir si se trata de principios o reglas técnicas o si tienen otro contenido o naturaleza.
- 5.- Analizar los conflictos entre principios y entre reglas y principios.

IV) Metodología

1.- La tesis tiene una pretensión fundamentalmente exploratoria del estado de la reflexión filosófica de los principios y descriptiva de la presencia o grado de recepción en la doctrina y en la legislación procesal, dado que, como expresa Rogers: “... un conocimiento auténtico se adquiere con mayor facilidad cuando está vinculado a situaciones que se captan como problemas”⁵⁷.

Ello posibilitará concluir acerca de la existencia e incidencia de los principios en la aplicación del Derecho y cuáles lo son, dado que sólo ellos han de ser considerados a tales fines y no las directrices o reglas técnicas; esto permitirá asimismo, evitar confusiones en el conflicto aparente entre principios, cuando uno de ellos es una regla técnica o directriz.

La metodología ha de ser cualitativa, comprensiva-interpretativa, compulsando las propuestas de los diferentes autores, la referencia a la legislación procesal y asimismo, a la jurisprudencia. En punto a la última, optaré por un procedimiento intencional, no aleatorio: seleccionaré las sentencias buscando que sean representativas de la problemática.

2.- Con el planteo inicial de estas dificultades, dentro del alcance propuesto y con las limitaciones propias, corresponde ingresar, *in apicibus iuris*, al desarrollo inherente.

⁵⁷ Cit. por Georges Lapassade: “Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia”, versión española Ed. Gedisa, Barcelona, 2.008, pág. 63.

DESARROLLO

I) El concepto de Derecho en Hart

1.- Las ideas de Hart sobre el tema del epígrafe, son expuestas en el libro que lleva ese mismo título⁵⁸.

En su “Prefacio”, el autor anticipa su propósito de “... promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”. Prosigue que en él el jurista verá un ensayo de teoría jurídica analítica porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico y no de la crítica del derecho o política jurídica. Y agrega que a pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede ser también considerado un ensayo de sociología descriptiva, porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa; muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa⁵⁹.

2.- Alude que es pregunta persistente la que apunta a saber qué es el derecho. Al respecto se indican diversos enunciados que son, a la vez, esclarecedores y desconcertantes: se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente desatendidas, que a definiciones frías. Arrojan una luz que hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho, pero esa luz es tan brillante que ciega respecto del resto y se continúa así sin una visión clara del conjunto⁶⁰.

No obstante, hay puntos de semejanza entre los diferentes sistemas jurídicos, que, en su opinión, comprenden: 1) reglas que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena; 2) reglas que exigen que se indemnice a quienes se ha dañado de ciertas maneras; 3) reglas que especifican que es lo que hay que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros

⁵⁸ Cfr. Herbert Lionel Adolphus Hart: “El concepto de Derecho”, trad. de Genaro R. Carrió, AbeledoPerrot, Bs. Aires, 2.011. En lo sucesivo, las referencias “op. cit.” en este capítulo, lo serán a esta obra.

⁵⁹ Cfr. op. cit., págs. XI y XII.

⁶⁰ Cfr. op. cit., págs. 1-3.

acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; 4) tribunales que determinan cuales son las reglas y cuando han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; 5) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores. Sin embargo, aun cuando todo ello es de conocimiento común, la pregunta acerca de qué es el derecho, continúa⁶¹.

Encuentra, en la elucidación de la respuesta, ciertos temas principales recurrentes. Distingue entonces tres de esos principales problemas, que se presentan juntos bajo la forma de la exigencia de una definición del derecho o de una respuesta a la pregunta de qué es derecho o cual es la naturaleza o esencia del derecho⁶².

Dos de estos problemas, señala, surgen de la manera siguiente: la característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios en algún sentido. Sin embargo, esta característica aparentemente simple no lo sería en realidad, porque se distinguen diversas formas dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria. Es indudable que un sistema jurídico presenta, entre otros, este aspecto. Una ley penal que declara que cierta conducta es delito y especifica la pena para el transgresor puede asimilarse a la situación en que un asaltante ordena a su víctima entregarle la bolsa y le amenaza con disparar si no lo hace; si la víctima cumple, se alude a que se vio *obligada* a hacerlo.

Un segundo problema surge de una segunda manera en que la conducta puede no ser optativa sino obligatoria. Las reglas morales, indica Hart, imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le plazca. Así como un sistema jurídico contiene elementos estrechamente vinculados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, contiene igualmente elementos estrechamente vinculados con aspectos de la moral. “No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales... Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente al derecho y la más

⁶¹ Cfr. op. cit., págs. 3-4.

⁶² Cfr. op. cit., pág. 7.

jurídica de las virtudes. Hablamos de 'justicia *de acuerdo con* el derecho', y también de la justicia o injusticia *de* las normas de derecho. Estos hechos sugieren el punto de vista de que el derecho es entendido mejor como una 'rama' de la moral y de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas lo que hace a su 'esencia'. Ésta es la doctrina característica no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica al 'positivismo' jurídico heredado de Austin". Y concluye que la afirmación que una norma jurídica injusta no es una norma jurídica, suena tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad, como las leyes no son derecho o el derecho constitucional no es derecho⁶³.

El tercer problema principal es más general. Puede parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste en *reglas* no puede ser puesto en duda ni considerado difícil de entender. Sin embargo, la noción de reglas ha sido cuestionada y proyecta divergencias de opinión, habida cuenta, además, que hay reglas de tipos muy diferentes. Una explicación de la idea aparentemente simple de regla obligatoria, que sostiene que afirmar que existe una regla sólo significa que un grupo de personas, o la mayor parte de ellas, se comporta "como regla", es decir, *generalmente*, de una determinada manera en cierto tipo de circunstancias, tiene que ser abandonada pronto. Puede existir una simple convergencia de conducta entre los miembros de un grupo social y, sin embargo, puede no haber regla que lo *exija*⁶⁴. Para establecer la diferencia crucial entre la mera conducta convergente habitual y la existencia de una regla jurídica, se ha sostenido a menudo que la misma consiste en el hecho de que las desviaciones de ciertos tipos de conducta probablemente suscitarán una reacción hostil, y, si se trata de reglas jurídicas, serán castigados por los funcionarios. Los meros hábitos del grupo, señala, no dan lugar en sus desviaciones, a castigo ni aun a reproche. En los casos de reglas jurídicas, la consecuencia sancionatoria predecible es precisa y está oficialmente organizada. Claro está que la predecibilidad del castigo es un aspecto importante de las reglas jurídicas, pero no es posible aceptar esto como una explicación exhaustiva. Y es que,

⁶³ Cfr. op. cit., págs. 7-10.

⁶⁴ Hart proporciona el siguiente ejemplo: todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana, y sin embargo, puede no haber regla que lo exija.

afirma, si se examina de cerca la actividad del juez o del funcionario que castiga las desviaciones de las reglas jurídicas, se advierte que en esta actividad las reglas desempeñan un papel que dicha versión predictiva deja sin explicación alguna. Porque el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón y justificación* del castigo al transgresor. El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él probablemente castigará las transgresiones. El aspecto predictivo de la regla es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial. No hay duda, expresa más adelante el autor, de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas son la consecuencia necesaria de reglas determinadas cuyo significado es fijo y claro. “En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes, ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección”... “Únicamente la tradición de que los jueces ‘hallan` y no ‘crean` el derecho⁶⁵, oculta esto y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez”⁶⁶.

3.- Manifiesta que existen deficiencias en la teoría –originada en Austin⁶⁷- de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción simple de orden

⁶⁵ Como expresaran los juristas romanos: *iudicis est ius dicere, non ius dare*.

⁶⁶ Cfr. op. cit., págs. 10-15.

⁶⁷ La crítica de Hart y las referencias a su respecto a Austin se ubica en múltiples pasajes, v. gr.: págs. 20, 23, 25, 26 de op. cit. Austin expresa su pensamiento en los siguientes términos: “Un mandato... es una expresión de deseo. Pero un mandato es distinto de otras expresiones de deseo por la siguiente característica: que la parte a la que se dirige está sujeta a un mal por obra del otro, en el caso de que no satisfaga su deseo. Estando sujeto a un mal por parte tuya, si yo no satisfago un deseo que tú expresas, estoy *vinculado* u *obligado* por tu mandato, o bien, me encuentro en el *deber* de obedecerlo... mandato y deber son, por esto, términos correlativos, en el sentido de que el significado denotado por uno está incluido tácitamente en el otro. O, en otras palabras, siempre que exista un deber, se ha expresado un mandato; y siempre que se ha expresado un mandato, se ha impuesto un deber.

“Concisamente, el significado de la correlación es éste; Quien quiere infligir un mal en el caso de que su deseo no haya sido respetado, expresa un mandato declarado o imponiendo su deseo. Quien está sujeto a un mal en el caso de no respetar el deseo está vinculado u obligado por el mandato” (cit. por Norberto Bobbio: “El positivismo jurídico”, trad. de Rafael De Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1.998, pág. 118.

respaldada por amenazas, “... que el propio Austin denominó ‘mandato’ (*command*)”⁶⁸.

La concepción del derecho como órdenes coercitivas enfrenta la objeción de que hay normas jurídicas, existentes en los distintos sistemas, que no responde a esa descripción en tres aspectos principales. En primer término: aun una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación distinto al de las órdenes dadas a otros, porque puede imponer deberes tanto a quienes las han dictado cuanto a los demás. En segundo lugar: otras leyes difieren de las órdenes en cuanto no requieren que los sujetos hagan, imponiéndoles deberes, sino que les atribuyen facultades y los habilitan para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos. Tercero: aunque sancionar una ley sea en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no en un acto consciente de creación de derecho.

Prosigue señalando que para superar tales objeciones, se han adoptado diversos recursos: a) la idea originalmente simple de mal amenazado o sanción, ha sido extendida hasta incluir la nulidad de un acto jurídico; b) la noción de regla jurídica ha sido restringida hasta excluir las reglas que confieren facultades; c) la noción de orden ha sido extendida hasta llegar a la no interferencia con las órdenes dadas por subordinados. No obstante, concluye, a pesar del carácter ingenioso de estos recursos, el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas “... es más lo que oscurece que lo que aclara; el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria”. Y ello desconoce como característica distintiva del derecho, la fusión de distintos tipos de reglas⁶⁹.

Y más adelante, que la simple idea de órdenes, hábitos, obediencia, no puede ser adecuada para el análisis del derecho. “Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento”⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. op. cit., pág. 20.

⁶⁹ Cfr. op. cit., págs. 61, 99 y 100.

⁷⁰ Cfr. op. cit. págs. 95-96.

4.- Los elementos con que se ha construido la teoría analizada, no incluyen, ni tampoco pueden incluir, en opinión de Hart, la idea de regla “... sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”⁷¹.

Considera menester distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Las reglas de uno de los tipos, el básico o primario, se prescribe que los sujetos cumplan u omitan determinadas acciones, lo quieran o no. Las del otro tipo son dependientes de las del primero, o secundarias en relación a ellas; son las que establecen que los sujetos pueden introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, determinar el efecto de ellas o controlar su actuación. Las del primer tipo imponen deberes, refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos. Las del segundo confieren potestades públicas o privadas, prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones⁷².

Es posible imaginar, expresa, una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de tipo alguno. Esta estructura es habitualmente designada como una estructura basada en la costumbre, pero no utilizará esta palabra, porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son muy antiguas y están apoyadas en una presión social menor. Prefiere, para evitar tales implicaciones, aludir a una estructura de reglas primarias de obligación. No obstante, para que una sociedad pueda vivir sólo con tales reglas primarias, existen ciertas condiciones que tienen que hallarse claramente satisfechas. Primera: que las reglas tienen que restringir de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones a que los sujetos se sienten tentados, pero que hay que reprimir para habilitar la coexistencia cercana. Segundo: que aunque tal sociedad puede exhibir la tensión entre los que aceptan las reglas y los que las rechazan⁷³, excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no

⁷¹ Cfr. op. cit., pág. 101.

⁷² Cfr. op. cit., pág. 101.

⁷³ Expresa Hart: “Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo” (cfr. op. cit., pág. 113).

puede ser más que una minoría para que sobreviva una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión.

En cualesquiera otras condiciones que no estén caracterizadas por tratarse de una pequeña comunidad, unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias y ubicada en un ambiente estable, una forma tan simple de control social resultará defectuosa y requiere solventar diversos defectos. El primer defecto es su falta de certeza en las reglas primarias. No formarán un sistema sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca de identificación; los asimila a las reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas acerca de cuáles son las reglas o sobre el alcance preciso de alguna, no habrá procedimiento para solucionarlas, ya sea mediante la referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario revestido de ella. El segundo defecto consiste en el carácter estático de las reglas. No habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas, dado que la posibilidad de hacerlo presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las primarias. Radica el tercer defecto en la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre podrán existir discusiones acerca de si una regla admitida ha sido violada o no y tales disputas corren el riesgo de dilatarse sin solución si no existe un órgano especial, con autoridad para determinar en forma definitiva, el hecho de la violación. “La historia del derecho sugiere fuertemente, sin embargo, que la falta de órganos oficiales para determinar con autoridad el hecho de la violación de las reglas es un defecto mucho más serio; porque muchas sociedades procuran remedios para este defecto, mucho antes que para el otro”⁷⁴.

5.- Los remedios para los apuntados defectos, consisten en complementar esas reglas primarias con reglas secundarias, que son de un tipo diferente⁷⁵. La introducción del arreglo para cada defecto podría en sí ser considerada un paso del mundo prejurídico al jurídico; los tres remedios, en su conjunto son suficientes para lograr la conversión en un sistema jurídico. Ahora bien, los remedios consisten en la

⁷⁴ Cfr. op. cit., págs. 113-116.

⁷⁵ “... el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias” (cfr. op. cit., pág. 117).

introducción de reglas que son diferentes entre sí, como lo son de las primarias que complementan, pero tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se encuentran en nivel distinto de las primarias, porque son *acerca* de éstas. Mientras las primarias se ocupan de las acciones de los individuos, las secundarias lo hacen de las reglas primarias: especifican la manera en que las primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y determinada su violación de forma incontrovertible.

a) Para la falta de certeza: la forma más simple de remedio es la introducción de una “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*). Esta regla especificará alguna o algunas características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible, que es una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla puede asumir una gran variedad de formas. Puede consistir en un instrumento o en algún monumento con la lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. Y pueden reconocerse en ese paso, diversas etapas, de las cuales la primera es la reducción a escritura de las reglas que hasta entonces no lo estaban. Resulta allí crucial el reconocimiento de la escritura o inscripción como revestida de autoridad, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de una regla. Donde existe ese reconocimiento, hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de una regla primaria. En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son más complejas. Lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como elemento de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto, estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre con la subordinación del precedente o la costumbre a la ley. Al proporcionar una marca o signo con autoridad, introduce, aunque de manera embrionaria, la idea de un sistema jurídico. En la operación simple de indicar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, se tiene el germen de la idea de validez jurídica.

b) Para la cualidad estática del régimen de reglas primarias, el remedio consiste en la introducción de las reglas de cambio. La forma más simple de ellas es la que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo o de alguna clase de individuos que forman parte de él y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Es en términos de tal regla que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa. Las reglas de cambio pueden ser muy simples o más complejas; las potestades conferidas pueden ser limitadas o ilimitadas; pueden definir el procedimiento a seguir en la legislación. Obvio es significar que debe existir una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento. Donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, aunque no es menester que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo. Por lo común, las reglas de reconocimiento considerarán que el certificado oficial o una copia oficial bastan para acreditar que se ha cumplido con el procedimiento establecido. Si la única fuente de derecho es la legislación, la regla de reconocimiento se limitará a indicar que la sanción legislativa es la única marca o señal identificatoria o criterio de validez de las reglas. Corresponde incluir entre esas reglas las que atribuyen potestades a los sujetos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias, como otorgamiento de testamentos, celebración de contratos y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho.

c) El tercer complemento, para remediar la insuficiencia de la presión social difusa, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular, se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones y denomina a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas “reglas de adjudicación”. Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. Definen un grupo importante de conceptos jurídicos: los de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia. La existencia de reglas de adjudicación compromete una regla de reconocimiento elemental e imperfecto: si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre

el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas; es así como esas decisiones se convierten en “fuente” de derecho. “A diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces”⁷⁶.

6.- Dondequiera que se acepte la regla de reconocimiento, tanto los particulares cuanto los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación, criterios que pueden asumir, como se ha expresado, formas diversas: la referencia a un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a la práctica consuetudinaria, declaraciones generales de personas especificadas, o a decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares.

En un sistema jurídico moderno, donde hay variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales. Y, en la mayor parte de los casos, se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando los distintos criterios en un orden de subordinación.

En la vida cotidiana de un sistema jurídico, su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla. En la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos pronuncian tiene un *status* especial revestido de autoridad, en mérito a lo establecido por otras reglas.

El uso, por parte de los tribunales y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto

⁷⁶ Cfr. op. cit., págs. 116-123.

de vista interno (aceptación compartida de la regla de reconocimiento y, sin enunciar que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema, es el enunciado interno) (enunciado externo es el de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros sí la aceptan).

Expresar que una determinada regla es válida, es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, es una regla del sistema. El enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento⁷⁷.

7.- Señala que la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema, es una regla última y cuando como es usual hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo.

De esas dos ideas – la de criterio supremo y la de regla última-, la primera es la más fácil de definir. “Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”.

Cuando existe una legislatura que no está sometida a limitaciones constitucionales y tiene competencia para privar a todas las otras reglas emanadas de otras fuentes de su *status* jurídico, es parte de la regla de reconocimiento de tal sistema, que la sanción de aquella legislatura, constituye el criterio supremo de validez. En los sistemas donde no existe una legislatura jurídicamente ilimitada, pueden contener una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es el supremo. Ocurre esta hipótesis cuando la competencia de la legislatura ordinaria está limitada constitucionalmente; el sistema

⁷⁷ Cfr. op. cit., págs. 125-129.

contiene una regla última de reconocimiento y, en las cláusulas de la constitución, un criterio supremo de validez⁷⁸.

8.- Una prueba de la existencia de un sistema jurídico es que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema, son obedecidas por el grueso de la población. No obstante, como un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias, esa prueba debe ser complementada por una descripción de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios.

Debe precisarse el alcance de la voz obediencia. El ajustarse los legisladores a las reglas que les confieren sus potestades y los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, no implica *necesariamente* que la persona que obedece una regla piense que lo que hace es lo correcto; no es menester que vea en ello una pauta o criterio de conducta para los miembros del grupo social. No es menester que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria. Puede limitarse a ver en la regla algo que exige *de él* una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así.

Hay entonces, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas. Por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos y particulares: ellos pueden obedecer cada uno por su cuenta y por cualquier motivo. La segunda condición, tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema, quienes tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas.

⁷⁸ Cfr. op. cit., págs. 132-134.

“La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de la conducta oficial, por parte de los funcionarios”⁷⁹.

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y, frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin dudas se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar cuanto para negar que se aplica. “Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o ‘textura abierta’, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho como una ley particular”⁸⁰.

9.- En cualquier grupo grande, señala, el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Dos recursos principales, a primera vista muy diferentes entre sí, han sido utilizados para comunicar tales pautas con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Uno de ellos hace un uso máximo y el otro uno mínimo de las palabras clasificatorias generales. El primero es tipificado por la legislación y el segundo por el precedente.

La comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje, parece clara, segura, cierta. Se dispone de una descripción que se puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y la oportunidad para realizarlo. Buena parte de la teoría jurídica ha consistido en hacerse progresivamente cargo y a veces exagerar, el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de comunicación mediante la legislación, es mucho menos firme de lo que sugiere este contraste, que califica de ingenuo. Y ello porque se usen reglas generales, en los casos concretos particulares, pueden surgir dudas acerca de las formas de conducta exigidas. Habrá ciertos casos obvios, a los que las expresiones generales son claramente aplicables, pero otros frente a los que no

⁷⁹ Cfr. op. cit., págs. 137-146.

⁸⁰ Cfr. op. cit., págs. 152-153.

resulte claro. Éstos son situaciones de hecho que exhiben algunas de las características del caso obvio y otras no. Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, tales incertidumbres, porque ellos son, a su vez, reglas generales y emplean términos generales, que también necesitan interpretación. “Los casos claros, en que los términos parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los criterios clasificatorios”⁸¹.

10.- Precisa Hart que cualquiera sea la técnica, precedente o legislación que se elija para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que ha dado en llamar “textura abierta”. La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales, en cualquier forma de comunicación referida a temas de hecho. “Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos”... “Esta incapacidad para anticipar, trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos regular una regla general de conducta (...), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin dudas cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros...”... “No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca...”... “Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más

⁸¹ Cfr. op. cit., págs. 155-158.

satisfactoria”... “Los distintos sistemas jurídicos, o el mismo sistema jurídico en diferentes épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares”.

Concluye que de hecho todos los sistemas, aunque de maneras distintas, concilian dos necesidades sociales: a) la de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos sin nueva guía social o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales; y b) la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. “Puede ser que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga caso de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas con los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy poco límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta”⁸².

11.- En punto a caracterizar el área de textura abierta y la actividad judicial creadora que se da dentro de ella, señala que cualquier descripción honesta del precedente (lo refiere al derecho inglés), tiene que tomar en cuenta distintos pares de opuestos. Primero: a) no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente; pero b) en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. Segundo: a) ninguna formulación de una regla que tiene que ser extraída de los casos puede pretender ser la única correcta; b) por otra parte, cuando el impacto de un precedente está en disputa, existe a menudo acuerdo general en el sentido de que una determinada formulación es adecuada. Tercero: a) cualquiera sea el *status* de autoridad que una regla extraída del precedente pueda tener, es compatible con el ejercicio por los tribunales de dos tipos

⁸² Cfr. op. cit., págs. 158-164.

de actividad creadora o legislativa: a.1) los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente, restringiendo la regla extraída de éste y acogiendo una excepción antes no considerada (distinguir el caso anterior hallando diferencias –que nunca pueden ser determinadas en forma exhaustiva- entre aquél y el presente); a.2) al seguir un precedente pueden dejar de lado una restricción que aparecería en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, por no ser exigida por ninguna regla legal o precedente, lo que es ampliar la regla. b) a pesar de estas dos formas de actividad, que la fuerza obligatoria del precedente deja abiertas, en Inglaterra la aplicación de la regla del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuales son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley, y que, como los mismos tribunales declaran a menudo, sólo pueden ser modificadas por ley.

“La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”... “Aquí, en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas”.

“Es posible que en una determinada sociedad los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva o ‘por pálpitos’, y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso ocurrente; podrían pretender entonces que esa era la regla que a su entender imponía la decisión dictada, aunque nada más en sus acciones o palabras sugiriera que la consideraron como una regla obligatoria. Algunas decisiones judiciales pueden ser dictadas así, pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas... son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano

dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida”⁸³.

12.- Por último en esta aproximación al pensamiento de Hart, cabe analizar lo que él denomina como “... la afirmación general de que entre el derecho y la moral hay una conexión en algún sentido ‘necesaria’, y que es esto lo que debe ser considerado como central en cualquier intento de analizar o elucidar la noción de derecho”.

13.- Concluye Hart en este aspecto: “Un concepto de derecho que permita distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ella. Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el estado en ese momento. Este es el principio de *nulla poena sine lege*. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar”⁸⁴.

II) El planteo polémico de Dworkin

1.- Dworkin, en la primera de las tres obras en que trata el tema que es objeto de estos desarrollos⁸⁵, plantea la oposición que su teoría llevará adelante.

⁸³ Cfr. op. cit., págs. 167-175.

⁸⁴ Cfr. op. cit., pág. 261.

⁸⁵ Cfr. Ronald Dworkin: “Los derechos en serio”, trad. de Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 2.010, las referencias “op. cit.” en este capítulo, lo serán a esta obra.

Expresa en tal sentido que los capítulos de su obra “... definen y defienden una teoría liberal del derecho” y “critican severamente otra teoría... es la que llamaré la teoría jurídica dominante”⁸⁶.

Y, más precisamente y centrando el blanco de sus ataques, expresa más adelante: “Me propongo llevar adelante un ataque contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart”⁸⁷.

2.- Afirma que la teoría dominante tiene dos partes y mantiene la independencia entre ellas: a) la primera es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida, b) la segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. La primera es la del positivismo jurídico; la segunda, la del utilitarismo. Critica entonces a esas dos partes de la que denomina teoría dominante, así como el supuesto de que las dos sean recíprocamente independientes⁸⁸.

Y de ahí, y reiterando ideas, expresa: “La versión contemporánea más influyente del positivismo es la que propone H. L. A. Hart, y es la suya la versión que criticamos en este libro”⁸⁹. Es la poderosa forma que le ha dado Hart, la que lo determina: “Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart”⁹⁰.

E insiste: “... la obra del profesor H. L. A. Hart, que yo tomo como el ejemplo más claro de doctrina positivista...”⁹¹.

3.- Y define al positivismo jurídico como: “... la teoría según la cual los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita”⁹².

⁸⁶ Cfr. op. cit., pág. 31.

⁸⁷ Cfr. op. cit., pág. 72.

⁸⁸ Cfr. op. cit., pág. 31.

⁸⁹ Cfr. op. cit., pág. 31.

⁹⁰ Cfr. op. cit., pág. 65.

⁹¹ Cfr. op. cit., pág. 103.

⁹² Cfr. op. cit., pág. 37.

4.- En relación a Hart, manifiesta asimismo que “... es un filósofo de la moral; tiene el instinto de los problemas y una lucidez maravillosa para exponerlos”⁹³.

5.- Encuentra que el esqueleto del positivismo está constituido por algunas proposiciones centrales en torno a las cuales se organiza, que enuncia de la manera siguiente:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su pedigrí u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen sirven para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias y de otros tipos de reglas sociales no imponibles mediante la coerción.

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas, agota el concepto de “derecho”, de tal suerte que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”, sino que ha de ser resuelto por un juez que “ejerza su discreción”, lo que significa ir más allá de la ley en busca de elementos que guíen en la preparación de una nueva norma o en la ampliación de la existente.

c) Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. En ausencia de tal norma si el juez decide el conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo a ese conflicto, un derecho jurídico.

Esto es el armazón del positivismo, para Dworkin⁹⁴.

6.- Dentro de este esquema, establece los perfiles de la posición de Hart. Autor que distingue –señala- entre normas primarias y normas secundarias. Son las primeras las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad (v. gr.: las que prohíben conducir a velocidad excesiva). Las segundas son las que establecen cómo y por obra de quienes se pueden formar, reconocer,

⁹³ Cfr. op. cit., pág. 51.

⁹⁴ Cfr. op. cit., págs. 65-66.

modificar o extinguir las primarias (v. gr.: las que establecen cómo se efectúa la labor legislativa, cómo se forma un contrato o cómo se ejecuta un testamento). Enseña asimismo Hart, refiere, que hay dos fuentes posibles para la autoridad de una norma: a) una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la *acepta* como norma de su conducta, porque la consideran obligatoria; b) una norma también puede llegar a ser obligatoria al ser promulgada conforme con alguna norma secundaria que establezca que las leyes así promulgadas serán obligatorias. Es en este sentido que se emplea el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria, se las llama normas “válidas”. De donde para Hart, una norma puede ser obligatoria a) porque es aceptada como tal o b) porque es válida⁹⁵.

Las comunidades primitivas, según asevera Hart, expresa, no tienen sino normas primarias. Pero cuando una comunidad llega a tener una norma secundaria fundamental, que estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas, nace una idea de un conjunto distinto de normas, jurídicas, y, por ende, la del derecho. Esta norma secundaria fundamental es lo que Hart llama la “regla del reconocimiento”. Ésta puede ser relativamente simple (“Lo que el rey manda es derecho”⁹⁶) o sumamente compleja (el texto constitucional). En consecuencia, la demostración de la validez de una norma puede exigir que se remonte una complicada cadena de validez.

Una regla de reconocimiento no puede ser válida, porque es, por hipótesis, la instancia decisiva, y por ende no puede satisfacer las pruebas establecidas por una norma superior: es, por ello, la única norma de un sistema jurídico, cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. La autoridad de las instituciones y funcionarios para la creación de normas jurídicas, se encuentra en los estándares constitucionales que han sido aceptados, en la forma de una regla fundamental de reconocimiento, por la comunidad a la que rigen. Las diferentes comunidades utilizan diferentes fuentes de derecho y alude Hart a la “larga práctica consuetudinaria” y la “relación (de una norma) con decisiones judiciales”, como

⁹⁵ Cfr. op. cit., págs. 68-70.

⁹⁶ Reflejado en el brocardo latino: *quod principe placuit, legis habet vigorem*.

otros criterios de uso frecuente aunque se los combine con la legislación y se los subordine a ella. Reconoce Hart, no obstante, que las normas jurídicas tienen límites inciertos –son de “textura abierta”- y da cuenta de los casos difíciles señalando que los jueces tienen discrecionalidad para decidirlos mediante una legislación nueva⁹⁷.

III) La respuesta de Hart

1.- Hart formaliza su respuesta a la posición de Dworkin, más precisamente, a las críticas que éste le dirige, en su “*Post scriptum* al concepto de derecho”⁹⁸.

Allí Hart, con prosa clara, tersa, precisa y sin circunloquios, aborda las distintas discrepancias y brinda adecuadas explicaciones.

Con expresión galana, reconoce diversos méritos de sus críticos y de Dworkin. Así expresa: “Aquí tengo que admitir que en las más de las ocasiones que tuve cuidado de considerar, mis críticos han estado en lo correcto y aprovecho este *Post scriptum* para aclarar lo que es oscuro y revisar lo que originalmente escribí, ahí donde es incoherente y contradictorio”. “Algo de la crítica de Dworkin a mi explicación original de las reglas sociales es ciertamente correcta e importante para el conocimiento del Derecho” y de ahí la necesidad que refiere, de introducirle modificaciones a su explicación original. Y también: “Mucho crédito es debido a Dworkin por haber demostrado e ilustrado su importancia y su papel (está aludiendo a los principios) en el razonamiento jurídico, y sin duda fue error serio de mi parte en no haber enfatizado su fuerza no concluyente”⁹⁹.

2.- Expresa inicialmente que su intención ha sido la de formular una teoría del Derecho a la vez general y descriptiva. General porque no está referida a ningún sistema legal o cultura jurídica determinada. Descriptiva porque es imparcial desde el punto de vista moral y no tiene fines justificatorios. Deriva de allí que esa teoría difiere de la idea dada por Dworkin de que la misma es evaluativa, justificatoria y está dirigida a una cultura jurídica determinada¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. op. cit., págs. 70-71.

⁹⁸ Cfr. H. L. A. Hart: “*Post scriptum* al concepto de derecho”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2.000. En lo sucesivo y en esta sección, las alusiones “op. cit.” lo serán a esta obra.

⁹⁹ Cfr. op. cit., págs. 11, 33 y 42.

¹⁰⁰ Cfr. op. cit., págs. 11-13.

Seguidamente alude a que según Dworkin, es representativo del positivismo jurídico, aunque se diferencia de versiones anteriores de esta línea. Y la versión del positivismo que se le atribuye es imputada de numerosos errores, diversos pero conexos. El principal de esos errores es la idea de que la verdad de los enunciados jurídicos como los que describen derechos y obligaciones legales, depende únicamente de hechos históricos, incluso relacionados con convicciones personales y actitudes sociales; los hechos de que depende la verdad de los postulados jurídicos constituyen lo que Dworkin denomina los fundamentos del Derecho, de donde, en la visión positivista, habría que deducir que las únicas discrepancias que pueden producirse acerca de las cuestiones de derecho son las relativas a la existencia o inexistencia de esos hechos históricos; no puede haber discrepancias o controversias teóricas acerca de lo que son los “fundamentos” del Derecho, mientras que Dworkin insiste en que la discrepancia teórica acerca de lo que son los fundamentos del derecho, son debatibles, ya que no sólo comprenden hechos históricos, sino, frecuentemente, apreciaciones morales y juicios de valor susceptibles de controversia.

Cuando Dworkin expresa que los positivistas adoptan ese punto de vista errado, es porque en su opinión consideran que si los fundamentos del derecho no fueran establecidos de manera irrefutable mediante normas, sino que fueran una cuestión discutible que permitiera discrepancias, la palabra “Derecho” significaría cosas distintas para diferentes personas, de donde los incluye en una teoría semántica.

3.- No obstante, refiere Hart, nada de lo que ha escrito respalda tal afirmación. Su doctrina contiene una regla de reconocimiento que especifica los criterios para establecer las leyes que deben aplicar los tribunales, pero que no se basa en la errada idea de que es parte del significado de la palabra “Derecho” el que todos los sistemas legales contemplen una regla de reconocimiento de esta naturaleza, ni en la idea más equivocada aún de que si los criterios para establecer los fundamentos del Derecho no estuvieran incontrovertiblemente fijados, el “Derecho” significaría cosas diferentes para distintas personas. Dworkin también tergiversa la doctrina de Hart cuando afirma que su doctrina de la regla de reconocimiento exige que los elementos de juicio para identificar el derecho consistan en hechos históricos

y, en consecuencia, es un ejemplo de positivismo basado en hechos puros y simples (*plain-fact positivism*). No obstante, expresa Hart "... expresamente sostengo que en algunos sistemas de Derecho, como el de los Estados Unidos, el último criterio de la validez jurídica podría incorporar explícitamente, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales... la versión semántica de este positivismo que se me atribuye no es en absoluto mía, como tampoco es mía ninguna de positivismo de meros hechos"¹⁰¹.

4.- En otra versión del positivismo de hechos puros y simples, Dworkin afirma que los positivistas expresan que los elementos de juicio acerca del derecho son hechos puros y simples, establecidos en forma incontrovertible no ya por el léxico jurídico, sino por una convicción compartida por jueces y juristas, y lo muestra como si garantizara algo de gran valor, a saber, que las posibilidades de coacción dependen de hechos que están al alcance de todos, de suerte que antes que se ejerza, habrán sido adecuadamente advertidos.

Tampoco es exacta esa afirmación. En primer término, su teoría, indica, no es una versión del positivismo que se basa en hechos puros y simples, pues admite valores como criterios del "Derecho". En segundo lugar, porque su teoría no pretende establecer la finalidad o propósito del Derecho y de la práctica judicial como modo de justificar la coacción; en realidad, señala, parece que no tiene sentido buscarle al Derecho una finalidad más concreta que la de proporcionar directrices a la conducta humana y pautas para criticar esa conducta, el derecho se distingue porque contempla reglas secundarias para establecer, modificar y hacer cumplir sus normas, así como por su pretensión general de que tiene prioridad sobre las demás normas. Desde luego –agrega- no puede negarse que al permitir que las personas conozcan de antemano cuando procede la coacción, contribuirá a justificarla, en cuanto elimina una regla moral a su uso. Y concluye: "Pero la certeza, el conocimiento previo de los requerimientos del Derecho que la regla del reconocimiento acarrea, no son importantes únicamente cuando se trata de la coacción: es igualmente esencial para el uso inteligente de las facultades jurídicas

¹⁰¹ Cfr. op. cit., págs. 18-23.

(por ejemplo, otorgar testamentos o celebrar contratos) y, generalmente, para la planificación inteligente de la vida privada y pública”¹⁰².

5.- Hart afirma que su doctrina se ubica en lo que ha dado en llamarse “positivismo blando” (*soft positivism*), ya que: a) reconoce expresamente que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios relativos a la validez jurídica la concordancia con principios morales o valores sustantivos; b) su obra en ningún momento sugiere que los criterios relativos a hechos puros y simples que proporciona la regla de reconocimiento deban ser únicamente cuestiones de pedigrí, ya que pueden ser también restricciones de fondo al contenido de disposiciones legales, como las reglas constitucionales.

6.- Frente a otras críticas de Dworkin por lo que denomina inconsistencias del positivismo blando, expresa Hart sus refutaciones.

6. 1.- Cuando Dworkin indica que es contradictorio admitir cuestiones controvertibles con la moral u otros juicios de valor y la certidumbre de pautas que no dependan de razones morales controvertibles, afirma Hart que esa crítica exagera el grado de certidumbre que el positivista consecuente debe atribuir a un conjunto de criterios jurídicos y exagera asimismo la incertidumbre que habrá de resultar si se incluye la concordancia con principios o valores morales. Es cierto, desde luego, que una de las funciones de la regla de reconocimiento es promover la certeza con que se puede determinar el Derecho, sin embargo, nunca se ha pretendido que dicha regla tenga como objetivo excluir a cualquier precio la incertidumbre en otros valores. De ahí que haya afirmado expresamente que tanto la regla de reconocimiento como las reglas jurídicas especiales identificadas con referencia a ella puedan tener una “penumbra” de incertidumbre de carácter controvertible.

6. 2.- La siguiente crítica de Dworkin tiene que ver con la determinación y completitud del Derecho. Hart contesta que lo que él propone es que las reglas y principios jurídicos identificados de manera general por los criterios que ofrece la regla de reconocimiento, poseen a menudo lo que llama “textura abierta”, de tal manera que cuando se trata de establecer si una regla determinada es aplicable a un caso particular, el Derecho no da respuesta en un sentido u otro y en consecuencia

¹⁰² Cfr. op. cit., págs. 23-25.

demuestra ser en parte incierto. Éstos no son simplemente “casos difíciles”, sino casos en los que el Derecho es fundamentalmente *incompleto* puesto que no proporciona respuesta alguna. En esos supuestos, los tribunales deben ejercitar la función creativa del Derecho de tipo restringido, que Hart llama “discreción”, lo que es negado por Dworkin. Éste niega que el Derecho pueda ser incompleto en este sentido que deban ser llenados mediante esa discreción creadora. Distingue así Dworkin entre el derecho que es controvertible y el que es incompleto o indeterminado, dado que afirma que un postulado de Derecho sólo es verdadero si junto con otras premisas se desprende de los principios que a su vez armonizan mejor con la evolución institucional del sistema legal, y, además, proveen su mejor justificación moral. “Como para Dworkin, la verdad de cualquier proposición de derecho depende en última instancia de la verdad de un juicio moral, que mejor lo justifica, y toda vez que para él los juicios morales son esencialmente controvertibles, entonces lo son así todas las proposiciones de Derecho”.

Afirma Hart, en el sentido de esta crítica, que la teoría del Derecho debe tratar de no comprometerse con teorías filosóficas controvertibles acerca de la situación general de los juicios morales y dejar pendiente la interrogante general de si ellos tienen lo que Dworkin denomina “validez objetiva”, porque, sea cual fuere la respuesta a esta interrogante filosófica, el deber del juez será siempre el mismo, formular el mejor juicio moral posible respecto de las cuestiones morales que deba resolver. No importa que para fallar tenga que “crear” derecho de acuerdo con la moral o, por el contrario, guiarse por su criterio moral acerca de lo que es el Derecho existente¹⁰³.

7.- Llevan estas reflexiones a la necesaria consideración de dos aspectos: las relaciones de moral y derecho y la discreción judicial.

7. 1.- En lo que hace al primero de los temas –derecho y moral-, expresa Hart: “... aunque hay muchas diferentes conexiones entre Derecho y moral no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”. A diferencia de Dworkin que se pronuncia por la idea de que debe haber

¹⁰³ Cfr. op. cit., págs. 26-31.

fundamentos morales que, al menos *prima facie* respalden las afirmaciones sobre la existencia de derechos y deberes, de donde los derechos jurídicos deben concebirse como especie de derechos morales –fundamental en su teoría del Derecho y que deriva de su propia tesis interpretativa-, puede haber derechos y deberes jurídicos que carezcan de toda justificación o fuerza morales. La posición de Dworkin en este sentido se revela como equivocada. No es efectivo que en el mundo real las proclamaciones de derechos y deberes jurídicos sólo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para sostener que ellos existen. Expresa Hart: “... los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en que el Derecho protege, con sus medios coactivos, la libertad individual y la restringe o confiere a los individuos la facultad de hacer uso por ellos mismos de la maquinaria coactiva del Derecho. De esta manera si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, hay que prestar atención a los derechos y las obligaciones como puntos focales en las operaciones del Derecho, los cuales son de importancia suprema para los seres humanos con independencia del mérito moral de las normas”¹⁰⁴.

En la teoría de Hart, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados remitiéndose a las fuentes sociales del Derecho (por ejemplo, la legislación, los fallos judiciales, las costumbres sociales), sin consideración de la moral, salvo en cuanto el propio Derecho así establecido haya incorporado criterios morales para identificar el derecho¹⁰⁵.

7. 2.- En lo que hace a la discreción judicial, Dworkin critica la afirmación de Hart de. “... que en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos no regulados en los que, en un determinado punto, el derecho no de ninguna solución en ningún sentido y el Derecho es consecuentemente, parcialmente indeterminado e incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el Derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* Derecho para el caso, en vez de aplicar únicamente el Derecho preexistente. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no

¹⁰⁴ Cfr. op. cit., págs. 49-50.

¹⁰⁵ Cfr. op. cit., pág. 51.

regulados, el juez crea nuevo Derecho y también aplica el Derecho establecido, el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del Derecho”¹⁰⁶.

Dworkin rechaza esta concepción, sosteniendo que lo incompleto no es el derecho sino la imagen de los positivistas; además del derecho establecido y explícito, identificado con relación a sus fuentes sociales, incluye principios de derecho implícitos que son aquellos que armonizan mejor con el derecho explícito y son su mejor justificación moral. El juez nunca tiene que apartarse del Derecho y ejercer poderes creadores; en los casos difíciles los tribunales deben ocurrir a esos principios implícitos, con sus dimensiones morales. No obstante, es menester destacar que las facultades que Hart atribuye a los jueces de crear Derecho en los casos no regulados por la ley, son distintas de las de la legislatura, y, no sólo están sujetas a numerosas restricciones que limitan sus opciones, sino que las ejercitan para resolver casos determinados y no pueden emplearlas para introducir reformas en gran escala o crear códigos nuevos. Las facultades son intersticiales y sujetas a numerosas restricciones de fondo. No pueden hacerlo arbitrariamente, siempre deben tener razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador responsable¹⁰⁷.

Critica además Dworkin expresando que es una forma antidemocrática e injusta de creación del Derecho, ya que en general los jueces no son elegidos y, señala, sólo los representantes de elección popular deben tener facultades para crear Derecho. No obstante, que se encomiende a los jueces la facultad de crear Derecho para resolver controversias no reglamentadas por la ley, tal vez sea el precio que hay que pagar para evitar los inconvenientes de métodos alternativos, como la remisión a la legislatura. Por otra parte, la delegación de un margen limitado de facultades legislativas en el ejecutivo, es una característica común de las democracias modernas y, delegarlas en el poder judicial no parece una amenaza mayor para la democracia. Y la legislatura ejercerá un control residual y podrá derogar o enmendar una regulación subordinada que estime inaceptable¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. op. cit., pág. 54.

¹⁰⁷ Cfr. op. cit., pág. 56.

¹⁰⁸ Cfr. op. cit., págs. 59-60.

Cuando Dworkin sostiene que esta creación de derecho por los tribunales es ilegítima e injusta porque sería una forma retroactiva o *ex post facto* de crear Derecho, la objeción sólo tiene valor cuando los tribunales modifican o invalidan retroactivamente el derecho claramente establecido y parece inaplicable en los casos difíciles, ya que en éstos el derecho no ha reglamentado cabalmente y en los que no hay un derecho claramente establecido que justifique las expectativas de los particulares¹⁰⁹.

8.- En lo que alude con más precisión al tema que me convoca, reconoce Hart que la crítica más común que Dworkin le hace es que sostiene equivocadamente que el derecho se compone únicamente de reglas con el contenido de “todo o nada” y que se pasa por alto otra clase de criterios jurídicos, los principios de derecho que cumplen una función importante y diferente en el razonamiento jurídico. Algunos críticos que participan de esta tesis, han considerado, no obstante, que se trata de un defecto más bien aislado y que el propio Hart podría subsanarla simplemente incluyendo tales principios junto con las reglas como componentes de un sistema legal, sin por ello renunciar ni modificar ninguno de sus postulados principales¹¹⁰.

9.- No obstante Dworkin, que fue el primero en formular esta crítica ha insistido que Hart sólo podría incluir los principios en su teoría a expensas de los postulados esenciales de la misma, ya que si los admitiera, no podría sostener que el Derecho de un sistema se identifica mediante los criterios que proporciona una regla de reconocimiento aceptada en la práctica de los tribunales, o que los tribunales ejercitan un verdadero aunque intersticial poder creador de derecho o discreción en los casos en que el derecho expreso y vigente no impone una decisión, o que entre moral y Derecho no hay una relación necesaria o conceptual importante. Doctrinas que sería problemático abandonar porque se consideran el núcleo del positivismo jurídico moderno.

10.- Hart apunta a replicar la crítica y a demostrar que lo que en ella haya de válido puede ser adoptado sin ninguna consecuencia grave para su teoría en su conjunto. No obstante confiesa haber tratado: “... dije muy poco en mi libro... en

¹⁰⁹ Cfr. op. cit., pág. 60.

¹¹⁰ Cfr. op. cit., págs. 37-38.

particular sobre los argumentos de lo que mis críticos llaman principios jurídicos. Estoy de acuerdo en que un defecto del libro que los principios sean tocados sólo de pasada”¹¹¹.

11.- Expresa Hart, en su réplica, que de conformidad con el sentido en que la doctrina utiliza el término “principios”, éstos frecuentemente incluyen un vasto conjunto de consideraciones teóricas y prácticas. Aun cuando se considere que el vocablo “principio” se limita a parámetros normativos, incluida la conducta de los tribunales al decidir casos, hay distintas maneras de comparar las reglas y esos principios.

Indica la distinción entre reglas y principios, tres características. A) la primera es una cuestión de grado; a diferencia de las reglas, los principios son amplios, generales o indeterminados, en el sentido que a menudo lo que se consideraría como un conjunto de reglas distintas puede servir de ejemplo o concreción a un solo principio. B) consiste la segunda en que como los principios refieren a algún propósito, meta, derecho o valor, son considerados como algo deseable de ser mantenido y proporcionan explicación, fundamento y contribuyen a la justificación de las reglas. C) la tercera, que parece a Hart una cuestión de grado, es, para Dworkin, decisiva. Según este autor, las reglas operan en forma de “todo o nada”, en el sentido de que si ellas son válidas y aplicables a un caso determinado, entonces son “necesarias” y determinan en forma categórica el resultado o consecuencia jurídica. En cambio, los principios –y siempre en la línea de Dworkin- en los casos en que son aplicables, no “hacen necesaria” una decisión sino que apuntan a la misma o la favorecen. Y sostiene también que los principios difieren de las reglas porque tienen una dimensión de peso, pero no de validez; de ahí que si un principio entra en colisión con otro de mayor importancia, es posible que no determine la decisión, no obstante lo cual subsistirá para poder ser utilizado en que prevalecerá sobre otro de mayor peso. Si hay contradicción en las reglas, sólo una de ellas puede ser válida y la que resulte perdedora deberá reformularse de manera que sea compatible con su competidora.

¹¹¹ Cfr. op. cit., pág. 38.

12.- Frente a ello, enseña Hart: “No veo ninguna razón para aceptar este contraste tajante entre los principios jurídicos y las reglas jurídicas, ni la tesis de que si una regla válida es aplicable a un caso dado tiene siempre que determinar, contrariamente a los principios, el resultado del caso. No hay razón del porqué un orden jurídico no deba reconocer que una regla válida determina un resultado en casos a los cuales ésta es aplicable, excepto donde otra regla, considerada como más importante, es también aplicable al mismo caso. De esta manera, una regla que es vencida al competir contra una regla más importante en un caso dado puede sobrevivir como un principio, para determinar el resultado en otro caso donde esta regla sea considerada más importante que cualquiera otra en conflicto”¹¹².

Para Dworkin, expresa Hart, el derecho comprende reglas con carácter de “todo o nada” y principios no concluyentes y, a su juicio, la diferencia no es cuestión de grado. No obstante, la posición de Dworkin no parece ser coherente. En sus primeros ejemplos sugiere que las reglas pueden entrar en conflicto con principios y los principios a veces pueden imponerse. Así, en el caso Riggs¹¹³, para impedir que un asesino pudiera heredar a su víctima, aunque el testamento que lo instituía heredero estaba otorgado en forma, se acogió el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, a pesar de los claros términos de las reglas legales. El principio aquí se impone a la regla, pero el hecho de que se plantee esta competencia, en opinión de Hart, demuestra que las reglas no poseen el carácter de “todo o nada”. Y aun cuando no se trate de conflicto entre reglas y principios sino como un conflicto entre el principio que explica y justifica la regla en cuestión y algún otro principio, el contraste marcado entre las reglas de “todo o nada” y los principios no concluyentes desaparece, ya que, de conformidad con este punto de vista, la regla no determinará el resultado en un caso en que sea aplicable según sus términos, si el principio que la justifica es desplazado por otro¹¹⁴.

13.- Señala Hart que la incongruencia de afirmar que un sistema legal se compone de reglas de “todo o nada” y de principios no concluyentes se puede remediar si aceptamos que la distinción es una cuestión de grado. Y agrega que

¹¹² Cfr. op. cit., págs. 39-41.

¹¹³ Será relacionado *in posterum* al analizar las opiniones de Dworkin.

¹¹⁴ Cfr. op. cit., pág. 42.

siempre es posible distinguir de manera razonable, por un lado, entre reglas cuasi concluyentes en las que salvo contadas excepciones (en que sus disposiciones pueden ser incompatibles con otra regla que se considera más importante), el hecho de satisfacer los requisitos de aplicación es suficiente para determinar las consecuencias jurídicas, y, por otro lado, principios generalmente no concluyentes, que se limitan a señalar una decisión, pero que a menudo no la determinan. Y concluye: “Sin embargo, con el uso que hago de la palabra ‘regla’ no pretendo sostener que los órdenes jurídicos comprenden únicamente reglas de ‘todo o nada’ o reglas cuasi concluyentes. No sólo llamé la atención... hacia lo que llamo (posiblemente de forma no muy feliz) ‘estándares jurídicos variables’, los cuales especifican factores que deben tomarse en cuenta y sopesarse contra otros, sino que intenté... explicar la razón por qué ciertas áreas de conducta son susceptibles de regulación, no por estándares variables como ‘el debido cuidado’, sino más bien por reglas cuasi concluyentes que prohíben o requieren las mismas acciones específicas. Así es como tenemos reglas que prohíben el homicidio y el robo y no simplemente principios que requieren el debido respeto por la vida humana y la propiedad”¹¹⁵.

14.- Dworkin sostiene asimismo que no es posible identificar principios de derecho mediante los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento que se expresa en la práctica de los tribunales, y, dado que los principios son elementos fundamentales del derecho, hay que abandonar esa doctrina (del reconocimiento). Los principios, según Dworkin sólo pueden identificarse mediante una interpretación constructiva como integrantes de un conjunto singular de principios que mejor calza y justifica la historia completa del Derecho establecido de un sistema legal. Pero el propio Dworkin reconoce que sólo su mítico juez Hércules puede realizar la hazaña de elaborar de una sola vez, la interpretación de todo el derecho de su país, sin embargo, a su juicio, lo más lógico es pensar que los tribunales traten de emular a Hércules y que interpretar de tal manera sus sentencias sirve para poner de manifiesto la “estructura oculta”.

15.- La crítica de Hart apunta a que no considera en primer término, que en los casos tan limitados de ejercicio de la interpretación constructiva, los jueces traten

¹¹⁵ Cfr. op. cit., pág. 43.

de imitar a Hércules. En segundo lugar, la preocupación de Dworkin por la interpretación constructiva lo llevó a pasar por alto que algunos principios de derecho no deben su condición de tales a que su contenido sirva para interpretar el derecho establecido, sino a lo que él denomina su pedigrí, esto es, a la manera en que fueron creados o adoptados por una fuente autorizada reconocida. Esta preocupación condujo a Dworkin a un doble error. Primero, a considerar que los principios de derecho no pueden reconocerse por su pedigrí y segundo a considerar que las reglas de reconocimiento sólo pueden proporcionar criterios relativos al pedigrí. Ambas convicciones, en opinión de Hart, resultan erradas. Ni el carácter no concluyente de los principios ni sus demás características impiden que se los identifique con criterios relacionados con el pedigrí. Múltiples principios fundamentales del *common law* son identificados como derecho mediante la prueba del pedigrí, en el sentido de que han sido invocados reiteradamente por los tribunales en distintos casos como fundamentos para fallar de una manera determinada, y ellos deben tenerse en cuenta por mucho que en algunas oportunidades puedan ser desplazados por razones que apuntan en sentido contrario. Ante ejemplos de principios que se reconocen mediante criterios relacionados con el pedigrí, no puede prosperar ningún argumento general en el sentido que incluir los principios como parte del derecho implica abandonar la regla del reconocimiento. En consecuencia, entre el reconocimiento de que los principios forman parte del Derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento, no existe la incompatibilidad afirmada por Dworkin. Y se justifica una conclusión aún más categórica si se tiene presente que el punto de partida para identificar cualquier principio de Derecho que deba quedar de manifiesto según la regla interpretativa de Dworkin es cierta área del derecho establecido con la que dicho principio calza y contribuye a justificar. Por ende, el uso de ese criterio supone reconocer el derecho establecido y para que ello sea posible, es menester una regla de reconocimiento que especifique las fuentes de derecho y las relaciones de superioridad y subordinación aplicables a ellas¹¹⁶.

¹¹⁶ Cfr. op. cit., págs. 44-47.

IV) Los principios en Dworkin,

a) en “Los derechos en serio”

1.- En “Los derechos en serio”, establece que la estrategia para llevar un ataque general contra el positivismo ha de organizarse en torno al hecho que, cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones, jurídicas, especialmente en los casos difíciles, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.

Argumentará –anticipa- que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas y sostendrá que su idea central de una única fuente de derecho legislativa, obliga a pasar por alto la importancia de los estándares que no son normas.

Aclara que ha empleado diversos términos: “principios, directrices políticas y otro tipo de pautas”. En la mayoría de los casos, adelanta, usará el término de “principios” en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas; en otras ocasiones, adelanta, será más exacto, distinguiendo entre principios y directrices políticas¹¹⁷.

2.- Y significa así que: “Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio”. Pero, agrega, la distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social, o si se interpreta que una directriz enuncia un principio, o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos¹¹⁸. Es

¹¹⁷ Cfr. op. cit., pág. 72. En lo sucesivo en este apartado, siempre que se aluda a “op.cit.” sin otra indicación, lo será a la obra que se viene analizando.

¹¹⁸ Cfr. op. cit., págs. 72-73.

propósito inmediato del autor distinguir los principios –en sentido genérico- de las normas y escoge entonces algunos ejemplos de principios, básicamente dos casos judiciales estadounidenses.

3.- El primero de ellos es el caso *Riggs vs. Palmer*, de 1.889 ante un tribunal de Nueva York. Plantea si un heredero testamentario (nieto)¹¹⁹ puede heredar a su causante (abuelo), aunque para hacerlo lo hubiera asesinado. En primera instancia se resolvió acoger el pedido del heredero-homicida, lo que fue revocado en alzada. El razonamiento del tribunal advierte en primer término que es cierto que las leyes que regulan los testamentos y la entrega del patrimonio relicto al heredero interpretadas literalmente, conceden esta propiedad al asesino. Pero el mismo tribunal continuó señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. Y el asesino no recibió su herencia^{120 121}.

4.- El segundo caso es de 1.960, ante un tribunal de Nueva Jersey, autos *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, donde se plantea si un fabricante de automóviles está habilitado y hasta qué extremo, para limitar su responsabilidad si el vehículo es defectuoso. Henningsen había comprado un coche y suscripto un contrato donde se pactó el límite de la responsabilidad del fabricante por defectos a

¹¹⁹ Carrió denomina al caso *Riggs vs. Palmer*, “el del nieto apurado” (cfr. G. R. Carrió: “Un modelo de reglas específicas, standards y principios”, en op. cit., págs. 225-231, esp. pág. 229).

¹²⁰ En el derecho positivo patrio este ejemplo no es procedente. La norma del artículo 842 del Código Civil previene: “Son indignos y como tales, no pueden adquirir pos testamento. 1º El condenado en juicio por homicidio intencional o tentativa del mismo contra la persona de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo”. Volverá Dworkin sobre este ejemplo en la obra que se analizará *in posterum* (cfr. R. Dworkin: “El imperio de la justicia”, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2.005, págs. 25-28).

¹²¹ Expresa Ferrajoli que la decisión se apoyó –con glosa de múltiples citas- en “...precisas reglas jurídicas, aun cuando obtenidas como implícitas en otras reglas: como el respeto a la voluntad del testador, que ciertamente no habría designado como heredero a su asesino; a la regla de la nulidad del negocio realizado por violencia o engaño, una y otro reconocibles en el asesinato, que ciertamente el testador no había previsto en el momento de testar; a la regla de la revocabilidad en todo momento del testamento, impedida por el asesinato; o a la obtenible de la intención del legislador, que ciertamente habría resuelto la cuestión en el sentido adoptado por los jueces si hubiera tenido que resolverla... Pero en todos los casos se ha tratado de aplicaciones de reglas” (cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo principialista...”, cit., pág. 37 nota 52).

reparar las partes defectuosas, excluyendo cualesquier otra garantía, obligaciones o responsabilidades. Henningsen argumentó que al menos en su caso, el fabricante debía resarcir gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente que había padecido por defectos en el vehículo, sin que pudiera aportar norma alguna que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, empero, acogió la demanda y, a lo largo de la sentencia, recurre a diversos principios: a) debe tenerse presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo, no puede luego evadir sus consecuencias. b) en la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes. c) la libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito del proceso de que se trata. d) en una sociedad como la de los Estados Unidos, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que refiere a la construcción, promoción y venta de sus vehículos; por ende, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra, para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados. e) hay un principio que resulta familiar o está firmemente integrado en la historia del derecho angloamericano, que es el de la doctrina básica de que los tribunales no deben dejarse utilizar como instrumentos de desigualdad e injusticia. f) más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un pacto en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra^{122 123 124}.

5.- Y de allí prosigue: “Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas... Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

¹²² Cfr. op. cit., págs. 73-74.

¹²³ También en este supuesto, Ferrajoli establece que se trata de aplicación de reglas. “... cuya decisión bien podría haberse basado, más que en las genéricas motivaciones formuladas por los jueces, sobre las reglas, también presentes en el *Common Law*, de la resarcibilidad del daño injusto por parte de quien lo ha provocado, poniendo en circulación automóviles inseguros, o de la invalidez de las cláusulas contractuales viciadas de fraude o de engaño hacia uno de los contratantes” (cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo...”, cit., loc. cit.).

¹²⁴ En el derecho positivo patrio el tema está contemplado por la Ley N° 17.250, de relaciones de consumo.

“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”¹²⁵.

Alude a que si una norma preceptúa que el testamento no es válido si no cuenta con la suscripción de tres testigos, es una norma jurídica válida, entonces no lo es el testamento que no cuente con los tres testigos. Y si hay excepciones, las mismas deben ser enunciadas ya que si no se lo hace, la referencia es inexacta e incompleta.

6.- Mas no es así como operan los principios, ni siquiera aquéllos que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Por ejemplo, se respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no se quiere decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete, lo que en ocasiones es perfectamente legal, caso de la usucapión¹²⁶. Y ello porque puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos. En estos casos puede ser que el principio no prevalezca, pero no deja de serlo, dado que, en otro supuesto en que las consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo¹²⁷.

7.- De esa primera diferencia entre norma y principios, deriva otra: los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien ha de decidir el conflicto tiene que tener

¹²⁵ Cfr. op. cit., págs. 74-75.

¹²⁶ En el derecho positivo patrio, no sólo la prescripción adquisitiva, también la extintiva y las múltiples caducidades. Adviértase que en materia tan sensible como la de la *res iudicata* aparente o fraudulenta, el transcurso de los plazos establecidos para recurrir, plantear una incidencia de nulidad o deducir el recurso de revisión (artículos 115, 281, 283 y 285 del Código General del Proceso), consolida resultados obtenidos por medios espurios (sobre el tema y más ampliamente, *vide*: E. J. Varela-Méndez: “Las vías de impugnación de la cosa juzgada aparente o fraudulenta”, en Rev. U. D. Pr., año 2.002, págs. 201-212).

¹²⁷ Cfr. op. cit., págs. 75-77.

en cuenta el peso relativo de cada uno, operación en la que no puede haber una medición exacta, y, el juicio respecto a si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia.

Las normas, en cambio, no tienen esta dimensión. No puede sostenerse, en caso de un conflicto de normas, que una sea más importante que otra. Si se da ese conflicto, una de ellas no puede ser válida. Los conflictos pueden ser regulados mediante otras normas que prefieran la impuesta por la autoridad superior, la posterior, o la más especial. Un sistema jurídico, afirma, también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes¹²⁸.

Concluye que una vez que se identifica a los principios jurídicos como estándares aparte, diferente de las normas, se advierte que se está rodeado de ellos y que donde parecen funcionar con más fuerza y tener el mayor peso, es en los casos difíciles como los citados de Riggs y Henningsen. En esos casos, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan los juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, puede decirse que el fallo crea una norma determinada, pero ella no existe antes que el caso fuera decidido.

8.- En esos casos difíciles, la doctrina positivista, que alude también y como ya se ha relacionado, que las normas jurídicas tienen límites inciertos –son de “textura abierta”- y da cuenta de los casos difíciles, señala que los jueces tienen discrecionalidad para decidirlos mediante una legislación nueva. Esa discrecionalidad es criticada por Dworkin¹²⁹. Y destaca asimismo: “En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene ‘discreción’ para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado, después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos”¹³⁰. Y las

¹²⁸ Cfr. op. cit., págs. 77-79.

¹²⁹ Cfr. op. cit., págs. 83-94.

¹³⁰ Cfr. op. cit., pág. 146.

objeciones que levanta Dworkin son múltiples: a) "... una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera en que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición". b) "... si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho". c) contradice el lenguaje de los juristas: los justiciables van a los tribunales no a que se les cree el derecho, sino a que se les reconozca^{131 132}.

Su argumento es que, cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo y resulta deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuales son los derechos de las partes, en lugar de inventar, retroactivamente, derechos nuevos; propone asimismo que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles, son y deben ser generadas por principios¹³³.

9.- En los casos difíciles, la argumentación jurídica gira en torno a conceptos controvertidos, entre ellos, conceptos sustantivos a través de los cuales se enuncia el derecho, como los de contrato y propiedad; pero también conceptos de mayor importancia. En primer término, los de "intención" o "propósito" de una ley o cláusula, que sirve de puente entre la intención política de la idea general de que las leyes crean derechos y los casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada. En segundo lugar, el concepto de principios que "están en la base de" o "incorporados en" las normas jurídicas, que sirve de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser resueltos de manera similar y aquellos casos difíciles en que no está claro qué exige esa doctrina general. El modo operativo es la "teoría de la adjudicación", que posibilitará una respuesta correcta desde la explicación completa de la totalidad del derecho explícito e implícito de la sociedad y una justificación moral de ese derecho. Ese

¹³¹ Cfr. op. cit., págs. 150-156.

¹³² Lo que va conforme con el aforismo: *iudicis est ius dicere, non ius dare*.

¹³³ Cfr. op. cit., págs. 146 y 150.

esfuerzo requiere de un juez “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules”. Para conocer, definir y resolver los derechos y deberes, no bastan las normas, directrices y principios, es menester armonizar, develar y justificar todo ese material, sin contradicciones, a través de la adjudicación de Hércules y ello permite, en la opinión del autor, obtener la respuesta adecuada aun a los casos difíciles, sin reconocer poderes de creación jurídica a los jueces¹³⁴.

10.- Pero esa confianza de Dworkin debe ser precisada en los propios términos del autor: “Por cierto que el juicio que emita cualquier juez respecto de los derechos de las partes puede ser erróneo en los casos difíciles... podría conceder, *arguendo*, que la técnica de Hércules es apropiada para Hércules, alguien que por hipótesis tiene gran penetración moral, pero negaría que la misma técnica fuese apropiada para los jueces en general, que no la tienen. Sin embargo, al evaluar esta distinción hemos de tener cuidado al examinar las alternativas. Cuando los jueces cometen errores respecto de los derechos jurídicos incurrir en injusticia, ya sea que los errores favorezcan al demandante o al acusado... Debemos auspiciar técnicas de adjudicación de las que quepa esperar que reduzcan globalmente el número de errores, basándose en algún juicio de las capacidades relativas de los hombres y mujeres que podrían ocupar los diferentes roles... De manera que esta forma de escepticismo no es en sí misma un argumento en contra de la teoría de la adjudicación de Hércules, por más que ciertamente sirva como oportuno recordatorio, para cualquier juez, de que bien puede equivocarse en sus juicios políticos y de que, por ende, ha de decidir con humildad los casos difíciles”¹³⁵.

11.- Es menester, no obstante, destacar que Dworkin proclama que: “En mi opinión, los derechos jurídicos son derechos institucionales, es decir, derechos auténticos que sirven como razones importantes y normalmente muy poderosas para las decisiones políticas. Los derechos morales básicos intervienen, de maneras que he intentado describir, en el cálculo de qué derechos jurídicos tiene la gente cuando los materiales estándar no son una guía segura; por ende, es errónea la tesis de algunos positivistas, según la cual derechos jurídicos y derechos morales pertenecen a dos

¹³⁴ Cfr. op. cit., págs. 176-198, *passim*.

¹³⁵ Cfr. op. cit., págs. 207-208.

órdenes conceptualmente distintos. Pero ciertamente hay casos en que el derecho institucional queda claramente establecido por los materiales jurídicos vigentes, como una ley, y entra claramente en conflicto con los derechos morales básicos. En estos casos, el juez que intenta hacer lo que moralmente es correcto se encuentra ante un conflicto ya conocido: el derecho institucional proporciona una razón auténtica – cuya importancia variará con la justicia o la injusticia general del sistema en su totalidad- para decidir de una manera, pero hay ciertas consideraciones morales que constituyen una razón importante en su contra. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales básicos son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda para apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir, porque se verá privado de toda eficacia a menos que se entienda que, en su condición de magistrado, dice que los derechos jurídicos son diferentes a lo que él cree que son. Naturalmente, podría evitar la mentira si renuncia, cosa que ordinariamente servirá de muy poco, o si permanece en su cargo esperando, contra toda esperanza, que su recurso, basado en razones morales, tenga el mismo efecto práctico que habría tenido una mentira... Si efectivamente un derecho jurídico institucional entra en conflicto con la moral, pese a la influencia que ésta debe tener sobre la respuesta correcta en un caso difícil, la jurisprudencia debe entonces reseñar con precisión el conflicto y dejar a cargo del juez tanto la difícil decisión moral que éste debe tomar como la mentira que quizá se vea obligado a decir”¹³⁶.

b) en “El imperio de la justicia”

1.- Dworkin vuelve sobre la temática en obra posterior, cuyo análisis será objeto de esta sección¹³⁷.

Afirma desde el comienzo: “Somos súbditos del imperio de la ley, vasallos de sus métodos e ideales, amarrados de espíritu mientras debatimos que debemos hacer”; pero la pregunta de cómo puede mandar la ley, la ubica en “...el razonamiento legal (que) es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo”. Y afirmará rotundamente que “...la controversia es en realidad sobre

¹³⁶ Cfr. op. cit. págs. 450-451.

¹³⁷ Cfr. R. Dworkin: “El imperio de la justicia”, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2.005. La citas indicadas *in posterum* como “op. cit.” en esta sección, referirán a esa obra.

moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho”¹³⁸.

Sobre el fin de la obra, asevera: “Las cortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas”. “El derecho es un concepto interpretativo”. Destaca el derecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación, que no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. “Es la actitud la que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso”. “La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad, a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones”¹³⁹.

2.- Señala que el libro trata sobre el desacuerdo teórico en derecho. Que la práctica legal es argumentativa y que estudiará el argumento legal formal desde el punto de vista de los jueces, no sólo porque los jueces sean importantes, sino porque el argumento judicial sobre reclamos de derecho es un paradigma útil para investigar el aspecto central con carácter de propuesta de la práctica legal¹⁴⁰.

3.- El concepto de derecho, en su opinión, relaciona el derecho con la justificación de coerción oficial. Una concepción de derecho debe explicar de qué manera aquello que considera ser derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coactivo del Estado, una justificación válida salvo en casos especiales cuando algún argumento rival sea particularmente poderoso¹⁴¹.

4.- Presenta una serie de casos difíciles, a partir de anales de jurisprudencia estadounidenses –uno de los cuales, el caso Riggs ha sido relatado *ut retro*- para

¹³⁸ Cfr. op. cit., págs. 11 y 12.

¹³⁹ Cfr. op. cit., págs. 286-290.

¹⁴⁰ Cfr. op. cit., págs. 22-24.

¹⁴¹ Cfr. op. cit., pág. 140-141.

continuar con sus desarrollos que reiteran, por lo demás, críticas a la concepciones contrarias, precisamente al positivismo¹⁴².

5.- Postula que la integridad es la clave de la mejor interpretación constructiva de las prácticas de derecho y de la forma que los jueces resuelven los casos legales difíciles. Reconoce dos formas de integridad: la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación. La primera restringe lo que los legisladores y otras personas encargadas de elaborar la ley, pueden hacer correctamente. La segunda requiere que los jueces traten el actual sistema jurídico como si respetara y expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y por debajo de ellas. La integridad es una virtud junto con la justicia, equidad y el debido proceso. “La integridad requiere que las normas públicas de la comunidad sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta”¹⁴³. Y “El principio adjudicativo instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y los derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por el mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad”. “Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”. El programa que se ofrece a los jueces para resolver los casos difíciles es esencialmente interpretativo¹⁴⁴.

6.- Alude a la cadena del derecho, para explicar cómo el derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario, se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario; y antes precisó ejemplificando, la cadena de autores en la redacción de una novela: un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista interpreta los capítulos que ha recibido para redactar el suyo; el objetivo es crear una sola novela a partir del material que ha recibido, lo que él le agregue y lo que querrán o podrán agregar sus

¹⁴² Cfr. op. cit., págs. 24-42.

¹⁴³ Cfr. op. cit., págs. 158-163.

¹⁴⁴ Cfr. op. cit., págs. 164-165.

continuadores. El juez sabe que otros jueces han resuelto casos que tratan sobre problemas parecidos, debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar. Su decisión debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes hasta donde sea posible, en un delicado equilibrio entre convicciones políticas de distintos tipos que deben estar lo suficientemente relacionados, aunque desunidos, para permitir un juicio general que cambia el éxito de una interpretación sobre un tipo de norma, sobre su fracaso sobre otro. Para mostrar esa compleja estructura, ocurre nuevamente al juez Hércules, imaginario, de gran poder intelectual y paciencia sobrehumanos y tiempo infinito, que acepta el derecho como integridad. Pero, aclarará más adelante, “Ningún juez real podría componer algo que se aproximara a una completa interpretación de todo el derecho de su comunidad...un juez verdadero sólo puede imitar a Hércules en forma limitada”¹⁴⁵.

7.- El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, en la medida de lo posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios, sobre justicia y equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se le presenten de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Debe tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario sobre fundamentos de principio, no de política: deben presentar argumentos de por qué las partes tenían derechos y deberes legales “nuevos” que pusieron en vigor en el momento en que actuaban las partes o en algún otro momento del pasado¹⁴⁶. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad, deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y doctrina legal de su comunidad¹⁴⁷.

8.- Cuando Hércules debe interpretar un estatuto (una ley), utiliza las mismas técnicas. Considerará al Congreso como un autor anterior en la cadena del derecho y considerará que su propio papel es fundamentalmente creativo, como el de un socio que debe seguir desarrollando de la mejor manera posible, el plan estatutario

¹⁴⁵ Cfr. op. cit., págs. 166-177.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cfr. op. cit., págs. 183-184.

comenzado por el Congreso. Comprende la idea de la intención o propósito de un estatuto, no como una combinación de los propósitos o intenciones de ciertos legisladores, sino como resultado de la integralidad, de asumir una actitud interpretativa con respecto a los hechos políticos que incluyen la sanción del estatuto. Tratará de encontrar la mejor justificación posible de un hecho legislativo del pasado; su descripción debe justificar toda la historia y no sólo su conclusión; su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia, sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad y el debido proceso en cuanto a que éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia. La integridad y la equidad restringirán la justicia y sabiduría. La integridad le exige que construya, para cada estatuto que le piden ponga en vigor, una justificación que se adapte y fluya a través del estatuto y, de ser posible, sea coherente con otra legislación en vigor. Esto significa que debe preguntarse qué combinación de principios y políticas, con qué asignaciones de relativa importancia, cuando éstos compiten, llegan a proporcionar el mayor caso para aquello que las palabras simples del estatuto requieren. En lo que hace a la equidad, implica superar importantes obstáculos entre sus creencias y su juicio acerca de cual interpretación es mejor. Se trata de buscar cual solución es la más favorable para todos. Un estatuto sólo resulta confuso cuando existen buenos argumentos disponibles para cada una de las interpretaciones rivales. Pero Hércules no necesita una distinción preanalítica entre declaraciones claras y confusas cuando la confusión putativa se sitúe en una palabra o frase en particular. Un estatuto le causa dificultades debido a la ambigüedad o abstracción de alguna palabra, sólo cuando haya por lo menos una duda sobre si el estatuto sería una mejor actuación de la función legislativa interpretada en una forma y no en otra. Cuando no existe duda alguna, el estatuto es claro y no porque Hércules tenga una distinción, aparte de su método general, para distinguir los usos claros o confusos de una palabra, sino porque el método que utiliza siempre es tan fácil de aplicar que se aplica solo. Y no hay diferencia entre los casos fáciles y los difíciles; su método funciona también para los primeros, pero,

como las preguntas que hace entonces son obvias, o parecen serlo, no se advierte que se aplica una teoría¹⁴⁸.

9.- Llegado Hércules a la Corte Suprema de los Estados Unidos, seguirá, para los casos constitucionales, empleando su estrategia, pero como la constitución es un estatuto muy especial, elaborará una aplicación especial de la misma. Y así decidirá que el objetivo de la adjudicación constitucional no es sólo nombrar derechos sino asegurarlos y hacerlo por aquellos a quienes corresponden esos derechos. Los jueces tienen el deber de hacer cumplir los derechos constitucionales, hasta el punto donde la ejecución deja de ser provechosa para aquellos cuyos derechos se supone debe proteger. Cuando interviene en el proceso de gobierno para declarar inconstitucional un estatuto u otro acto del gobierno, lo hace al servicio de su juicio más concienzudo acerca de qué es en realidad la democracia y qué quiere decir en realidad la Constitución, madre y guardiana de la democracia¹⁴⁹.

10.- Para Hércules, el derecho actual consiste en principios que proporcionan la mejor justificación disponible para las doctrinas y estratagemas del derecho en su totalidad. El principio adjudicativo de integridad le obliga a ver el derecho como un todo coherente y estructurado. Una vez que Hércules ha elaborado qué es el derecho ahora, no puede haber un derecho más puro latente en él. "... el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones; este derecho más puro está definido por la integración pura. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justificación del actual derecho... abstrayendo así todas las restricciones de equidad y proceso que requiere la integración inclusiva. El actual derecho trata de buscar el derecho puro cuando aparecen formas de decisión que parecen satisfacer la equidad y el proceso y acercan el derecho a su propia ambición"¹⁵⁰.

c) en "Justicia para erizos"

1.- La última obra a considerar para completar el panorama de las ideas de Dworkin, es "Justicia para erizos"¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. op. cit., págs. 223-250.

¹⁴⁹ Cfr. op. cit., págs. 267-280.

¹⁵⁰ Cfr. op. cit., págs. 281-286.

¹⁵¹ Cfr. R. Dworkin: "Justicia para erizos", trad. de Horacio Pons, FCE, Bs. Aires, 2.014. Las referencias bibliográficas "op. cit.", aludirán a esta obra.

El título, expresa: "... se refiere a un verso de un poeta griego de la Antigüedad, Arquíloco, que Isaiah Berlin hizo célebre para nosotros. El zorro sabe muchas cosas, el erizo sabe una, pero grande. El valor es una cosa grande... trato de ilustrar la unidad de, al menos, los valores éticos y morales... Esa idea –los valores éticos y morales dependen unos de otros- es un credo; propone un modo de vivir. Pero es también una vasta y compleja teoría filosófica... mi tesis general es impopular en nuestros días: hace ya muchas décadas que el zorro lleva la voz cantante en la filosofía académica y literaria, sobre todo en la tradición angloestadounidense. Los erizos parecen ingenuos o charlatanes, y quizás hasta incluso peligrosos"¹⁵². Y más adelante precisa: "Hemos alcanzado las primeras estribaciones del pleno holismo valorativo: la fe del erizo en que todos los valores forman una red interconectada y en que cada uno de nuestras convicciones sobre lo que es bueno, correcto o bello tiene algún papel a la hora de respaldar cada una de nuestras demás convicciones en cada uno de esos dominios de valor"¹⁵³.

2.- Y de ahí apunta a: "... una concepción del derecho conforme a la cual este no es un sistema de reglas que rivaliza y puede estar en conflicto con la moral, sino que es en sí mismo una rama de esta última... la moral en general tiene una estructura de árbol: el derecho es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de una moral personal más general..."¹⁵⁴.

3.- Anota que utiliza los términos ética y moral de forma peculiar. Estándares morales son los que prescriben el modo como debe tratarse a los otros; los éticos, el modo en que debemos vivir nosotros mismos. Pero su esperanza es integrar la ética con la moral, por conducto de una integración de apoyo mutuo¹⁵⁵.

4.- Frente a lo que denomina la imagen ortodoxa, que imputa al positivismo, ante las relaciones entre derecho y moral, que sostiene que derecho y moral describen diferentes colecciones de normas, afirma el interpretativismo jurídico, que niega que el derecho y la moral sean sistemas completamente independientes.

La primera de las concepciones aludidas, sostiene que el derecho pertenece a una comunidad específica, mientras que la moral consiste en un conjunto de

¹⁵² Cfr op. cit., pág. 15.

¹⁵³ Cfr. op. cit., págs. 154-155.

¹⁵⁴ Cfr. op. cit., pág. 20.

¹⁵⁵ Cfr. op. cit., págs. 239 y 315.

estándares o normas que tienen fuerza imperativa para todo el mundo; declara la completa independencia de los dos sistemas; que derecho y moral son conceptualmente distintos.

La segunda, de Dworkin, interpretativismo jurídico como se ha expresado, trata el concepto de derecho como un concepto interpretativo. Niega que el derecho y la moral sean sistemas completamente independientes. “Sostiene que el derecho incluye no sólo las reglas específicas promulgadas de conformidad con las prácticas aceptadas de la comunidad, sino también los principios que aportan a dichas reglas la mejor justificación moral. El derecho también incluye entonces las reglas que se deducen de esos principios justificativos, aun cuando tales reglas nunca hayan sido promulgadas... el derecho incluye no sólo reglas promulgadas, o reglas con linaje, sino también principios justificativos”¹⁵⁶.

5.- Defiende Dworkin una conexión íntima entre derecho y moral. Hay un solo sistema. El derecho es parte de la moral política, una subdivisión de aquélla. Y plantea que ello permite superar lo que denomina “acertijo del derecho injusto”. Presenta como ejemplo a estos fines, la ley de esclavos fugitivos, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos antes de la Guerra de Secesión, que ordenaba que los esclavos que huían a estados no esclavistas mantendrían su condición y requería la intervención de los funcionarios de estos estados para devolverlos a su condición. Los jueces a quienes se pidió que hicieran cumplir la ley se enfrentaron así a un dilema moral: la ley era derecho válido y debían cumplirla, renunciar o bien mentir que no era derecho válido. Llama a explicar el acertijo del derecho injusto dentro de la concepción integrada de derecho y moral, concentrándose en la cuestión moral subyacente. Y así concluye que las pretensiones de los propietarios de esclavos estaban indudablemente minadas por un argumento moral más fuerte –que el de autoridad, precedente y confianza políticos- fundado en los derechos humanos, de modo que la ley no debería hacerse cumplir¹⁵⁷.

6.- La moral se proyecta así, decidida y decisivamente, sobre las condiciones de validez de las normas jurídicas.

¹⁵⁶ Cfr. op. cit., págs. 485-487.

¹⁵⁷ Cfr. op. cit., págs. 490-498.

7.- Y concluye su obra aseverando que: “El derecho está efectivamente integrado con la moral: abogados y jueces trabajan como filósofos políticos de un Estado democrático”. Y “Debemos en consecuencia, esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental de nuestro país lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría, no porque debamos a veces comprometer el derecho con la moral, sino porque es exactamente eso es lo que el derecho mismo, entendido como es debido, requiere”¹⁵⁸.

d) El extremismo de Dworkin

Es preciso señalar que Dworkin llega a extremos difícilmente compartibles: “En mi opinión, los derechos jurídicos son derechos institucionales, es decir, derechos auténticos que sirven como razones importantes y normalmente muy poderosas para las decisiones políticas. Los derechos morales básicos intervienen, de maneras que he intentado describir, en el cálculo de qué derechos jurídicos tiene la gente cuando los materiales estándar no son una guía segura; por ende, es errónea la tesis de algunos positivistas, según la cual derechos jurídicos y derechos morales pertenecen a dos órdenes conceptualmente distintos. Pero ciertamente hay casos en que el derecho institucional queda claramente establecido por los materiales jurídicos vigentes, como una ley, y entra claramente en conflicto con los derechos morales básicos. En estos casos, el juez que intenta hacer lo que moralmente es correcto se encuentra ante un conflicto ya conocido: el derecho institucional proporciona una razón auténtica –cuya importancia variará con la justicia o la injusticia general del sistema en su totalidad- para decidir de una manera, pero hay ciertas consideraciones morales que constituyen una razón importante en su contra. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales básicos son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda para apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir, porque se verá privado de toda eficacia a menos que se entienda que, en su condición de magistrado, dice que los derechos jurídicos son diferentes a lo que él cree que son. Naturalmente, podría evitar la mentira si renuncia, cosa que ordinariamente servirá de muy poco, o si permanece en su cargo esperando,

¹⁵⁸ Cfr. op. cit., págs. 502-503.

contra toda esperanza, que su recurso, basado en razones morales, tenga el mismo efecto práctico que habría tenido una mentira... Si efectivamente un derecho jurídico institucional entra en conflicto con la moral, pese a la influencia que ésta debe tener sobre la respuesta correcta en un caso difícil, la jurisprudencia debe entonces reseñar con precisión el conflicto y dejar a cargo del juez tanto la difícil decisión moral que éste debe tomar como la mentira que quizá se vea obligado a decir”^{159 160}.

¹⁵⁹ Cfr. R. Dworkin: “Los derechos ...”, cit., págs. 450-451.

¹⁶⁰ La mentira, catalogada como *bonus dolus*, ha sido recibida, lamentablemente, en la jurisprudencia vernácula. En proceso promovido por depositante en el Banco de Montevideo –intervenido y liquidado por la autoridad bancocentralista-, cuyos fondos transfirió al Banco La Caja Obrera, contra Banco de Montevideo, Banco La Caja Obrera, Banco Central del Uruguay y el interventor designado por éste en los otros bancos aludidos, se hace caudal de ello en segunda instancia y en casación. El depositante se dirigió al interventor designado por el Banco Central del Uruguay del Banco de Montevideo; solicitó la restitución de depósitos que allí tenía constituidos. El interventor le expresó que tenía problemas de caja, pero le propuso trasladarlos al Banco La Caja Obrera –del mismo grupo económico y del que también era interventor-, asegurándole que el Banco de la República Oriental del Uruguay capitalizaría al La Caja Obrera garantizando los depósitos. Así lo hizo el depositante. Al poco tiempo, se dispone por el Banco Central la liquidación de los Bancos de Montevideo y La Caja Obrera y el depositante, frustrado, se ve frente a la alternativa de recibir sus depósitos en “moneda de quiebra”.

En primera instancia –Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de Segundo Turno, Dra. Cristina Crespo, sentencia N° 33, de 3/IX/2.004-, se acoge la demanda, declarando nulos por vicio de consentimiento los contratos de depósito y condenando a los demandados a la restitución de los fondos respectivos, más intereses.

En segunda instancia –Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, sentencia N° 169/2.006, de 9/VIII/2.006, Dres. Sasson, Sosa Aguirre (red.), Salvo, Chediak (disc.) y Presa (disc.), se revoca la sentencia de primer grado desestimando la demanda. En los “Considerandos”, se expresa: “... y es más, puede admitirse cierta mentira respecto de lo que podría ser la pervivencia y prosperidad de la institución”... “Delicado es establecer un límite entre el *bonus dolus* (comportamiento lícito que aunque realizado con astucia, malicia, halagos, jactancias, propaganda, incitaciones e insistencia, se consideran permitidos en la vida de los negocios en general en las relaciones sociales y jurídicas frente al cual cualquier sujeto del mundo del derecho está preparado y habituado ...) y la aseveración de un hecho falso determinante de vicio del consentimiento”. Y “... es de ver que la virtual mentira sobre capitalización y respaldo del Banco Central no es una ‘mise en scène’ suficiente para configurar dolo vicio del consentimiento...”.

Entendiendo en casación, la Suprema Corte de Justicia –sentencia N° 2/2.008, de 8/II/2.008, Dres. Rodríguez Caorsi, Bossio, Ruibal, Van Rompaey (disc.) y Gutiérrez (disc.)- en mayoría, desestima el recurso y declara firme, en consecuencia, el pronunciamiento de segundo grado. En los “Considerandos” (en mayoría), se expresa: “El artículo 1.275 C.C., invocado por la actora, dispone que: ‘Para que el dolo pueda ser un medio de nulidad es preciso que haya dado causa al contrato. Tendrá ese carácter cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes fuese inducido el otro a celebrar un contrato que en otro caso no hubiera otorgado’. Partiendo del texto legal referido, se comparte en términos generales lo afirmado por el Tribunal en el sentido que: ‘el elemento material del dolo tiene mayor entidad que la simple mentira, requiere una maquinación insidiosa, una alteración de la realidad dirigida a preparar un ardid, trampa o celada; por ello, hay una diferencia de entidad entre dolo y mentira aunque ambas conductas se parifiquen en cuanto violan, las dos, el principio de la buena fe’. Todo lo cual lleva a descartar, como lo hizo el Tribunal, desde un punto de vista estrictamente conceptual sin pronunciarse desde una perspectiva probatoria sobre dicho extremo, que la mentira sin otros aditamentos, sin artificios, pueda configurar desde el punto de vista objetivo, dolo”... “En este contexto, según expresó la parte recurrente, ésta planteó la “conveniencia” de hacer una remesa de fondos al Banco de la República, a lo que Xavier le

respondió que no lo podía resolver porque estaba saliendo de su ámbito de competencia: Banco de Montevideo, Banco La Caja Obrera. Se mencionó al ABN y se dijo que 'estábamos exactamente en la misma situación'. El Dr. Reggio planteó como opción el depósito de los fondos en el B.R.O.U., a lo que el declarante contestó negativamente. La razón invocada por Xavier fue que era imposible efectuar los depósitos porque ello implicaba para el Banco de Montevideo un desembolso que no podía afrontar por su falta de liquidez y para hacerlo debía quedar sobregirado frente al Banco Central, lo que excedía su competencia. Se afirmó por Xavier que no había dinero en caja y se le persuadió de que dejara sus depósitos en el Banco La Caja Obrera"... "El Interventor le mencionó si las dificultades que afrontaba el Banco de Montevideo y asimismo que existía un proyecto de capitalización para la recuperación de la entidad que comprendía también al B.C.O. Las partes convinieron según propuesta del Cr. Xavier. En tal sentido puede considerarse, como lo hizo la Sala, que el interventor persuadió al actor". En su discordia -redactada conjuntamente- los Ministros Van Rompaey y Gutiérrez, ponen las consideraciones, en sus justos términos: "Cuando fue reiterada la solicitud de transferencia originalmente pedida, se le informó que era imposible, atento a la situación financiera de la Institución pagar por caja esa cifra, situación extensible a la transferencia de fondos al ABN y al B.R.O.U. (lo que no se ajustaba a la verdad, en tanto se continuaban satisfaciendo los retiros que se solicitaban -declaraciones del Presidente del B.C.U. Ec. Julio de Brun de a fs. 965-), aconsejándosele la transferencia a favor del B.C.O., el que, según se afirmó, contaría con el respaldo del B.C.U. Conforme a lo expresado -como se plantea por parte del órgano de primer grado- no cabe duda que existe responsabilidad por el incumplimiento de la orden de transferencia bancaria con la consiguiente indisponibilidad de ese importe para la empresa accionante, lo que habilita el progreso de la pretensión reparatoria por los daños reclamados, atinentes a la devolución del importe de los depósitos, y los intereses generados desde su exigibilidad (21 de junio de 2002) hasta el efectivo pago"... "Corresponde analizar seguidamente los demás motivos de agravio ejercitados por el recurrente respecto de las razones articuladas por la Sala como sustento de la decisión desestimatoria del accionamiento promovido. El primer fundamento radica en que el derecho a la información veraz que poseía la demandada estaba limitado por el interés diferente, o contrario en la ocasión, de la entidad de intermediación financiera a mantener su esfera de reserva y a procurar que los terceros mantuvieran sus depósitos en una situación de notoria crisis, argumentación que el recurrente entiende violatoria de las disposiciones constitucionales que consagran los derechos esenciales del hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, las normas que imponen la obligación de actuar de buena fe al contratar, así como las que regulan el derecho a la información, la Ley de relaciones de consumo No. 17.250 y la Ley No. 17.060, aspecto en el que se entiende le asiste razón. Como se señalara por parte de la Corporación en S. No. 24/05 -bien que referida a la figura de los corredores de bolsa, pero que resulta extensible 'mutatis mutandi' al subexamine: "En cuanto al contenido de la obligación de informar -comprendida específicamente en las exigencias del asesoramiento- es de aplicación lo afirmado por las Dras. Rodríguez Mascardi y Venturini, siguiendo a Tapia Hermida (Anuario de Derecho Comercial, No. 9, pág. 103): 'Los intermediarios deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan, cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, debiendo dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo, para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos'. Trasladando tales conceptos al caso en estudio se comparte la opinión de Blengio, quien en su consulta afirma (fs. 1209), citando a Bianca que: '... incluso en el caso de que un Banco no tuviera la obligación de suministrar informaciones al cliente, si se decide a hacerlo, y las que le da son erradas, aun cuando no actuara dolosa sino culposamente, deberá responder por el daño que ocasione por las mismas'. Y en posición coincidente respecto de la obligación de informar, la Dra. Szafir, citando al Prof. Gamarra en A.D.C.U. T.XXXV, pág. 855, afirma que: 'cuando estudia la responsabilidad precontractual la considera como el incumplimiento de una obligación preexistente de actuar de buena fe. Esta obligación de actuar de buena fe surge de los principios generales de derecho y emerge de varias disposiciones del Derecho Civil que regulan la etapa previa a la contratación'. En pronunciamiento No. 147/05 esta Corporación expresó: 'En este sentido Betti destacó con acierto que el deber de actuar de buena fe no sólo impone conductas

negativas excluyendo conductas deshonestas (no engañar, no defraudar) sino que también impone conductas positivas` ("Derecho de las Obligaciones", T. 1, págs. 113 y 115). Dentro de estos `deberes positivos` se encuentra el deber de informar que, como se viene de expresar, constituye una aplicación concreta del principio de buena fe (objetiva) (arts. 16 y 1.291 del C.C.) (v. Gamarra, T.D.C.U., T. 18, págs. 249-250, F.C.U., Ed. 92). Y cabe tener en cuenta que tal como señala Ordoqui, diversas disposiciones legales llevan implícita la vigencia del deber de informar: arts. 1.672, 1.717, 1.721, 1.804 y 2.236 del C.C. y arts. 4 lit. i y 27 de la Ley No. 8.733; art. 640 del Código de Comercio (v. "El contrato del año 2000: La protección del consentimiento y el deber de información", LJU, sección doctrina, T. 133). No resulta de recibo el argumento del diverso interés entre unos y otros que se alega para justificar la información errónea brindada por el B.C.U., en tanto al haberse incumplido la obligación de informar, y encontrándose suficientemente acreditado que la decisión de depositar en el B.C.O. estuvo precedida de una omisión negligente que impidió a los actores la correcta evaluación de los riesgos de su decisión, constituye un incumplimiento por el que se debe responder. No varía la decisión a adoptar la circunstancia de que hace caudal la demandada, cuando señala que el depósito de los fondos en el B.C.O. se enmarcó en circunstancias en las cuales Citymax no poseía un crédito cierto contra B.M. sino contra T.C.B., razón por la cual aceptó realizar ese depósito obteniendo como concesión recíproca el reconocimiento de su crédito en B.M., no sólo porque ello se contradice con los propios resultados de la investigación administrativa, sino además porque como se encarga de señalarlo correctamente el recurrente, el dolo sea determinante o incidente tiene trascendencia en la contratación, ya sea como vicio del consentimiento en el primer caso, o como fuente de la obligación de reparar el daño causado en el segundo (Cfme. Szafir, ob. cit. pág. 855), por lo que no cabe duda que el daño causado corresponde sea reparado. Tampoco resulta justificable que el interés particular alegado (retiro del depósito bancario) deba encontrarse supeditado al interés general (mantenimiento de la liquidez de las Instituciones intervenidas) por cuanto, como lo señala Riso en la consulta que se incorpora con la recurrencia, en lo que refiere al accionante, se encuentran en juego varios derechos tutelados constitucionalmente tales como el derecho de propiedad sobre el dinero depositado, la libertad contractual que implica el derecho a que se cumpla lo acordado, el de recibir información veraz de los funcionarios públicos y de que éstos respeten el ordenamiento jurídico, actúen conforme a derecho y a la moral, así como a ser indemnizado por el daño causado por ellos, no pudiendo admitirse, como señala Cassinelli en su consulta, que la persona obligada a cumplir con su obligación de veracidad en la información aduzca su propio interés diferente o contrario, para limitarlo. Se violenta asimismo el derecho de igualdad, como lo plantea el Dr. Marabotto en su consulta (fs. 1496) en tanto no sólo no se trata de personas partícipes del diálogo de la misma manera, sino que además tampoco se trató de forma igual a todos los depositantes en tanto, como surge de las propias declaraciones ya citadas del Ec. De Brun, durante el período preindicado a algunos depositantes se les devolvían sus fondos, lo que se le impidió hacer a Citymax en tanto, frente a su requerimiento se le informó, de forma contraria a la realidad, que ello no era posible atento a la iliquidez de la plaza financiera. En función de ello al surgir claramente de autos que a la promotora no le fue proporcionada información veraz sobre la situación económica financiera imperante, ello importa un actuar negligente violatorio de la obligación de informar, que impidió la correcta evaluación de los riesgos de su decisión y configura el incumplimiento contractual por el que debe responderse y que conduce, en consecuencia, a postular la casación de la recurrida". "Se entiende, en posición coincidente con la expuesta que la situación del accionante debe ser evaluada tomando en consideración no sólo su punto de vista, sino en relación con el interlocutor que brindó tal información, así como el ámbito en que la misma fue proporcionada, y que determina que tal aspecto no resulta un argumento válido para exonerar de responsabilidad". Y antes: "No puede olvidarse... que quien lo convence es nada menos que el Estado, personificado en el Banco Central y en su representante...". "Como lo plantea la doctrina citada por el recurrente, la figura del 'dolus bonus` que permite que los contratantes especulen con la falta de perspicacia de la contraparte, se contraponen con la obligación de lealtad impuesta a las partes, y aquellos aspectos que tienen que ver con la 'inteligencia` o 'sagacidad en la contratación` se contraponen asimismo con el deber de información y con la propia obligación general de buena fe en el desarrollo de los tratos precontractuales, lo que ha contribuido a circunscribir cada vez más los confines de tal figura, y que resulta imposible extender al subexámene al no configurarse sus requisitos constitutivos". Y antes: "Tampoco puede admitirse la conclusión de la Sala cuando afirma que lo probado es que se le dio al actor una opinión sobre el porvenir del negocio, admitiendo la 'mentira` respecto de lo que podría ser la pervivencia y

V) Alexy: la versión débil de una única respuesta correcta, los mandatos de optimización de los principios y el cumplimiento pleno de las reglas

1.-Alexy¹⁶¹ presenta la polémica planteada por Dworkin en punto a la existencia (o no) de una única respuesta correcta frente a un caso jurídico a resolver¹⁶².

El autor concluirá, dentro de su teoría de la argumentación jurídica¹⁶³, que “La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso

prosperidad de la Institución, y que los juicios que emitió el Interventor configuran ‘juicios personales’, que no se corresponden a sus poderes y facultades. En primer lugar, y de acuerdo a lo que surge de autos, no resultan acertadas las expresiones de la Sala cuando indica que se le dio una opinión, sino que por el contrario de las propias declaraciones del Interventor se desprende lo contrario. Así es como frente al requerimiento formulado por el actor de que se efectivizara la transferencia solicitada inicialmente al ABN, y cuando dialogaban sobre la disponibilidad de los fondos, señaló que dada la situación financiera de B.M. era imposible pagar por caja esa cifra, y cuando se le plantea la posibilidad de hacer una remesa de fondos al B.R.O.U. y al ABN el Cr. Xavier, partiendo de la base de que implicaba afectar la liquidez, le aconsejó, en cambio, que lo depositara en el B.C.O., Institución que contaría con el apoyo del Fondo de Fortalecimiento Bancario y el B.C.U. (declaraciones fs. 122) contraponiéndose esta actitud con la simple opinión que menciona la Sala. En segundo lugar, resulta totalmente ajeno al principio de buena fe proporcionar informaciones falsas respecto de lo que podría ser la pervivencia y prosperidad de la Institución cuya situación de iliquidez se pretendía proteger. Como lo plantea Delpiazzo en su consulta (fs. 1619): ‘En la especie, la contrariedad manifiesta del comportamiento del Interventor al principio de buena fe no resulta enervada por la índole de la relación con el cliente ni por la distinta naturaleza de los intereses en juego cuando actúa una Administración Pública (a través de su funcionario)’. Afirmando seguidamente, citando a Gamarra, que ‘... la mentira viola el principio de buena fe e implica un comportamiento ilícito...’. Como se indicara en S. No. 204/02: ‘En la expresión de Betti (cit. por Rezzónico, págs. 524-525), la buena fe exige una lealtad al tratar, como la obligación de expresarse con claridad, que impone hacer patente a la otra parte el verdadero estado de las cosas, desengañándola de eventuales errores y absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta (non disclosure)’. ‘No se trata sólo de deberes negativos originados en la idea de no dañar, sino de cargas positivas de lealtad, claridad e información -dar a conocer la realidad de las cosas tal como se las conoce según ciencia y conciencia- configurando una buena fe de naturaleza contractual concebida como un efecto prodrómico del acuerdo derivado del contrato social’. Concluyendo: ‘El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se le utiliza con una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella por la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico’. ‘El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas’. Su vulneración queda evidenciada por las propias manifestaciones del Interventor a fs. 482 vto. cuando indica: ‘Nosotros tratábamos de alguna manera de no tener necesidad de enfrentar un retiro tan importante como el que estaba formulando este cliente...’”.

¹⁶¹ Cfr. Robert Alexy: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, en DOXA, N° 5, págs. 139-151 y en “Derecho y razón práctica”, Fontamara, México, 1.998, págs. 7-20 (las referencias serán a esta última edición) (las referencias op. cit. en este capítulo lo serán a la misma).

¹⁶² Cfr. op. cit., pág. 7

práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada”^{164 165}.

No obstante, aun sobre la base de esas idealizaciones, pueden existir casos sin una respuesta única correcta. Señala que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, “con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta”. Ello no obliga a renunciar a esa idea sino que da ocasión para determinarla con más precisión.

Y lo lleva a que deba presuponerse la única respuesta correcta como idea regulativa: “La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas”¹⁶⁶.

2.- La polémica planteada por Dworkin, destaca, radica en que éste considera que existe una única respuesta correcta para cada caso, contrariamente a las tesis positivistas (Hart, Kelsen), en cuya perspectiva el sistema jurídico es, en lo esencial, uno de reglas que se identifican sobre la base de su validez o eficacia; un sistema jurídico es esencialmente abierto, por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho,

¹⁶³ Que se une a una “versión débil de la teoría de una única respuesta correcta” (cfr. op. cit., pág. 8).

¹⁶⁴ Cfr. op. cit., págs. 19-20.

¹⁶⁵ En suma: de imposible cumplimiento. Como expresara Cervantes: “que pues lo imposible pido//lo posible aun no me den” (cfr. Miguel de Cervantes Saavedra: “Don Quijote de la Mancha”, 1ª parte, cap. XXIII).

¹⁶⁶ Cfr. op. cit., pág. 20.

la posibilidad de conflictos entre normas y aun de casos no regulados. En supuesto de vacío del sistema que no pudiera ser colmado de modo intersubjetivamente obligatorio con ayuda de la metodología jurídica, el juez no resulta vinculado, decidirá por fundamentos extrajurídicos, se asemeja al legislador y no habrá allí una única respuesta correcta dada por el sistema que sólo corresponde reconocer.

Dworkin contrapone a ese sistema, uno de principios, que componen de un modo esencial, además de las reglas, el sistema jurídico, los que deben permitir una única respuesta correcta en supuestos en que las reglas no lo determinen.

Así, la única respuesta correcta o verdadera es la que pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con las reglas de la constitución, las reglas de derecho y los precedentes. Pero, expresa “Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente una única respuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia”. Sólo el ideal juez Hércules podrá dar la única respuesta correcta y al juez real le corresponde la labor de aproximarse lo más posible al ideal.

Así, procurará Alexy demostrar que los criterios de distinción de Dworkin relativos a reglas y principios no afectan al núcleo y que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sustentar la tesis de la única respuesta correcta¹⁶⁷.

3.- Afirma Alexy que tanto reglas como principios son normas; se trata de ubicar criterios de distinción entre ellos.

Expresa que el criterio de distinción más frecuentemente utilizado, es el de la generalidad. Los principios son normas de grado de generalidad generalmente alto y las reglas normas de un grado relativamente bajo. Se postula así sólo una diferencia de grado, que no es correcta, porque se trata, según el autor, de una diferencia cualitativa. Corresponde a la denominada “tesis débil de la separación”.

Analiza seguidamente el criterio de Dworkin, que proyecta en dos líneas argumentales: a) las reglas son aplicables en forma de todo o nada, en cambio, los principios no (o la regla es válida y deben aceptarse sus consecuencias jurídicas o no

¹⁶⁷ Cfr. op. cit., pág. 8.

lo es y en nada cuenta; los principios, aun cuando en su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión sino que proporcionan razones para la misma); b) los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre ellos. Si colisionan dos principios se le da valor decisorio al que tenga un peso relativamente mayor sin que por ello quede invalidado el que lo tenga menor. En caso de colisión de reglas una al menos debe ser siempre inválida. Y esta última idea es criterio adecuado de distinción¹⁶⁸.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios radica, para Alexy en que los principios son normas “que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en distintos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario”.

“En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente... Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”¹⁶⁹.

4.- Analiza Alexy las teorías fuertes y débiles de los principios.

¹⁶⁸ Cfr. op. cit., págs. 9-10.

¹⁶⁹ Cfr. op. cit., págs. 10-12. En otra obra, refiere conceptos similares: “La segunda distinción es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como ‘mandatos definitivos’. Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*” (cfr. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, trad. de Pablo Larrañaga, en op. cit., págs. 21-33, esp. pág. 25).

Una teoría fuerte de los principios, es la única que justificaría la teoría de la única respuesta correcta. No obstante, ella implicaría no sólo una relación o inventario de los principios, sino, asimismo, una relación de prioridad entre ellos y determinara unívocamente la decisión. Ese orden estricto ha demostrado ser imposible.

El fracaso de los órdenes estrictos, prosigue Alexy, no implica que no sea posible un orden débil de principios, que debería consistir de tres elementos:

1) condiciones de prioridad, con la fórmula de una ley de colisión: las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla jurídica que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente. No obstante, a causa de la posibilidad de casos nuevos con nuevas combinaciones no se puede construir una teoría que determine para cada caso precisamente, una decisión. Pero abre una posibilidad.

2) Estructuras de ponderación, que es el principio de proporcionalidad. Los principios exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas (adecuación y necesidad) y jurídicas (lo que implica una ley de ponderación en estos términos: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de cumplimiento del otro).

3) Prioridades *prima facie*, crean un cierto orden en el campo de los principios, pero, desde luego, no contienen una determinación definitiva.

De donde la imposibilidad de una teoría fuerte de los principios, que determine para cada caso una respuesta, así como la imposibilidad de la determinación inequívoca en una teoría débil, apoyan el descarte de la posición de Dworkin, que Alexy pretende superar a través de la argumentación jurídica.

A cuyos efectos estima que la teoría de una única respuesta correcta no debería ser abandonada y que se la puede mantener a través de dos vías. Una, que no seguirá, recorrida por quien afirme que la existencia de una única respuesta correcta no depende de que exista un procedimiento que permita demostrarlo. Otra que reconozca que la adición de un nivel de principios al de reglas, no lleva todavía a un modelo completo de sistema jurídico. Los principios, como las reglas, no regulan por sí mismos su aplicación. Los niveles de reglas y de principios deben complementarse

con un tercero, una teoría de la argumentación jurídica que expresa cómo sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada¹⁷⁰.

5.- Se apreciará al analizar su posición, la crítica que Atienza y Ruiz Manero formalizan a Alexy.

6.- Aquí y ahora se hará mención de la que formula Saulo Salvador Salomão. El autor señala que el Derecho es el instrumento por medio del cual el Estado puede tomar tanto el dinero cuanto la libertad de un ciudadano y es también el instrumento hábil para dar a cada uno lo que es suyo. Lleva a un serio riesgo: la creencia de que la práctica de la ponderación puede ser racionalizada exclusivamente por la aplicación del principio de proporcionalidad, conduciendo a la conclusión de que el juez puede exonerarse de responsabilidad de fundamentar a fondo sus decisiones.

Y concluye: “*O Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito é uma janela para a discricionariedade na formula de Alexy, na medida em que sua utilização na resolução de conflitos normativos entre princípios dá azo às manifestações camufladas do subjetivismo por não ter elementos que limitem ou disciplinem sua utilização, por permitir a equiparação de normas jurídicas do tipo princípio aos valores meramente axiológicos...*”¹⁷¹.

VI) Atienza y Ruiz Manero: una versión que se autodenomina mejorada de las concepciones del Derecho; distintos criterios de clasificación de los principios

1.- Los autores manifiestan que su propósito es presentar una versión mejorada de anteriores concepciones del Derecho, para dar cuenta cabal de los principios. Y eludirán “...intervenir en una polémica que en muchos casos se ha vuelto ciertamente espesa”

Su finalidad es tratar de dar una respuesta o un comienzo de respuesta acerca de las preguntas fundamentales que suscitan los principios en el Derecho: a) qué rasgos los diferencian de las reglas; b) qué tipo de acciones para la acción son los

¹⁷⁰ Cfr. op. cit., págs. 13-18.

¹⁷¹ Cfr. Saulo Salvador Salomão: “A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroadando o decisionismo?”, en Rev. da F. de D. do Sul de Minas, Vol. 28 N° 2, págs. 47-68, esp. págs. 65, 64 y 67.

principios y en qué se diferencian en este aspecto de las reglas; y c) qué aportan los principios a la explicación y justificación en el ámbito jurídico¹⁷².

Y en su análisis, utilizan los términos regla y principio, como especies del género norma.

2.- El tema de los principios es, señalan, uno de los más profusamente discutidos en la teoría del Derecho; los principios jurídicos son conocidos “(aunque quizás nada más que *conocidos*)” desde hace siglos; no obstante, el planteo de Dworkin, en su propósito de oponerse a la posición dominante (Hart), se considera innovador.

Consideran los autores que el ataque de Dworkin yerra en el blanco por la sencilla razón de que caracteriza mal la posición de Hart y la del positivismo jurídico en general. Consideran igualmente que quien sostiene una concepción del Derecho como la de Hart, no tiene por qué verse abocado a negar que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del tipo que Dworkin llama principios (o, al menos, no tendría inconveniente en afirmar que muchas de esas pautas sí que forman parte, de conformidad con los criterios hartianos, del Derecho). Igualmente reconocen que los principios –lo que quiera que sean- han sido cuando menos postergados en el análisis llevado a cabo por Hart, a pesar de su enorme importancia para entender la estructura y funcionamiento del Derecho¹⁷³.

3.- Señalan que los juristas utilizan la expresión “principios jurídicos” o “principios generales de derecho” u otras semejantes, con significados diversos. Elencan las acepciones más significativas, que clasifican –advirtiendo que algunos supuestos solapan entre sí- en estos grupos:

a) “principio” en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. La generalidad de una norma, precisan, no es una cualidad que tenga que ver con la amplitud mayor o menor de la clase de los destinatarios de la misma, sino con la mayor o menor generalidad (o genericidad) de las propiedades relevantes del caso que regula.

¹⁷² Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero: “Sobre principios y reglas”, cit., pág. 102. Las referencias op. cit. en este capítulo, lo serán a esta obra.

¹⁷³ Cfr. op. cit., págs. 101-102.

Precisan, no obstante, que la propiedad de que una norma sea general es cuestión relativa y graduable.

b) “principio” en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos. Sin perjuicio de reconocer que hay muchas normas que son vagas en el sentido de que en la descripción del caso genérico aparecen términos que tienen una periferia de textura abierta, este ejemplo de norma alude a la vaguedad que se produce cuando se utilizan *conceptos jurídicos indeterminados* –v. gr.: abuso de derecho- que con *centralmente vagos*.

c) “principio” en el sentido de norma programática o directriz, que estipula la obligación de perseguir determinados fines.

d) “principio” en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.

e) “principio” en el sentido de norma particularmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo.

f) “principio” en el sentido de norma de elevada jerarquía, v. gr.: todas las normas constitucionales, incluyendo las que no parecen ser ni muy generales ni muy importantes.

g) “principio” en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala cómo se debe seleccionar la norma aplicable.

h) “principio” en el sentido de *regula iuris*, esto es, enunciados o máximas de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento o de un sector del mismo, que pueden o no estar incorporados al derecho positivo (jerarquía normativa, del legislador racional)¹⁷⁴.

4.- Dado que la lista no es exhaustiva ni excluyente y que algunos significados solapan entre sí, proponen un triple criterio de clasificación de los principios:

1.- por un lado, se puede distinguir entre *principios en sentido estricto* (principios en la acepción d precedente) y *directrices o normas programáticas* (principios en la acepción indicada en c). Esta distinción tiene carácter exhaustivo (lo que no implica prescindir de las demás acepciones) y excluyente (dado que aun

¹⁷⁴ Cfr. op. cit., págs. 104-105.

cuando un enunciado pudiera considerarse en ciertos contextos como principio y en otros como directriz, un mismo jurista no podrá emplearlo en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez).

2.- una segunda distinción puede trazarse entre *principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito* (pautas de comportamiento formulables como principios dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos) y *principios en el sistema del contexto secundario o sistema del juez (y, en general, de los órganos públicos)* (principios dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos de los órganos de producción jurídica). Clasificación que presentan como exhaustiva pero no excluyente, puesto que principios que guían la conducta no normativa, guían también la normativa de los órganos de aplicación.

3.- la última distinción es la que media entre *principios explícitos* (esto es, formulados expresamente en el ordenamiento jurídico), y *principios implícitos* (extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico). Clasificación, esta sí, exhaustiva y excluyente¹⁷⁵.

En relación a este punto, expresan que en lo que concierne a la distinción entre principios explícitos e implícitos “no cabe duda que los segundos suponen una mayor complejidad que los primeros, pues en relación con ellos no se plantea únicamente el problema de cómo deben ser usados en cuanto premisas de una argumentación jurídica, sino también el de cómo se justifica adoptarlos como tales premisas”. Les parece que afirmar la existencia de un principio implícito de una determinada institución, sector normativo o sistema jurídico es lo mismo que afirmar que las reglas y principios explícitos correspondientes son coherentes con el implícito indicado, pero el requisito de coherencia puede en ocasiones ser satisfecho como el principio implícito propuesto cuanto con otros. Y, en ese sentido, el problema de la identificación de principios jurídicos implícitos viene a coincidir con el problema general de la interpretación jurídica, que dejan fuera de su trabajo¹⁷⁶.

Y además precisan que los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido (porque la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones jurisdiccionales, es la misma que las

¹⁷⁵ Cfr. op. cit., págs. 105-106.

¹⁷⁶ Cfr. op. cit., pág. 119.

reglas: su origen en una determinada fuente) pero no perentorias (no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la decisión a adoptar, sino que son razones de primer orden, cuya fuerza respecto de otras razones, deberá ser ponderada).

Los principios implícitos a su vez, son razones para la acción que no son perentorias (por la misma razón que no lo son los principios explícitos) ni independientes del contenido (porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los tribunales, no es en mérito a su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido, que, no es, en opinión de los autores, su justicia intrínseca, sino su adecuación con las reglas y principios basados en fuentes)¹⁷⁷.

5.- Concluyen que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al porqué operan cuanto al cómo operan en el razonamiento jurídico de los tribunales. Que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al porqué de su presencia en ese razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él. Que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y en cuanto al porqué de su presencia en él, lo son indirectamente por cuanto tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos¹⁷⁸.

6.- En opinión de los autores, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero ello no implica eliminar diferencias con las reglas. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Las propiedades que conforman un caso en las reglas forman un conjunto cerrado, mientras que en los principios no es que tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que afecta a los principios es más radical que el de las reglas.

No comparten la posición de Alexy de que los principios en cuanto mandatos de optimización puedan ser cumplidos en distintos grados. Ello, en su opinión, sólo

¹⁷⁷ Cfr. op. cit., pag. 112.

¹⁷⁸ Cfr. op. cit., págs. 112-113.

puede acaecer respecto a las directrices o normas programáticas, pero no en el caso de los principios en sentido estricto^{179 180}.

7.- Cumplen los principios función explicativa del derecho en un doble sentido. En primer lugar, porque sintetizan gran cantidad de información; la referencia a unos pocos principios permite comprender como funciona una institución en el conjunto del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque permiten entender el derecho –o los distintos derechos- no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, dotado de sentido¹⁸¹.

8.- En punto a su contribución al razonamiento jurídico, su aporte, desde un punto de vista es más modesto, mientras, que, desde otra perspectiva, supera a las reglas.

Los principios son menos que las reglas, en dos aspectos. a) no presentan las ventajas de éstas, pues no permiten ahorrar tiempo al decidir; si una regla es aceptada se evita cualquier proceso de ponderación. b) en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza, son menos concluyentes que las reglas.

Pero son también más que las reglas, en dos sentidos. a) al estar enunciados o poder enunciarse en términos más generales, tienen un mayor alcance justificatorio, entran en un mayor número de situaciones. b) a su menor fuerza en cuanto premisas del razonamiento práctico, se une una mayor fuerza expansiva¹⁸².

9.- No aceptan la suposición de que los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificatorio de los tribunales en los *casos difíciles*, ya que en los *casos fáciles* las reglas resultan elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Señalan que un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate. Y dotar de sentido (ya sea de los valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla, o bien de los objetivos sociales para cuya obtención el cumplimiento de la regla aparece como medio) es a la luz de los principios

¹⁷⁹ Cfr. op. cit., pág. 108.

¹⁸⁰ Sobre el alcance de esta crítica –y en punto que excede los límites del presente-, *vid.*: Aleksander Peczenik: “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, en *Doxa* -12 (1.991), págs. 327-331.

¹⁸¹ Cfr. op. cit., pág. 114.

¹⁸² Cfr. op. cit., págs. 115-116.

explícitos o implícitos del sector normativo de que se trata como cabe determinar si un caso es fácil o difícil¹⁸³.

VII) Aarnio y el enfrentamiento de las tesis fuerte y débil en punto a la demarcación de reglas y principios

1.- Analizando el papel de las reglas y los principios en el razonamiento jurídico¹⁸⁴, plantea inicialmente el enfrentamiento de la tesis fuerte y la débil en punto a la demarcación de unas y otros.

a) Según la tesis de la demarcación fuerte, la diferencia entre reglas y principios no se refiere al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativo. Reglas y principios pertenecen a categorías diferentes.

Las reglas pueden compararse a las vías del ferrocarril: son seguidas o no – aunque se les puede hacer todo tipo de excepciones-.

Si las reglas entran en conflicto, éste puede ser resuelto, por ejemplo, con la máxima *lex posterior* y la que cede no forma parte del orden jurídico.

La naturaleza vinculante de los principios es cualitativamente distinta. Las características de los principios pueden ser descritas en los siguientes puntos:

1.- los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino *prima facie*;

2.- los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen;

3.- los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mejor medida posible; y

4.- los principios guardan profunda afinidad con los valores y también con objetivos políticos y morales.

Cuando hay conflicto entre principios, la dimensión de peso significa que el principio con mayor peso desplaza al menos importante. No existe un orden jerárquico vinculante que indique de antemano la forma de resolverlo; sólo puede

¹⁸³ Cfr. op. cit., pág. 117.

¹⁸⁴ Cfr. Aulis Aarnio: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, trad. de Pedro Serna, en Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña, N° 4, 2.000, págs. 593-602. Las referencias op. cit., en este capítulo, lo serán a esta obra.

identificarse, expresa, un tenue orden de preferencia determinado por el código axiológico que está en su base.

b) Según la tesis de la demarcación débil, reglas y principios guardan entre ellos una relación de parecido familiar y no existe sino una diferencia de grado, no cualitativa.

Desempeñan un papel similar en el discurso jurídico; los principios tienen mayor generalidad que las reglas, pero, en lo demás, no hay especiales características para distinguirlos de ellas. El contenido axiológico que se afirma más manifiesto en los principios, no está ausente en las reglas, por lo que no pueden separarse unos de otros en lo que a este aspecto refiere¹⁸⁵.

Indica asimismo que aun desde el punto de vista lingüístico la diferencia es una diferencia *de grado* no cualitativamente. Todas las normas jurídicas son susceptibles de ser inaplicadas en circunstancias no previsibles en abstracto y sin embargo siguen siendo válidas; además, también algunas reglas son imprecisas y esa calidad puede en ocasiones, pero no siempre, exigir ponderación¹⁸⁶.

2.- Y apuntará entonces que ni la tesis de la demarcación fuerte ni la de la demarcación débil, son válidas *en cuanto tales*. Ambas captan algunos aspectos relevantes del problema sin alcanzar a proporcionar una imagen verdadera¹⁸⁷.

Y esto anticipa su conclusión final: “En resumen, tanto la tesis de la demarcación fuerte como la tesis de la demarcación débil resultan problemáticas hasta tal punto que hay motivos para recordarnos: tomad las reglas en serio”¹⁸⁸.

“Independientemente del hecho de que las reglas y los principios no puedan separarse lingüísticamente entre sí, de que haya sólo una diferencia de grado entre ellos, todavía desempeñan en el razonamiento jurídico diferentes roles: las reglas se interpretan y los principios son objeto de ponderación. En consecuencia, desde el punto de vista estructural es mejor aceptar la tesis de la demarcación fuerte, aunque en un sentido matizado. Esto significa que las reglas y los principios pertenecen a dos categorías de normas diferentes, esto es, a la categoría de las normas de ‘deber hacer’ y, respectivamente, a la de normas de ‘deber ser’. Siguiendo esta línea de

¹⁸⁵ Cfr. op. cit., págs. 593-594.

¹⁸⁶ Cfr. op. cit., págs. 594-595.

¹⁸⁷ Cfr. op. cit., págs. 593-594.

¹⁸⁸ Cfr. op. cit., pág. 602.

pensamiento se abre, por ejemplo, una interesante discusión sobre la posibilidad de pasar de la lógica deóntica a la lógica de la preferencia y viceversa¹⁸⁹.

3.- Destaca el autor que la discusión sobre los principios se ha visto impedida frecuentemente por una ambigüedad que se refiere a la *noción* misma de principio. Dificultades conceptuales que afirma pueden reducirse distinguiendo entre varios tipos de principios.

1.- principios que forman la *base ideológico-valorativa* del orden jurídico, por ejemplo el principio del estado de Derecho, la presunción del legislador racional y el principio de la propiedad privada, incluyen también, entre otros, principios morales sobre familia, cuidado de niños, etc. Estos principios en algunos casos se expresan en normas legales o conforman explícitamente las bases de las instituciones jurídicas. No obstante, rara vez son mencionados como razones públicas para las decisiones jurídicas.

2.- los *principios jurídicos positivos*, o bien están expresamente recogidos en las normas legales, o, al menos, se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas. En este grupo encontramos diversos segmentos: 2.1.- los principios formalmente válidos que se recogen *expresamente* en los textos legales; 2.2.- las *generalidades jurídicas* no se encuentran normalmente especificadas en textos legales, se fundan en la inducción mediante las que se generaliza, a partir de varias normas, un principio; 2.3.- principios *relativos a la toma de decisiones* como la máxima *audiatur altera pars* o *nulla pœna sine lege*. 2.4.- *principios extrasistemáticos* ; sólo las normas jurídicas son formalmente válidas, aun así, los principios morales pueden ser significativos en los razonamientos jurídicos al modo de las denominadas fuentes posibles del Derecho; un principio moral extra jurídico se convierte en jurídicamente relevante¹⁹⁰.

VIII) Las consideraciones de Carrió relativas a la superación de la controversia Hart-Dworkin

1.- Destaca Carrió que resulta obvio que Hart rechaza de plano el positivismo jurídico como ideología y todas sus implicaciones. Afirma que no existe un deber

¹⁸⁹ Cfr. op. cit., pág. 600.

¹⁹⁰ Cfr. op. cit., págs. 595-596.

moral incondicional de obedecer una regla de derecho positivo. Dworkin, afirma, no le atribuye en ningún momento esa perversión¹⁹¹.

2.- Continúa afirmando que algunas de las objeciones de Dworkin parecen referirse al positivismo jurídico como enfoque metódico; esto es, parecen criticar el acierto de insistir en que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral. Indica que si bien algunos textos dan la impresión de que es ésta una de las principales diferencias de Dworkin con el positivismo jurídico, no obstante, esa apariencia no coincide con la realidad.

3.- Y así, tomando en cuenta diversos escritos de Dworkin, afirma que no es menos positivista que Hart, ya que también argumenta que no toda norma de derecho positivo es una regla moral y que, a la inversa, no toda norma moral es una regla de derecho positivo¹⁹².

Indica Carrió que si Hart ha caracterizado el positivismo jurídico de la siguiente manera: a menos que resulte otra cosa de las reglas de reconocimiento del orden jurídico, del mero hecho de que una regla vulnere estándares morales no se sigue que no sea una regla de derecho y, a la inversa, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable, no se sigue que es una regla de derecho y es por eso positivista, Dworkin es también positivista.

4.- Y cita diversos textos de Dworkin que sufragan esa línea de opinión. Así: “...acertadamente pone énfasis en el rechazo de la absurda posición de que el derecho es siempre moralmente bueno o (para decir lo mismo de una manera más revolucionaria) que una regla jurídica moralmente mala no puede ser derecho”. Y “... quiere decir que un principio ‘jurídicamente obligatorio’ para los jueces puede, empero, ser un principio muy indigno, tan indigno que incluso el juez puede tener el deber de rehusarse a aplicarlo”. También: “Pero, por supuesto, de nada de esto se sigue que el derecho sea siempre moralmente correcto [right]ni que lo que es moralmente correcto sea siempre derecho, *ni aun en los casos difíciles*”. Y respondiendo a la pregunta de si los principios jurídicos son siempre principios morales: “Aquí hay una ambigüedad. La proposición podría significar que los

¹⁹¹ Cfr. G. R. Carrió: “Dworkin y el positivismo jurídico”, cit., en op. cit., pág. 338. En lo sucesivo, las referencias “op. cit.” en este capítulo, lo serán a este texto.

¹⁹² Cfr. G. R. Carrió: op. cit., págs. 338-339.

principios jurídicos son siempre principios morales sólidos [sound] o correctos, y si eso es lo que significa, tal como me he esforzado en repetirlo, yo no pienso eso”¹⁹³.

5.- Opina así Carrió que en vista de las transcripciones glosadas, debe concluir que Dworkin no rechaza sino que acepta la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inocuas pueden ser derecho y asimismo la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral¹⁹⁴.

6.- Pretende aclarar la posición de Dworkin, expresando que éste: “... ha elaborado sus objeciones contra el positivismo jurídico tomando, expresa o tácitamente, al sistema jurídico norteamericano como principal punto de referencia. Tal vez las notas más características de dicho sistema jurídico son éstas: (a) su Constitución incorpora de manera expresa principios morales fundamentales y hace de ellos criterios de validez jurídica respecto a las reglas subordinadas del sistema, y (b) los jueces norteamericanos, a través de la práctica de la *judicial review*, rehúsan reconocer como reglas válidas del sistema aquéllas que no satisfacen estos estándares morales. En los estados Unidos existe, en consecuencia, una estrecha conexión entre las exigencias del derecho y las de la moral, en la medida en que la concordancia con ciertos estándares morales es uno de los criterios usados para decidir si una regla jurídica subordinada es una norma válida de derecho positivo. Pero esto no afecta la doctrina positivista de la separación entre el derecho y la moral, porque esa conexión, por estrecha que sea, no es necesaria ni conceptual, sino sólo contingente. Depende del hecho de que las prácticas de los jueces del sistema muestran que ellos aceptan y aplican, como criterios de validez jurídica, estándares morales incorporados a la Constitución”¹⁹⁵.

7.- Y concluye que: 1) Hart sólo puede ser considerado positivista en la medida en que adhiere al positivismo jurídico como enfoque, al que también adhiere Dworkin; 2) Las críticas de Dworkin a la concepción de Hart no constituyen un ataque al positivismo jurídico como teoría; 3) cualesquiera sean las discrepancias entre Dworkin y Hart, no deben considerarse como una batalla más en la lucha entre

¹⁹³ Cfr. G. R. Carrió: op. cit., págs. 340-343. En las transcripciones he eliminado los destacados de Carrió y mantenido los de Dworkin.

¹⁹⁴ Cfr. G. R. Carrió: op. cit., pág. 345.

¹⁹⁵ Cfr. G. R. Carrió: op. cit., pág. 346.

positivistas y antipositivistas. Las ideas de Hart que Dworkin ha criticado no deben considerarse como una batalla más en la lucha entre positivistas y antipositivistas.

IX) Las ideas de Nino y la carencia de significación teórica de la controversia Hart-Dworkin

1.- Nino pretende disolver la controversia entre positivistas y iusnaturalistas, a partir de lo que denomina la “ofensiva antipositivista de Dworkin”¹⁹⁶.

Como conclusiones de su examen, señala que: “Una vez que está claro si la expresión ‘derecho’ está usada con un significado descriptivo o uno normativo, muchos malentendidos corrientes desaparecen y todo el mundo puede distinguir con claridad, en un caso, entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y, en el otro, entre lo que es reconocido como derecho y lo que es derecho”¹⁹⁷.

También: “Como la controversia entre positivistas y antipositivistas está principalmente provocada por su falta de reconocimiento del hecho de que expresiones como ‘derecho’ (y ‘deber jurídico’, ‘derecho subjetivo’, etc.) pueden ser legítimamente usados, ya sea con un significado normativo o con un significado descriptivo, y por la resistencia a aceptar que la filosofía analítica del derecho debe ocuparse de la reconstrucción racional de ambos conceptos, la controversia carece de significación teórica”¹⁹⁸.

Asimismo: “Si no todos los positivistas niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acerca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir ‘derecho’”¹⁹⁹.

2.- Las proposiciones de Nino apuntan en un triple sentido: a) que las proposiciones que asignan validez a las normas jurídicas son una subclase de juicios

¹⁹⁶ Cfr. C. S. Nino: “La superación de la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, en op. cit., págs. 145-173. Las referencias “op. cit.” en este capítulo, lo serán a ese estudio.

¹⁹⁷ Cfr. C. S. Nino: op. cit., pág. 170.

¹⁹⁸ Cfr. C. S. Nino: op. cit., pág. 171.

¹⁹⁹ Cfr. C. S. Nino: op. cit., págs. 172-173.

morales que se caracterizan por derivar de un principio de esa índole, es perfectamente compatible con el positivismo jurídico, b) que por ignorar esa compatibilidad y confundir la tesis central del positivismo Dworkin yerra en el blanco, c) pero que, sin embargo, se puede aprender “...que la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ es casi completamente trivial y puede ser fácilmente superada”²⁰⁰.

3.- Fundamentando sus conclusiones, expresa Nino que Dworkin no argumenta contra la tesis central del positivismo (que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descripto por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación y valor moral o acerca del deber moral de reconocerlo y aplicarlo. En otras palabras, que el derecho que “es” puede y debe ser distinguido cuidadosamente del derecho que “debe ser”), sino principalmente contra la posición que sostiene que sólo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico y esto lo hace como medio para atacar la tesis de que las normas jurídicas son conceptualmente distinguidas de estándares morales, pero su ataque resulta inocuo porque estas tesis son rechazadas por algunos positivistas.

Dworkin ha planteado las cosas en forma equívoca porque da la impresión de que distingue entre principios o reglas según su diferente impacto en el razonamiento jurídico y porque ellos no pueden ser reconocidos por un test de origen. No obstante, Hart tiene cuidado en aclarar que la regla de reconocimiento puede contener cualquier criterio para la identificación de los estándares que ella prescribe aplicar y en ningún lugar excluye que tal criterio pueda identificar a los estándares jurídicos por su contenido general y no por su origen.

En consecuencia, la admisión de que los principios a que Dworkin hace referencia pueden ser parte del derecho, en tanto en cuanto sean reconocidos por los jueces en sus decisiones, de modo alguno afecta la tesis central del positivismo de que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descripto por un observador externo sin tomar partido acerca de su valor moral²⁰¹.

4.- Otra línea argumental de Nino apunta al tema de la discreción judicial. Dworkin expresa que los positivistas pueden explorar una salida a la dificultad

²⁰⁰ Cfr. C. S. Nino: op. cit., pág. 145.

²⁰¹ Cfr. C. S. Nino: op. cit., págs.148, 149 y 154-156.

respecto del status de los principios, que consiste en sostener que cuando los jueces aplican principios en sus decisiones, no siguen lo prescripto por el sistema jurídico sino que hacen uso de la discreción que el sistema jurídico los reconoce recurriendo a estándares extrajurídicos. Deriva de allí Dworkin que la aceptación de tales concepciones valorativas no conduce en los hechos a la formación de una práctica de reconocimiento más o menos uniforme, lo que es controvertible.

Dworkin confunde, explica Nino, el punto de vista de un observador externo, interesado en la cuestión teórica de determinar el contenido de un sistema, con el punto de vista de un juez interesado en el problema práctico de determinar qué reglas debe justificadamente aplicar en sus decisiones.

O sea que la crítica equivocada que hace Dworkin de la concepción positivista acerca de la discreción judicial, deriva de su confusión entre la situación de un juez que debe decidir un caso y la situación del observador que describe el contenido del sistema jurídico. Confusión que deriva, a su vez, de la presuposición errónea de que los positivistas aceptan un concepto de derecho tal que no podría ser usado adecuadamente en el tipo de empresa descriptiva cuya factibilidad es la principal bandera del positivismo^{202 203}.

X) Los aspectos a elucidar: planteo

La problemática se proyecta sobre diversos aspectos: las relaciones entre moral y derecho, la naturaleza de los principios, la diferencia entre reglas y principios, principios implícitos y explícitos, la resolución de conflictos entre reglas y principios y los eventuales conflictos entre principios.

Se analizarán en el orden propuesto, y, en cada capítulo se procurará apuntar la incidencia procesal, sin perjuicio de precisarla en el específicamente dedicado a ello.

²⁰² Cfr. C. S. Nino: op. cit., págs.150-151 y 162-164.

²⁰³ Casalmiglia, en una muy precisa síntesis, expresa: “Pienso que la polémica con el positivismo está desenfocada porque sus objetivos son muy distintos. Pero ese desenfoque ha sido especialmente útil para poner de manifiesto que el derecho debía ser observado desde la perspectiva del usuario y del que toma decisiones con fuerza vinculante... Dworkin ha sido injusto con el positivismo porque sólo subrepticamente el positivismo ha mantenido tesis fuertes sobre la adjudicación... El aspecto positivo más importante de la polémica ha sido colocar en el centro de la discusión el papel de los principios y valores a la hora de justificar decisiones” (cfr. Albert Casamiglia: “El concepto de integridad en Dworkin”, en *Doxa-12*, 1.992, págs. 155-176, esp. pág. 175).

XI) Reflexiones sobre Derecho, orden jurídico y moral

1.- Relata Perelman que tradicionalmente los estudios consagrados a las relaciones entre derecho y moral insisten, en un espíritu kantiano, en lo que los distingue: el derecho rige el comportamiento exterior y la moral enfatiza la intención; el derecho establece una correlación entre los derechos y las obligaciones, la moral prescribe deberes que no dan origen a derechos subjetivos; el derecho establece obligaciones sancionadas por el poder, la moral escapa a las sanciones organizadas.

Los juristas contrarios a una concepción positivista, estadística y formal del derecho, insisten en la importancia del elemento moral en el funcionamiento del derecho y el papel que en él desempeñan nociones (buena y mala fe, equidad, intención dolosa, buenas costumbres) cuyo aspecto ético no puede ser despreciado²⁰⁴.

“...entendiendo por ‘positivismo jurídico’ una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como ‘derecho’ a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, su eventual injusticia”²⁰⁵.

Advirtiendo que: “Incluso iuspositivistas como Hart han acabado por aceptar al menos parte de las críticas de Dworkin, adhiriéndose a lo que ahora se conoce corrientemente como iuspositivismo débil o inclusivo (*soft* o *inclusive positivism*): posición que ha encontrado un éxito incomparablemente superior a la posición contraria, el *hard* o *exclusive positivism* defendido por Joseph Raz. El iuspositivismo inclusivo tiene asumida la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo del iusnaturalismo: la negación de una conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podrá ser contingentemente incluida; el Derecho positivo bien podría remitir a valores morales...”^{206 207}.

²⁰⁴ Cfr. Chaïm Perelman: “Ética e direito”, trad. de María Ermantina De Almeida Prado Galvao, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2.011, págs. 298-299.

²⁰⁵ Cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo principialista...”, cit., pág. 16.

²⁰⁶ Cfr. Mauro Barberis: “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, trad. de Santiago Sastre Ariza, en AA. VV.: “Neoconstitucionalismo(s)”, cit., págs. 259-278, esp. pág. 263.

2.- No es sorprendente este análisis, dado que el derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social.

La polémica entre las dos tesis contrapuestas –la tesis de la vinculación y la de la separación- no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes tienen el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra, señala Garzón Valdéz, en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral²⁰⁸.

3.- Y Nino expresa: “La discusión sobre si existe o no un vínculo conceptual entre derecho y moral... constituye, aparentemente, el núcleo central de la vieja controversia entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos. Esta controversia ha justificado el trabajo de los filósofos durante varios siglos, y aún no parece haberse acallado del todo, aunque se hayan levantado algunas voces que cuestionen su relevancia”... “Superficialmente las cosas parecen muy claras: el positivismo defiende la separación entre el derecho y la moral y la distinción entre el derecho que es y el que debe ser pretende que no se confundan los hechos con los valores, y aspira a una teoría jurídica ‘científica’, que no se comprometa con ideologías y actitudes políticas o religiosas, de dudosa objetividad. En cambio el iusnaturalismo sostiene que el derecho y los principios de justicia y moralidad social se interpenetran, y que aislar el derecho de tales principios conduce a la legitimación de regímenes políticos aberrantes”²⁰⁹.

4.- A la palabra española derecho como sustantivo, corresponde en latín la palabra *ius*, de cuyo genitivo *iuris*, se han formado las palabras jurisprudencia, jurídico, etc.

²⁰⁷ Acerca del positivismo como teoría descriptiva y más ampliamente, cfr. Gianella Bardazano: “La relación entre Derecho y moral en el positivismo jurídico de Joseph Raz”, tesis inédita, cap. 2, págs. 35-41.

²⁰⁸ Cfr. Ernesto Garzón Valdés: “Derecho y moral”, en AA. VV.: “El derecho y la justicia”, cit., págs. 397-424, esp. pág. 397.

²⁰⁹ Cfr. C. Nino: “Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho”, Siglo veintiuno editores, Bs. Aires, 2.014, pág. 21.

Importa conocer la etimología de *ius*, porque ella descubre un concepto histórico más intrínseco y elevado del Derecho. Frecuentemente se ha considerado la palabra *ius* como derivada de otras palabras latinas. Los textos que lo afirman son clásicos. Ulpiano escribe: “*Est autem (ius) a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit: ius est ars boni et æqui*”. En esta noción etimológica, Ulpiano afirma que procede de justicia y cita a Celso, cuyas palabras atribuyen al Derecho un concepto pragmático de bondad y equidad, en que lo jurídico se confunde con lo moral. San Isidoro y Graciano en su decreto repiten la misma expresión con idéntico sentido: “*Ius autem et dictum quia iustum*”²¹⁰.

5.- En punto a las relaciones entre orden jurídico y orden moral, un sector de la doctrina señala que el orden jurídico cae dentro de la esfera del orden moral, del que no es sino una parte integrante y al que debería estar supeditado. La negación del orden moral o ético, como también la separación del orden jurídico del moral, configura, en esta línea de opinión, un error dogmático. Entre el orden moral y el jurídico, se agrega, no hay separación, pero sí distinción; toda norma jurídica debe ser norma moral por su objeto y por su fin, pero no toda norma moral es jurídica. Las notas propias por las que se distinguen son las siguientes: a) la moral es universal, porque comprende todas las acciones humanas, aun las internas, el derecho solamente regula las acciones externas, que dicen relación a otros; b) la moral busca el bien supremo de cada individuo, el derecho busca el bien social que se obtiene de conformidad con lo preceptuado; c) las obligaciones morales son frecuentemente inciertas, por no hallarse determinadas y depender del criterio de cada uno, las jurídicas son más claras por estar más concretamente determinadas; y d) los preceptos impuestos sólo por la regla moral no pueden exigirse mediante coacción externa, el derecho es coactivo”²¹¹.

6.- Enseña Aristóteles: “Es justicia lo que la ley define como tal... la justicia... es lo que la ley ha definido como tal”²¹².

7.- Expresa Montaigne: “*Or, les loix se maintiennent en credit, non parce qu’elles sont justes, mais parce que’elles sont loix: c’est le fondement mystique de*

²¹⁰ Cfr. Marcelino Cabreros De Anta: en “Comentarios al Código de Derecho Canónico”, BAC, Madrid, 1.963, T. I, págs. 10-11.

²¹¹ Cfr. M. Cabreros De Anta: op. cit., págs. 22-24.

²¹² Cfr. Aristóteles: “Gran ética”, cit., cap. XXXIII, pág. 112.

leur auctorité, elles n'en ont point d'autre; qui bien leur sert... Quiconque leur obeit parce que'elles son justes, ne leur obeit pas iustement par où il doibt"^{213 214}.

8.- Análisis particular merece la posición de Kant.

Kant afirma en la "Fundamentación..."²¹⁵, que "La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma". Y: "Porque lo que debe ser moralmente bueno no basta que sea *conforme* a la ley moral, sino que tiene que suceder *por* la ley moral; de lo contrario, esa conformidad será muy contingente e incierta, porque el fundamento inmoral producirá a veces acciones conformes a la ley, aun cuando a menudo las produzca contrarias"^{216 217 218}.

²¹³ Cfr. Michel de Montaigne: "Essais", L. III, Cap. XIII, Librairie Hachette et Cie., Paris, 1.892, T. 2º, págs. 300-301.

²¹⁴ Trad.: "Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque sean justas, sino porque son leyes; es el fundamento místico de su autoridad: no tienen otro; que bien les sirva... Quien las obedece porque son justas, no las obedece justamente por donde debe hacerlo".

²¹⁵ Obra que representa la formulación y concretización del proyecto idealizado kantiano. El principio de autonomía es aplicado a la moral. Tiene como objetivo fundamental la búsqueda y la fijación del principio supremo de moralidad, esto es, un principio que fundamente las reglas de la acción (cfr. Thadeu Weber: "Ética e Filosofia do Direito", Editora Vozes, Petrópolis, 2.013, pág. 14).

²¹⁶ Cfr. Immanuel Kant: "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", trad. de Manuel García Morente, Encuentro ediciones, Madrid, 2.003, págs. 20 y 15.

²¹⁷ Asigna Kant fundamental importancia a la ley moral: "Dos cosas llenan el ánimo de admiración y veneración siempre nuevas y crecientes, cuan mayor es la frecuencia y persistencia con que reflexionamos en ellas: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí. No necesito buscarlas ni sólo conjeturarlas como si estuvieran envueltas en tinieblas o se encontraran en exaltación fuera de mi horizonte; las veo delante de mí y las conecto inmediatamente con la conciencia de mi existencia... La segunda comienza en mi yo invisible, en mi personalidad y me exhibe en un mundo que tiene verdadera infinitud pero que sólo el entendimiento puede percibir y con el cual (y por lo tanto también con todos esos mundos visibles) me reconozco en una conexión no sólo accidental, como en aquél, sino universal y necesaria... Del segundo espectáculo, en cambio, eleva infinitamente mi valor como inteligencia mediante mi personalidad en la cual la ley moral me manifiesta una vida independiente de la animalidad e incluso de todo el mundo de los sentidos, al menos en cuanto se puede inferir de la determinación conforme a fines que esa ley da a mi existencia y que no se restringe a las condiciones y los límites de esta vida, sino que va a lo infinito" (cfr. I. Kant: "Crítica de la razón práctica", Ed. Bilingüe, trad. de Dulce María Granja Castro, FCE, México, 2.005, págs. 190-191).

²¹⁸ No escapan, no obstante, a la reflexión las enseñanzas de Weber, cuando afirma que "Poder querer que la máxima de nuestra acción se convierta en ley universal es el criterio kantiano de moralidad. La insuficiencia de ese criterio está en el carácter estrictamente formal, por lo tanto, en su indeterminación, y, como consecuencia de eso, en la dificultad de aplicación al mundo histórico contingente. Kant elaboró una ética de la razón y de las intenciones, una ética de validez incondicional de principios; le falta una ética de las consecuencias y de la responsabilidad". Y más adelante: "... la tesis kantiana del cumplimiento del 'deber por el deber', es insuficiente para una calificación de un acto, desde el punto de vista moral, teniendo en vista que este deber permanece indiferente frente a cualquier contenido" (cfr. T. Weber: "Ética e filosofía política: Hegel e o formalismo kantiano", ediPUCRS, Porto Alegre, 2.009, págs. 165-166).

Feldhaus indica que al tratar la distinción entre moral y derecho, Kant retoma estas dos nociones: respeto a la ley y conformidad con la ley (que llama legalidad) y atribuye al derecho la esfera de mera legalidad de la acción; esto es, al derecho no le importa por qué se cumple la ley, lo importante es que la ley sea cumplida, y, de no serlo, se está sujeto a coerción exterior. La moral exige el amor a la ley, el derecho la conformidad con ésta. También se distingue derecho y moral con base en la dicotomía libertad interior y exterior. El ámbito de la última corresponde al derecho, mientras que a la moral corresponde el ámbito de ambas²¹⁹.

Y Bettencourt De Faria, señala que en Kant legalidad y moralidad son conceptos distintos y actúan en esferas también diferentes. El primero en las relaciones entre los hombres y el segundo en el plano interno de las motivaciones que llevan a actuar. El derecho está ligado a la competencia de ejercer la coacción. Derecho y aptitud de ejercer la coacción significan una única cosa. Por ello rechaza Kant la idea de equidad, porque supone un derecho sin coacción²²⁰.

Kant enseña que toda legislación comprende dos elementos: primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la acción que debe suceder, es decir, que convierte la acción en deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción; por tanto, el segundo elemento consiste en que la ley hace del deber un móvil. Por medio del primer elemento, prosigue, la acción se representa como deber, lo cual es un conocimiento meramente teórico de la posible determinación del arbitrio, esto es, de la regla práctica; por medio del segundo, la obligación de obrar de este modo se uno en el sujeto con un fundamento de determinación del arbitrio en general. “Por consiguiente, atendiendo a los móviles, la legislación puede ser diferente (aunque pueda concordar con otra legislación en lo que respecta a la acción a la que convierte en deber, por ejemplo, las acciones pueden ser externas en todos los casos). La legislación que hace de la acción un deber y de ese deber, a la vez, un móvil, es *ética*. Pero la que no incluye al último en la ley y, por tanto, admite también otro móvil distinto de la idea misma del deber, es *jurídica*.”

²¹⁹ Cfr. Charles Feldhaus: “Direito e moral. Tres estudos a respeito da filosofia prática de Kant”, Apolodoro Editora, Florianópolis, 2.007, págs. 8-9, 30-31 y 38-41.

²²⁰ Cfr. María Do Carmo Bettencourt De Faria: “Direito e Ética. Aristoteles, Hobbes, Kant”, Paulus, São Paulo, 2.007, págs. 137-139.

En lo que respecta a esta última, vemos fácilmente que estos móviles, distintos de la idea del deber, tienen que extraerse de los fundamentos *patológicos* de la determinación del arbitrio, de las inclinaciones y aversiones y, entre éstas, de las últimas, porque tiene que ser una legislación que coaccione, no un reclamo que atraiga”.

“A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama *legalidad* (conformidad con la ley), pero a aquélla en la que la idea del deber según la ley es a la vez el móvil de la acción, se le llama la *moralidad* (eticidad) de la misma”.

“Los deberes nacidos de la legislación jurídica sólo pueden ser externos, porque esta legislación no exige que la idea de este deber, que es interior, sea por sí misma fundamento de determinación del arbitrio del agente y, puesto que ella, sin embargo, necesita un móvil adecuado para la ley, sólo puede ligar móviles externos con la ley. Por el contrario, la legislación ética convierte también en deberes acciones internas, pero no excluyendo las externas, sino que afecta a todo lo que es deber en general. Pero precisamente por ese, porque la legislación ética incluye en su ley el móvil interno de la acción (la idea del deber), cuya determinación no puede desembocar en modo alguno en una legislación externa, la legislación ética no puede ser externa (ni siquiera la de una voluntad divina), aunque admita como móviles en su legislación deberes que se desprenden de otra legislación, es decir, de una legislación externa, *en tanto que deberes*”... “La legislación ética es la que no *puede* ser exterior (aunque los deberes puedan ser también exteriores); la jurídica es la que también puede ser exterior”²²¹.

9.- Destaca Perelman que el derecho posee una especificidad por la cual se aparta de los principios propios de la ética. En efecto, la importancia concedida en derecho a la seguridad jurídica explica el papel específico del legislador y del juez, tan opuesto a la autonomía de conciencia que caracteriza a la moral. Ante la multiplicidad de normas y de valores –prosigue-, el derecho, queriendo garantizar la seguridad jurídica que fijaría los derechos y obligaciones de cada cual, tiene que conceder a algunos –los legisladores- la autoridad de elaborar las reglas que se

²²¹ Cfr. I. Kant: “La metafísica de las costumbres”, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1.997, págs. 23-25.

impondrán a todos y tiene que designar a aquellos –los jueces- que tendrán la incumbencia de aplicarlas y de interpretarlas²²².

Y establece cuatro diferencias importantes, que considera del caso señalar:

a) las reglas jurídicas son supuestamente conocidas por todos, su observancia se impone a todos en el territorio del Estado; las reglas morales no son codificadas.

b) al paso que en moral todos pueden formarse una opinión y emitir un juicio, en derecho sólo un juez está calificado para aplicar la ley y proferir una sentencia.

c) mientras que en moral basta una sospecha para afectar la reputación de una persona, en derecho la duda beneficia al reo.

d) la racionalidad de los juicios se manifiesta tanto en derecho cuanto en moral, en la regla de la justicia, que exige que se trate de la misma forma situaciones sustancialmente semejantes. No obstante, mientras que en moral la regla de la justicia sólo concierne al comportamiento individual de un agente, en derecho, esa regla, por aplicarse a las decisiones de justicia, permiten comprender la importancia del precedente y el papel de la jurisprudencia en la interpretación de la ley²²³.

10.- Y cabe destacar, como lo hace Legaz y Lacambra: “Exactamente como la justicia no puede realizarse más que en un orden social y jurídico, la seguridad es también implicada y exigida por la justicia. Si nadie sabe a qué atenerse –es decir, si no existe una norma jurídica que regule las situaciones jurídicas de cada uno- es imposible hablar de justicia, no hay modo de averiguar si es justa la regulación de esas situaciones, puesto que no existe tal regulación. Por consiguiente, desde el momento que se califica de justo o injusto un orden dado, se presupone que existe tal orden, por virtud del cual todos saben a qué atenerse. Y así, la seguridad jurídica implica en sí misma un valor, que exige la existencia de un derecho positivo, exactamente al modo como lo exige la justicia, que no puede realizarse si no es a través de aquel Derecho positivo”²²⁴.

11.- Y Radbruch: “Junto a la justicia entra pues, como segundo elemento de la idea de derecho, su adecuación a un fin o finalidad...El derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los

²²² Cfr. Ch. Perelman: op. cit., pág. 303.

²²³ Cfr. Ch. Perelman: op. cit., págs. 306-308.

²²⁴ Cfr. Luis Legaz y Lacambra: “Introducción a la ciencia del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1.943, pág. 442.

individuos, pues, por encima de todos tiene que ser una ordenación, un Orden. Con todo esto, pues, surge una tercera exigencia del derecho, de igual condición que las anteriores: la seguridad jurídica. La seguridad jurídica exige positividad del derecho. La positividad del derecho es así, de modo notable, propio supuesto de su justicia”²²⁵.

12.- Lo que no contradice en modo alguno la exigencia de “afianzar la justicia” del “Preámbulo” de la Constitución Argentina²²⁶.

Y sin olvidar las enseñanzas de Ross: “... la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad”²²⁷.

Ni las de Rawls: “Un tipo de injusticia consiste en que los jueces y otras autoridades no se ajusten a las reglas apropiadas o a sus interpretaciones cuando deciden las demandas... El deseo de observar imparcial y consistentemente las reglas, de tratar de modo semejante casos semejantes y de aceptar las consecuencias de la aplicación de las normas públicas, está íntimamente vinculado al deseo o, al menos a la disposición, de reconocer los derechos y libertades de los demás y de compartir equitativamente los beneficios y cargas de la cooperación social”²²⁸.

Radbruch, en sentido similar, afirma que las órdenes jurídicas sólo pueden elevarse a deberes de conciencia porque ellas mismas persiguen fines morales, porque tienden a la realización de la moral. La validez del derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral. El derecho no puede realizar directamente la moral, puesto que ésta es, necesariamente, obra de la

²²⁵ Cfr. Gustav Radbruch: “Filosofía del Derecho”, trad. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.959, págs. 95-96.

²²⁶ Constitución de la Nación Argentina, Preámbulo: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, **afianzar la justicia**, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra prosperidad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina” (el destacado me pertenece).

²²⁷ Cfr. Alf Ross: “Sobre el derecho y la justicia”, trad. de Genaro R. Carrió, Eudeba, Bs. Aires, 2.011, pág. 345.

²²⁸ Cfr. John Rawls: “Teoría de la Justicia”, trad. de María Dolores González, FCE, México, 2.012, págs. 66 y 67.

libertad, puede sí hacerla posible: el Derecho es posibilidad de la moral. De la naturaleza del derecho en cuanto ordenamiento de la convivencia humana, parece desprenderse ante todo, la exterioridad del derecho por oposición a la interioridad de la moral, ya que sólo con su conducta externa participa el hombre en la convivencia, pero es evidente que el derecho trasciende también a la vida interior del hombre, como ocurre, por ejemplo, cuando entra a discernir la buena fe o a indagar el dolo o culpa; la pena, concebida como garantía y como correctivo, va dirigida, evidentemente, contra las intenciones, contra la personalidad del delincuente, sin que la conducta externa se requiera como otra cosa sino como un síntoma necesario. Si la exterioridad no es, como se ha expresado, el objeto sobre lo que el derecho recae, sí es aquello a que endereza su interés. A la inversa de lo que ocurre con la moral, que sólo valora la conducta externa del hombre como expresión de sus intenciones, de su vida interior. La obligatoriedad del Derecho, su validez, descansa, en última instancia, sobre el deber moral del individuo²²⁹.

13.- No es ocioso significar las enseñanzas de Vaz Ferreira al analizar una de las cuestiones más discutidas a propósito de las leyes: a saber, la solución que debe darse a esos conflictos en que hay contradicción entre lo legal y lo moral. Expresa: “Los tratados de Derecho, despachan muy fácilmente este problema. Las leyes, nos dicen, deben cumplirse siempre; de otra manera, si cada hombre se otorga el derecho de cumplir o no cumplir las leyes según que en cada caso le parezcan morales o inmorales, humanas o inhumanas, sobreviene el caos, y, por cada caso en que se acierte, habrá centenares de casos en que no se acierte. El deber es, pues, muy sencillo: consiste en cumplir la ley, sin perjuicio de hacer cuanto sea posible porque ella sea derogada. No es imposible que ésta sea la solución justa...”... “... me pongo mucho más cerca de los que creen que la ley debe cumplirse en todos los casos, que de los que creen que puede violarse *ad libitum*, según la disposición, opinión, creencia o sentimiento del que ha de cumplirla”. Y: “... cuando, en las personas o en los libros, la moral toma un carácter demasiado riguroso, demasiado exigente, enormemente severo, duro y sistematizado, es, generalmente, porque se ha separado de la vida. Si se observa la moral verbal o la moral ideológica de los diversos

²²⁹ Cfr. G. Radbruch: “Introducción a la Filosofía del Derecho”, trad. de Wenceslau Rocas, FCE, México, 1.951, págs. 53-56, *passim*.

hombres, tiende a ocurrírse nos una comparación con un conjunto de globos: los habrá que se eleven muchísimo, pero sin levantar nada, porque, mientras unos suben con la barquilla, otros suben dejándola en el suelo: éstos irán probablemente más alto, pero es que no levantan peso: los otros subirán con mucho más trabajo...; pero el premio corresponde a los que suben más, con la barquilla”... “... los hombres (esquemáticamente) se dividen en dos clases: los que se elevan con la carga y los que se elevan sin ella; esto es: aquellos en los cuales la moral verbal e ideológica sube levantando la conducta y otros que se levantan ideológicamente y verbalmente, dejando la conducta por el suelo”²³⁰.

14.- Y que, como apunta Cossio: “Pero la mal llamada moralización del Derecho puede entenderse como etización del Derecho, en el sentido de que éste contiene siempre juicios estimativos frente a los cuales el legislador no puede eludir una toma de posición, sea cuando legisla expresamente, sea cuando la forma institucional se diluye en una laguna de la legislación”²³¹.

15.- Ya se ha referido la posición extrema que mantiene Dworkin en este sentido, cuando apunta a: “... una concepción del derecho conforme a la cual este no es un sistema de reglas que rivaliza y puede estar en conflicto con la moral, sino que es en sí mismo una rama de esta última... la moral en general tiene una estructura de árbol: el derecho es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de una moral personal más general...”²³². La moral se proyecta así, decidida y decisivamente, sobre las condiciones de validez de las normas jurídicas. Y concluía su obra aseverando que: “El derecho está efectivamente integrado con la moral: abogados y jueces trabajan como filósofos políticos de un Estado democrático”. Y “Debemos en consecuencia, esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental de nuestro país lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría, no porque debamos a veces comprometer el derecho con la moral, sino porque es exactamente eso es lo que el derecho mismo, entendido como es debido, requiere”^{233 234}.

²³⁰ Cfr. Carlos Vaz Ferreira: “Moral para intelectuales”, Cámara de Representantes, Montevideo, 1.957, págs. 67, 70 y 170-171.

²³¹ Cfr. C. Cossio: op. cit., pág. 157.

²³² Cfr. op. cit., pág. 20.

²³³ Cfr. R. Dworkin: “Justicia para erizos”, op. cit., págs. 502-503.

Las conclusiones de Dworkin, apunta Maranhão, se proyectan así: a) la tesis de las fuentes sociales es insuficiente para explicar el conjunto de los derechos o razones que los jueces consideran legalmente vinculantes; b) la tesis de la discrecionalidad está equivocada porque en los casos no claros las decisiones se fundan en principios vinculantes; c) si la fuerza vinculante de los principios como razón jurídica para la decisión no puede basarse en una convención social sobre las fuentes, entonces debe derivar de una valoración del mérito moral de sus contenidos²³⁵.

Sin perjuicio de relevar que esa moralidad suma que preconiza, poco o nada concilia con el recurso a la mentira por parte del juez²³⁶.

16.- Y resultan plenamente compatibles las afirmaciones de Hart sobre el *thema*. Expresa Hart: "... aunque hay muchas diferentes conexiones entre Derecho y moral no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos". A diferencia de Dworkin que se pronuncia por la idea de que debe haber fundamentos morales que, al menos *prima facie* respalden las afirmaciones sobre la existencia de derechos y deberes, de donde los derechos jurídicos deben concebirse como especie de derechos morales –fundamental en su teoría del Derecho y que deriva de su propia tesis interpretativa-, puede haber derechos y deberes jurídicos que carezcan de toda justificación o fuerza morales. La posición de Dworkin en este sentido se revela como equivocada. No es efectivo que en el mundo real las proclamaciones de derechos y deberes jurídicos sólo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para sostener que ellos existen. Expresa Hart: "... los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en que el Derecho protege, con sus medios coactivos, la libertad individual y la restringe o confiere a los individuos la facultad de hacer uso por ellos mismos de la maquinaria coactiva del Derecho. De esta manera si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, hay que prestar atención a los derechos y las obligaciones como puntos focales en las operaciones del Derecho, los cuales son de importancia

²³⁴ Vid. *retro* cap. V, c), 2, 6 y 7.

²³⁵ Cfr. Juliano Maranhão: "Positivismo jurídico lógico-incluyente", trad. de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2.017, pág. 130.

²³⁶ Vid. *retro* cap. V, d).

suprema para los seres humanos con independencia del mérito moral de las normas”²³⁷.

En la teoría de Hart, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados remitiéndose a las fuentes sociales del Derecho (por ejemplo, la legislación, los fallos judiciales, las costumbres sociales), sin consideración de la moral, salvo en cuanto el propio Derecho así establecido haya incorporado criterios morales para identificar el derecho^{238 239}.

17.- En crítica a las posiciones positivistas de separación de derecho y moral, indica Ródenas que el moderno auge del constitucionalismo pondría en entredicho esta visión “... al haberse incorporado al Derecho un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser seriamente tomados en consideración por los jueces a la hora de resolver los casos. El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al intérprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso”²⁴⁰.

No obstante, como ya se glosara²⁴¹ la Prof.^a Pozzolo, quien contribuyó al empleo del término “neoconstitucionalismo”, destaca “El imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no me parece que haga nada más que elevar un nuevo ‘rey’ por encima del Derecho, y quien tuviera la ‘sapiencia’ para acceder al ‘conocimiento moral’ podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política”. “... la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución” y que “El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral” y “Pero, quizás, el neoconstitucionalismo no ha decidido todavía si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas cosas. Pero

²³⁷ Cfr. H. L. A. Hart: “Post sriptum...”, cit., págs. 49-50.

²³⁸ Cfr. H. L. A. Hart: “Post sriptum...”, cit., pág. 51.

²³⁹ *Vid. retro* cap. IV, 7.1.

²⁴⁰ Cfr. Ángeles Ródenas: “¿Qué queda del positivismo jurídico”, en *Doxa* 26 (2.003), págs. 417-448, esp. pág. 419.

²⁴¹ *Vid. retro* cap. II, 9.

esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, si no otra cosa, un constitucionalismo ambiguo”^{242 243}.

18.1.- Ferrajoli, por último, pero no menos importante, rechaza la tentación de volver a confundir Derecho y moral, incluso bajo la forma del *constitucionalismo ético*. “Admitirá siempre, como punto de vista autónomo del Derecho y sobre el Derecho, el punto de vista externo a él de la moral y de la política... Pero es justamente esta separación la que constituye el fundamento de todo liberalismo y de la misma democracia constitucional. Justamente porque el constitucionalismo democrático reconoce y pretende tutelar el pluralismo moral, ideológico y cultural que recorre la sociedad abierta y mínimamente compleja, la idea de que éste se funde en alguna objetividad de la moral o que exprese alguna pretensión de justicia objetiva, choca con sus mismos principios, a comenzar por la libertad de conciencia y de pensamiento”. Prosigue que la separación del Derecho y moral es presupuesto y garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo y, asimismo, presupuesto y garantía de la sujeción de los jueces a la ley y de su independencia frente al *cognoscitivismo ético-judicial*²⁴⁴.

18.2.- Expresa asimismo: “... la constitucionalización de los principios de justicia no incide en modo alguno en la separación de derecho y moral. En efecto, la tesis de la separación es simplemente un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Sólo quiere decir que, en un ordenamiento nomodinámico, ‘derecho` es todo y sólo lo puesto como tal por las autoridades jurídicamente habilitadas para producirlo, sea cual fuere –guste o no guste, se considere justo o injusto- su contenido normativo; que, consecuentemente, el derecho es cosa distinta de la moral, dado que el carácter positivo de una norma ..., no implica su justicia... La moral y la justicia... son siempre puntos de vista externos al derecho; los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino

²⁴² Cfr. S. Pozzolo: op. cit. págs. 187 y 210.

²⁴³ La misma afirmación en punto a la ambigüedad refiere Atienza (cfr. M. Atienza: “Filosofía...”, cit., pág. 117).

²⁴⁴ Cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo principalista...”, cit., pág. 32.

subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sean de adhesión o rechazo, total o parcial...²⁴⁵.

18.3.- Aludiendo a la divergencia entre el deber ser externo o ético-político (o del derecho) y el ser de los sistemas jurídicos en su conjunto, expresa: “Equivale a la clásica separación entre derecho y moral, o entre *justicia* y *validez*, entre legitimación externa y legitimación interna. Se trata de una divergencia y de una separación generadas por el nacimiento del derecho moderno como derecho positivo, que tiene en el principio de legalidad, y ya no en la justicia intrínseca, su metanorma de reconocimiento. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la formulación hobbesiana de esa metanorma: una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean sus contenidos...”. De donde: “... a) que la moral (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (o su validez, o, en términos aún más genéricos, su pertenencia a un sistema jurídico); b) que la juridicidad (o validez, o pertenencia a un sistema jurídico) de una norma no implica su moralidad (o justicia)”^{246 247}.

19.- Y, como asevera Comanducci: “Suponiendo que exista la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; no existe en nuestras sociedades

²⁴⁵ Cfr. L. Ferrajoli: “El constitucionalismo entre principios y reglas”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Doxa* 35 (2.012), págs. 791-817, esp. pág. 795

²⁴⁶ Cfr. L. Ferrajoli: “Principia iuris...”, op. y t. cit., págs. 15-16.

²⁴⁷ En reciente publicación, mayo de 2.018, reitera y hasta robustece sus ideas: “*La tesi della connessione tra diritto e morale e prima ancora le tesi dell’oggettivismo e del cognitivismo ético hanno un’inevitabile implicazione illiberale: la vocazione all’intolleranza non solo per i comportamenti, ma anche per le tesi in contrasto con le proclamate ‘verità morali’. Se infatti le tesi e i giudizi morali sono concepiti come veri o come falsi, è chiaro che non sono ammissibili le tesi e i giudizi morali falsi e lo sono soltanto quelli veri, esattamente nello stesso modo in cui giudichiamo inammissibile e intollerabile la tesi che $2+2=5$ o che l’acqua bolle a 20 gradi. Al contrario, per la meta-ética anticognitivistica l’idea che i precetti morali siano ‘veri’ è una mistificazione sia dell’ética che della verità, non essendo tali precetti nè verificabile nè falsificabili, ma solo argomentabili come giusti o come ingiusti. Di qui la tolleranza per tutte le differenti concezioni morali, in accordo, oltre che con la libertà di pensiero, con il principio de uguaglianza e di non discriminazione delle diferente identità religiose, culturali e politiche. Non solo. L’oggettivismo morale, oltre ad esporre y suoi sostenitori all’accusa di intolleranza, comporta un inutile indebolimento del costituzionalismo e dei diritti fondamentali; i quali, anziché proporsi quali garanzie del multiculturalismo e delle differenze religiosa in forza dell’uguale rispetto e valore di tutte le differenze personali, rischiano di apparire come l’ennesima pretesa imperialistica dell’Occidente di imporre a tutti la propria morale e la propria cultura” (cfr. L. Ferrajoli: “Contro il creazionismo giudiziario”, Macchi Editore, Modena, 2.018, págs. 52-53).*

una moral positiva compartida por todos los jueces; por el contrario, éstas se caracterizan por un pluralismo ético: los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones y no construyen un sistema coherente de derecho y moral para resolver los casos, y los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente los casos”²⁴⁸.

20.- Expresa con singular acierto García Amado: “Y porque la moral es de cada uno, pero el derecho es de todos”²⁴⁹.

21.- Como refiere Iturralde Sesma: “... hay que decir que el principio de legalidad no consiste sólo en el principio de que las autoridades y los ciudadanos deben aplicar y obedecer la ley, aun cuando ésta no promueva sus propios intereses, sino también en la máxima que prescribe que la autoridad y el ciudadano deben hacerlo también cuando ésta –en su opinión- sea injusta, moralmente incorrecta o desafortunada como política, pues ‘la promulgación de la ley en cuestión pone de manifiesto la existencia de *una concepción* acerca de su justicia, moralidad o deseabilidad, que es *diferente de la propia*; algunos tienen que haber estado a favor de la ley o haber pensado que era una buena idea. Con otras palabras: la existencia de la ley junto con la propia opinión del individuo pone de manifiesto un *desacuerdo moral* en la comunidad con respecto al asunto de que se trata”²⁵⁰.

22.- Por último, pero no menos importante, las ideas de Kelsen, en cuando señala: “Si no se distingue claramente el concepto de norma jurídica del concepto de principio jurídico, se difuminan las fronteras entre el derecho positivo, por una parte, y la moral, la política y la ética, por otra, cosa que sólo pueden desear aquellos representantes de la ciencia jurídica que consideran como tarea suya no tanto conocer y describir objetivamente el derecho positivo, como más bien justificar o poner en cuestión su validez desde el punto de vista moral y político, y de ese modo, bajo la bandera del *conocimiento* objetivo del derecho, emprender una *valoración* del derecho sumamente subjetiva”²⁵¹.

²⁴⁸ Cit. por Victoria Iturralde Sesma: “Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica”, Marcial Pons, Madrid, 2.014, pág. 16.

²⁴⁹ Cfr. Juan Antonio García Amado: “Prólogo”, en O. Sarlo *et al.*: op. cit., pág. 11.

²⁵⁰ Cfr. V. Iturralde Sesma: op. cit., pág. 17.

²⁵¹ Cfr. Hans Kelsen: “Teoría general de las normas”, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Marcial Pons, Madrid, 2.018, págs. 138-139.

XII) La naturaleza de los principios

1 .- El extenso desarrollo del capítulo anterior, habilita a resolver en forma más sucinta el problema de la naturaleza de los principios, ya que el mismo se traduce en resolver si los aquellos participan de la naturaleza del derecho o de la moral.

Señala Streck: “Algunos doctrinantes dicen que los principios corresponden a las normas del derecho natural, verdades jurídicas universales e inmutables, inspiradas por un sentido de equidad; otros manifiestan que los principios generales del derecho resultan de normas del ordenamiento jurídico, es decir, de los subsistemas normativos...”²⁵².

2 .- Vigo formaliza un cuadro esquemático de las distintas orientaciones, según el siguiente orden:

a) Los positivistas que consideran que los principios no trascienden del campo del derecho positivo y es en él donde están y se los debe hallar.

b) Los historicistas, que los ubican en un derecho pretérito.

c) Los científicistas que confían su elaboración en manos de la ciencia jurídica.

d) Los llamados metapositivistas, donde incluye a todos los que encuentran su contenido fuera del derecho positivo, entre ellos los iusnaturalistas²⁵³.

e) Los eclécticos que admiten la existencia de principios indicados en el derecho positivo y de otros que se encuentran fuera de éste. Esta última es la posición de Vigo, quien reconoce tres tipos de principios, dos del ámbito del

²⁵² Cfr. L. L. Streck: “Hermenéutica y decisión judicial”, Universidad Javeriana-Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2.013, pág. 28.

²⁵³ *Obiter dictum*: se afirma que el iusnaturalismo: “... goza hoy, sin duda –y ya desde la mitad del siglo pasado- de una renovada vitalidad que lo mantiene proponiendo nuevas respuestas...”, a. v. gr.: estatuto, fundamentación e interpretación de los derechos humanos, delimitación de los parámetros éticos-jurídicos para una sana ecología, o el estatuto de una argumentación jurídica que sea tanto formal cuanto materialmente correcta (cfr. José Chávez-Fernández Postigo y Rafael Danta María D’Angelo: “Presentación”, en AA. VV.: “Derecho natural y iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho”, Palestra, Lima. 2.014, pág. 7. Y se reconocen catorce líneas o escuelas iusnaturalistas: 1) iusnaturalismo dialéctico, 2) iusnaturalismo retórico, 3) iusnaturalismo teológico, 4) iusnaturalismo intelectualista, 5) iusnaturalismo utopista, 6) iusnaturalismo humanista, 7) iusnaturalismo reformista, 8) iusnaturalismo contrarreformista, 9) iusnaturalismo racionalista, 10) iusnaturalismo historicista, 11) iusnaturalismo empirista, 12) iusnaturalismo iluminista, 13) iusnaturalismo idealista y 14) iusnaturalismo neoescolástico (cfr. Francisco Puy Muñoz: “Iusnaturalismos”, en AA. VV.: “Derecho natural y ...”, cit., págs. 17-30, esp. págs. 22-25). Cuyo examen excede los límites del presente.

derecho positivo (principios jurídicos positivos sectoriales y principios jurídicos sistemáticos o fundacionales) y otro de raigambre iusnaturalista (principios iusnaturales)²⁵⁴.

3.- Ya se ha examinado²⁵⁵, la posición de Dworkin, que funda los principios en ideas de moral y justicia, y del vínculo entre los dos órdenes normativos, lo que torna innecesario reproducirla aquí.

“Con lo cual la teoría de los principios –al menos la de Dworkin- recobra otra vieja característica que tuvo en sus orígenes y que explica la cautela con que siempre fue vista por el positivismo, esto es, que los principios se quieran convertir en el vehículo o plasmación de un presunto derecho natural”²⁵⁶.

4.- La concepción de Couture, ya relacionada (*retro* cap. I), concurre en la otra de las orientaciones apuntada: los principios generales de derecho se constituyen a partir la abstracción de las soluciones normativas y la generalización orientadora; *id est*: son Derecho, están hechos de Derecho.

Expresa asimismo el Maestro: “Pero, a su vez, los principios procesales se revelan en leyes procesales”²⁵⁷.

Y relaciona, compartiéndola, la opinión de Recasens Siches: “Alguien dijo, expresó, que la tarea del jurista consta de cuatro operaciones entrelazadas: hallazgo de la norma aplicable, inteligencia de esa norma, construcción de la norma concreta dentro del perfil de la institución y articulación de ese perfil en la sistemática del ordenamiento jurídico. Los principios que permiten realizar tal tarea son tan positivos como la misma ley”. Y más adelante: “En la reducción a principios de un sistema codificado, se halla el derecho positivo igual que en la determinación de soluciones particulares por acto del legislador”²⁵⁸.

5.- En esa misma línea se orienta la doctrina: Guasp (“Tales principios se obtienen precisamente mediante una inducción de los preceptos concretos legales”... “Funcionan en cuanto a su aplicación lo mismo que otra norma cualquiera, es decir, tienen que ser elegidos, interpretados y actuados exactamente igual que cualquier

²⁵⁴ Cfr. R. L. Vigo: “Interpretación...”, cit., págs. 114-119.

²⁵⁵ *Vid. retro*, cap. XII, N° 15.

²⁵⁶ Opinión de Prieto Sanchís, cit. por Iturralde Sesma, op. cit., págs. 16-17.

²⁵⁷ Cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cits., pág. 50.

²⁵⁸ Cfr. E. J. Couture: “La enseñanza de Chiovenda...”, cit., pág. 526.

otra disposición”).²⁵⁹, Peyrano (son “...construcciones jurídicas normativas subsidiarias, porque su imperatividad nacería al conjuro de las situaciones previstas por la norma convalidatoria prealudida” - antes adelantó su naturaleza normativa “...tan positivos como la misma ley” citando a Couture- y “...son construcciones jurídicas normativas. Precisando aún más: serían construcciones jurídicas normativas subsidiarias, porque su imperatividad nacería al conjuro de las situaciones previstas en la norma convalidatoria prealudida”. Y antes: “Desconocer la normatividad de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación... Se diga o no, todo ordenamiento adjetivo incluye una norma convalidatoria de la imperatividad de los principios *sub examine* que puede conceptualizarse de la siguiente manera: dado un vacío o conflicto normativo, debe buscarse la solución dirimente teniendo en cuenta el principio procesal respectivo”. Y más adelante: “...son construcciones normativas jurídica de índole subsidiaria, producto de la más cuidadosa decantación técnico-sistemática de las normas que regulan un proceso civil dado...”)²⁶⁰, Palacio (“Es que los principios procesales, en la medida que se extraen de un determinado contexto normativo...”)²⁶¹, Vescovi *et al.* (“La naturaleza normativa de los principios procesales se ve mayormente confirmada en un ordenamiento en el que, como sucede con el CGP, se priorizan los principios procesales como vértices fundamentales de toda la estructura procesal, ya que muchos de ellos están consagrados a texto expreso en un título especial, y otros –que si bien no están consagrados en forma tan sistemática-surgen mediante el análisis de un grupo de disposiciones de las que se los extrae por inducción, o de una norma clave, concreta e individual, de la que se lo hace por deducción”)²⁶² y Arruda Alvim (“Los principios constituyen las grandes reglas de un sistema, y son *inducidos* del sistema mismo”... “Significan la visión grandiosa de un ordenamiento, estudiado desde el punto de vista de la óptica de su positivismo...”)²⁶³.

²⁵⁹ Cfr. Jaime Guasp: “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.968, T. I, págs. 51-53.

²⁶⁰ Cfr. J. W. Peirano: op. cit., págs. 40-41 y 48-49.

²⁶¹ Cfr. L. E. Palacio: op. y t. cits., pág. 251.

²⁶² Cfr. E. Vescovi *et al.*: op. y t. cits., pág. 41.

²⁶³ Cfr. Arruda Alvim: “Principios fundamentales formativos del procedimiento civil brasileño”, en Rev. do Pr., Ano X, abril-junho 1.985, N° 38, págs. 84-110, esp. págs. 85-86.

6.- Y expresa la pluma magistral de Carnelutti –refiriendo a solventar las lagunas de la ley-: “El proceso de autointegración se funda en el concepto de principio jurídico. Principio, como ya expresa la palabra misma, es algo que se contrapone a terminación (‘compimento’) y, por tanto, a la norma terminada o completa; es, en otras palabras, el pensamiento cuya formulación representa la norma”²⁶⁴.

Y más adelante: “los principios generales no son, pues, algo que exista *fuera del Derecho escrito*, sino *dentro del mismo*, ya que se extraen sólo de las normas constituidas. Están dentro del derecho escrito, como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu o la esencia de la ley. Por ello son principios de Derecho positivo, no de derecho natural o de derecho histórico. La historia o la filosofía no son aquello *de que* se extraen, sino, eventualmente, aquello *con que* se extraen los principios generales, de las normas constituidas, es decir, medios para la interpretación de éstas. Semejan a los reactivos adoptados para poder extraer mejor la esencia”²⁶⁵.

7.- Y en esta línea se pronuncia Jiménez de Aréchaga, con la cita de Carnelutti²⁶⁶.

8.- Aunque no debe soslayarse, en este aspecto, la reflexión de Álvarez Gardiol: “En suma, lo que insinuamos es que, sea que proclamemos la fuente positiva o natural de los principios generales del derecho, lo que realmente interesa es la matriz de su génesis, ya que cualesquiera ella sea, el desenvolvimiento posterior de los principios, incorporados en la juridicidad positiva, es lo realmente importante.

“Dicho de otra manera, cuando el principio general del derecho es utilizado para enfatizar los contornos de una situación oscura, en ese momento interesa poco determinar la estirpe positiva o natural del principio. Lo que importa es saber no de donde devienen, sino que son los principios generales del derecho y como funcionan dentro de un sistema de normas que pretenden regular, de la manera más armónica y justa posible, la conducta de los hombres viviendo en sociedad”²⁶⁷.

²⁶⁴ Cfr. F. Carnelutti: op. y t. cits., pág. 127.

²⁶⁵ Cfr. F. Carnelutti: op. y t. cits., pág. 132.

²⁶⁶ Cfr. Justino Jiménez de Aréchaga: “La Constitución Nacional”, T. I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1.991, pág. 45.

²⁶⁷ Cfr. A. Álvarez Gardiol: op. cit., pág. 229.

9.- El derecho positivo patrio, recoge, en diversos códigos –se omiten otras referencias *brevitatis causa*²⁶⁸ - la referencia a los “principios generales de derecho”.

El artículo 16 del Código Civil²⁶⁹, el artículo 332 de la Constitución²⁷⁰, los artículos 14 y 15 del Código General del Proceso²⁷¹ y el artículo 14 del Código del Proceso Penal (Ley N° 19.293)²⁷².

10.- Y esa recepción expresa en el ordenamiento normativo, se verifica con una clara expresión “principios generales **de** derecho” y no “principios generales **del** derecho”, como sí lo refieren otros textos, entre ellos, el artículo 16 de la Ley Argentina N° 340, Código Civil redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield^{273 274}.

Aun cuando no es *per se* definitorio, el criterio filológico en el uso de las preposiciones “de” o “del”, proyecta consecuencias.

²⁶⁸ Una referencia completa puede consultarse en: O. Sarlo *et al.*: op. cit., págs. 81-91.

²⁶⁹ Código Civil, artículo 16: Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

²⁷⁰ Constitución, artículo 332: Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

²⁷¹ Código General del Proceso, artículo 14: Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

En caso de duda se deberá ocurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo.

Artículo 15: En caso de vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas. Atendidas las circunstancias del caso.

²⁷² Código del Proceso Penal, artículo 14. 1 inc. 2: En caso de duda, se deberá recurrir a las normas generales, fundamentalmente las que emanan de la Constitución de la república, de los principios generales de derecho y de los específicos del proceso penal, debiéndose preservar y hacer efectivas las garantías del debido proceso.

Artículo 14.2 En caso de vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios constitucionales y generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso. Están vedadas la solución analógica y la interpretación extensiva perjudicial al interés del imputado.

²⁷³ “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. El nuevo Código Civil argentino –Ley N° 26.994- no reproduce el texto.

²⁷⁴ El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, Ley N° 26.994, establece en su artículo 2: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Y el artículo 3: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

“Si nos atenemos a las reglas (de) la gramática española, la utilización la preposición material o de composición ‘de’ denotaría que esos principios ‘están hechos’ de derecho, esto es, que su materia son derecho, a secas. Si partiéramos de la base de que el derecho es algo distinto de la moral (independientemente de que ésta sea más importante o no), entonces, el uso de la expresión ‘de derecho’ estaría significando que los principios no son algo distinto del propio derecho, y que (en todo caso) sólo provienen de la abstracción de sus soluciones o por inferencia de sus presupuestos inmanentes.

“En cambio, en la fórmula ‘principios generales del derecho’, la preposición ‘de’ antecede al artículo determinado ‘el’ referido a ‘derecho’, con lo cual cambia drásticamente el sentido. Ahora, parece claro que los principios son algo externo al derecho pero cumplen una función respecto de él... Esta dualidad de sentido, responde perfectamente a la tradicional dualidad en la interpretación de los principios: o son inmanentes al derecho (son parte de su existencia, aun cuando sean abstracción de las mismas) o son externos al derecho (como causas, justificaciones, determinantes, etc.)”²⁷⁵.

11.- En el mismo sentido de la positivización de los principios, se pronuncia Ferrajoli²⁷⁶

Y también Pozzolo²⁷⁷.

12.- En suma, como viene de analizarse, la concepción procesalista en punto a la naturaleza de los principios, los ubican, así como su contenido en el derecho positivo, son de derecho, están hechos de derecho.

Y ello acaece ya se encuentren en preceptos específicos que aludan a los mismos o los definan, cuanto a los que se construyen a partir de la abstracción de las soluciones normativas –inducción o deducción- y la generalización orientadora.

XIII) La diferencia entre reglas y principios

1.- Corresponde analizar, ahora si existen diferencias entre reglas y principios y, derivado de ello el análisis de las teorías distintivas fuertes y débiles.

²⁷⁵ Cfr. O. Sarlo *et al.*: “La era de los principios...”, cit., págs. 96-98.

²⁷⁶ Cfr. L. Ferrajoli: “El constitucionalismo...”, cit., págs. 800-807, *passim*; “Constitucionalismo principialista...”, cit., págs. 25, 27 y 43.

²⁷⁷ Cfr. S. Pozzolo: op. cit., pág. 202.

Distinción de carácter problemático, pero también relevante, como apunta Zagrebelksky²⁷⁸, y en la que, como el mismo autor aconseja, indicaré diversas posiciones “...evitando entrar en complicaciones que sólo producirían dispersión”²⁷⁹.

Ya Portalis afirmaba la diferencia: “*Un principe n’est point une disposition... Mais un principe devient une disposition quand il est sanctionné par la puissance législative... quand un principe appartient à la législation, il devient un règle qui doit être obéie... Les principes sont appris, inspirés ou découverts; les règles sont établis*”²⁸⁰.

2.- Dworkin²⁸¹ expresa que las reglas son aplicables o no aplicables, según concurren o no las condiciones previstas en ellas; en cambio, los principios no indican consecuencias jurídicas y tienen dimensión de peso o importancia.

3.- Alexy luego de señalar que el criterio más frecuente de distinción es el de la generalidad (alta en los principios y baja en las reglas), *id est*, una diferencia de grado, concluye que en su opinión, los principios son mandatos de optimización, porque pueden ser cumplidos en distintos grados según las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las reglas exigen un cumplimiento pleno y sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Todo ello según más extensamente fuera referido *retro*²⁸².

4.- Estableciendo su criterio de distinción, Zagrebelsky apunta que a las reglas se obedece, y por ello importa determinar con precisión los preceptos que el legislador establece mediante las formulaciones que contienen las reglas, mientras que a los principios se presta adhesión y por ello es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de la que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión. La distinción esencial parece ser, en opinión del autor, que las reglas proporcionan el criterio de las acciones, mientras que los principios nada dicen a este respecto, pero proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que, *a priori*, parecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o apoyo o de

²⁷⁸ Cfr. G. Zagrebelsky: op. cit., pág. 109.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Cfr. Jean-Étienne-Marie Portalis: “Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil”, Joubert, Paris, 1.844, pág. 118.

²⁸¹ *Retro*, cap. V, a, Nos. 5-7.

²⁸² *Vid. retro*, cap. VI, N° 3.

disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en la salvaguarda de un caso concreto. A diferencia de las reglas carecen de supuesto de hecho, por lo que sólo adquieren significado operativo haciéndolos reaccionar ante un caso concreto. Las reglas y sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente. La aplicación de los principios es completamente distinta y requiere adoptar ante la realidad posición de conformidad con ellos²⁸³.

5.- Expresa Streck que la diferencia entre la regla y el principio es que éste está contenido en ella, la atraviesa, rescatando el mundo práctico. Y también: “La regla no existe sin el principio. Del mismo modo, no hay principio que pueda ser aplicado sin el ‘cruce’ de una norma. La regla no explica; la regla esconde”... El principio es la enunciación de lo que está declarado²⁸⁴.

6.- Atienza y Ruiz Manero²⁸⁵ señalan, en síntesis: a) que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al porqué operan cuanto al cómo operan en el razonamiento jurídico de los tribunales, mientras que los principios son autoritativas en cuanto al porqué, pero no en cuanto al cómo operan; b) que las reglas configuran el caso en forma cerrada, mientras que los principios lo hacen de forma abierta, su indeterminación es más radical que el de las reglas.

7.- Aarnio²⁸⁶ aporta su solución analizándola desde las tesis de la demarcación fuerte y débil entre reglas y principios. Según la primera la diferencia es cualitativa: las reglas son como vías del tren, se siguen o no; los principios no proporcionan razones concluyentes, tienen dimensión de peso o importancia, son mandatos de optimización y guardan profunda afinidad con los valores.

8.- Congruente con la posición indicada anteriormente²⁸⁷, Ferrajoli afirma que entre reglas y principios no hay contraposición²⁸⁸ y alude a la positivización de los principios²⁸⁹.

9.- La solución a seguir dependerá de la adopción de la teoría fuerte o débil de la demarcación entre reglas y principios..

²⁸³ Cfr. G. Zagrebelsky: op. cit., págs. 110-111.

²⁸⁴ Cfr. H. L. Streck: “Hermenéutica...”, cit., pág. 33.

²⁸⁵ *Retro*, cap. VI.

²⁸⁶ *Retro*, cap. VII.

²⁸⁷ *Vid. retro* cap. XII, N° 11.

²⁸⁸ Cfr. L. Ferrajoli: “El constitucionalismo...”, cit., pág. 801.

²⁸⁹ Cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo principialista...”, cit., págs. 25, 27 y 43.

Como señala Alexy, son teorías fuertes las que afirman la existencia de una diferencia cualitativa entre reglas y principios. La teoría débil de la separación es la que postula como criterio de distinción el de la generalidad: los principios son normas de grado de generalidad normalmente alto.

Como expresara anteriormente²⁹⁰ sigo un lineamiento que se inscribe en la teoría débil de la separación: son enunciados lógicos extraídos de la ordenación sistemática de los textos normativos (reglas) y participan de esa misma naturaleza. Son, para expresarlo en palabras de Aarnio, principios jurídicos positivos que, o bien están recogidos en reglas o presupuestos en ellas como razones para adoptar decisiones.

En suma: su valor es argumentativo y ello condice con la solución a adoptar en relación a la problemática procesal.

10.- De seguirse la teoría fuerte de los principios –propuesta por algunos autores iusnaturalistas- se “... desemboca naturalmente en cierta judicialización de la teoría jurídica...”²⁹¹ y entrar en el tránsito de la seguridad jurídica a la equidad. Y así se propugna: “En consonancia con una teleología privilegiadora de la justicia y la equidad, el legislador ya no pretenderá ser el único hacedor de la respuesta justa, y entonces sus previsiones computarán una flexibilidad apropiada que deje margen al juez para que sin violentarla decida con justicia el caso”²⁹². No obstante, y aludiendo a la judicialización de los conflictos, se expresa: “Más allá de los límites y posibilidades reales de los jueces, lo cierto es que vemos un protagonismo de los mismos que desborda lo jurídico, y que a su vez provoca inquietudes polémicas... hay una especie de permanente cuestionamiento por no contar los jueces con legitimidad democrática que los habilite a aquella función de control sobre los otros poderes”^{293 294}.

²⁹⁰ *Retro*, cap. II, N° 4.

²⁹¹ Cfr. R. L. Vigo: “Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial”, Depalma, Bs. Aires, 2.000, pág. 54.

²⁹² Cfr. R. L. Vigo: “De la ley al derecho”, Ed. Porrúa, México, 2.005, págs..47-49.

²⁹³ Cfr. R. L. Vigo: “Interpretación jurídica...”, cit., págs. 42-43.

²⁹⁴ Probablemente esta circunstancia es la que hace reflexionar a Comanducci: “Pero lo que no creo es que, en la situación actual, promulgar o configurar principios sean actividades que persiguen directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la seguridad jurídica. Estas actividades persiguen, en mi opinión, otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones ‘al por mayor’, el proporcionar pautas generales

11.- Pero no se advierte, como sí lo hace Bandieri, que ello atenta contra la independencia: “La judicatura tiene, además, una *potestas*, por la cual puede considerársela propiamente ‘poder` judicial, esto es, participante en el poder político. Hay una forma patológica de ejercicio de este poder, que se manifiesta en una también patológica ‘judicialización de la política`, donde el enemigo debe ser estigmatizado con un procesamiento o una condena, para lo cual debe contarse con jueces proclives a despacharlos. Pero hay también una forma fisiológica de ejercicio del ‘poder` judicial, y por consiguiente una normal judicialización de la política que, de todos modos, conduce inevitablemente a la politización de la justicia... Entonces, con el objetivo de controlar esta función y, también, de inclinar la balanza de la judicialización política, se asiste a la injerencia, entrometimiento y maniobreo en los procesos orgánicos de selección, designación y remoción de los jueces. En esta cancelación a sabiendas de la garantía de la independencia judicial en cuanto a su libertad íntima de juicio, hay un gravísimo menoscabo”²⁹⁵.

12.- Y no es ocioso recordar que el Código General del Proceso impone que se sentencie aplicando la regla de derecho y veda el fallar por equidad (artículos 25 y 199²⁹⁶), salvo conformidad de las partes.

13.- Y respecto a la equidad, cabe citar a Mourlon²⁹⁷: “*Lorsque la loi est claire, formelle, le juge doit la suivre, alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à l’équité naturelle: Dura lex sed lex! Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi: car il est institué pour juger selon elle et non pas pour la juger. Rien n’est au-dessus de la loi et c’est prévariquer qu’en éluder les dispositions sous prétexte que l’équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il*

a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente, la étero y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo, etc.” (cfr. Paolo Comanducci: “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa* 21-II, 1.998, págs. 89-104, esp. pág. 104).

²⁹⁵ Cfr. L. M^a. Bandieri: *loc.cit.*

²⁹⁶ Código General del Proceso, artículo 25: 25.1: El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten.

Artículo 199: Si mediare acuerdo de partes y siempre que éstas tuvieren la libre disposición del derecho aducido en juicio, podrá el tribunal fallar el asunto por equidad (artículo 25.1).

²⁹⁷ Cfr. Frédéric Mourlon: “Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon”, T. premier, A Marescq Ainé Librairie-Editeur, Paris, 1.869, págs. 58-59. El destacado está en el original.

*n'y a pas, il ne peut pas y avoir, de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou l'équité de la loi. //Malheureusement, cette règle n'est pas assez bien comprise dans la pratique. On voit tous les jours des juges traiter de vaines subtilités les résolutions du droit positif et le pervertir à force d'équité! Ce sont de mauvais juges! Je ne sais rien qui soit, en jurisprudence, plus dangereux que cette manie de préférer à la règle toujours fixe de la loi les prestiges si souvent trompeurs de l'équité naturelle. L'équité, c'est le caprice pour loi, la anarchie sous les apparences de l'ordre, l'auxiliaire de ceux qui, par orgueil ou par intérêt, mettent leur raison au-dessus de la règle. Tout le monde en parle, mais personne ne la définit. Croit-on l'avoir suffisamment caractérisée lorsqu'on dit d'elle que c'est **une lueur de raison que la nature a mise dans tous les esprits?** Cette lueur de raison n'existe assurément pas au même degré chez tous les hommes; elle est plus ou moins vive suivant les temps et les lieux, suivant notre âge, notre éducation et mille autres circonstances. Chacun comprend donc l'équité à sa manière, et c'est précisément parce qu'elle est variable selon le caprice et les passions des hommes que les législateurs ont senti le besoin d'en fixer les règles par les lois écrites.// Ils n'ont pas sans doute réussi toujours; mais ce n'est pas, que je sache, aux juges qu'appartient le droit de corriger les erreurs qui ont pu être commises. Autrement, quelle sécurité y aurait-il? Nos lois ne seraient plus qu'un letre morte! Rien ne serait garantie; nos droits les plus sacrés seraient eux-mêmes compromis.//Le peuple, avec son instinct naturel, le comprend bien. Dieu nous garde de l'équité des Parlements, disait-il autrefois. Les habitants de la Savoie conquise par François Ier demandèrent par grâce, à ce monarque, de n'être pas jugés selon l'équité. Cette requête parut étrange d'abord, mais, après y avoir mûrement réfléchi, on la trouva fort sensée”.*

14.- Y reflexionar sobre el aforismo de los antiguos doctores: *iudicis est ius dicere, non ius dare*.

Y es que, como enseña Bandieri²⁹⁸ que sobre el tríptico Estado constitucional, neoconstitucionalismo, democracia constitucional, se pretende expandir un derecho destinado a cumplir integralmente, en la posmodernidad, las promesas perdidas de la

²⁹⁸ Cfr. L. M^a. Bandieri: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>. Los destacados no están en el original.

modernidad. “una esfera pública mundial –en expresión de Ferrajoli- presidida por ese derecho e instauradora del vislumbre kantiano de la paz perpetua. La paz a través del derecho global, que prometía Kelsen sobre las ruinas de la posguerra. La realidad es un estado de excepción permanente y la guerra civil extendida por el planeta. **Quizás haya llegado el momento de tomar conciencia de ese fracaso y, sobre los escombros de las promesas incumplidas, reconstruir el derecho sobre sus sólidos cimientos clásicos**”.

15.- En forma congruente con lo referido *retro* N° 9, sigo la línea predominante en la doctrina procesalista, de distinción débil entre reglas y principios. Ambos participan de idéntica naturaleza y el valor de los segundos es argumentativo.

Como señala Klett: “Cuando se habla de la plenitud hermética del orden jurídico quiere expresarse que no hay situación jurídica alguna que no pueda sea resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho.

“Toda controversia sometida a la decisión de un Tribunal debe ser resuelta y resuelta jurídicamente”²⁹⁹.

Dado que se establecen dos dogmas: que el juez no crea derecho y que, sin posibilidad de excusarse, debe fallar siempre de acuerdo a derecho. Y estas dos soluciones sólo resultan compatibles, si se establece un tercer dogma sobre la plenitud y coherencia del ordenamiento y las referencias a los principios fueron una técnica para sostenerlo. Así, los principios pasan a ser el componente que dota de completitud, cohesión –y hasta para algunos de moralidad- al sistema³⁰⁰.

XIV) Principios implícitos y explícitos

1.- En “Fundamentos”, refiere Couture: “La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse en forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los

²⁹⁹ Cfr. S. A. Klett: op. cit., pág. 33.

³⁰⁰ Cfr. O. Sarlo *et al.*: op. cit., pág. 149.

principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones”³⁰¹.

2.- La circunstancia que haya un elenco de principios, reconocidos en forma expresa y articulados en los cuerpos normativos, no hace que los reconocidos (explícitos) pierdan su calidad de tales. Su regulación legal no impide ubicar otros (implícitos) por parte de los especialistas³⁰².

3.- Ruiz Manero significa al respecto que es una distinción relevante la que media entre principios explícitos –esto es, expresamente dictados por una fuente de producción jurídica- y principios implícitos –los extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, como racionalización de las mismas-^{303 304}.

4.- Como ya se ha examinado³⁰⁵, en presentación conjunta, Atienza y Ruiz Manero, introducen como última distinción, la que media entre principios explícitos (los formulados expresamente en el ordenamiento) y principios implícitos (los extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico), clasificación que consideran exhaustiva y excluyente.

Los explícitos son razones para la acción, independientes del contenido pero no perentorias; los implícitos son razones para la acción no perentorias ni independientes del contenido. Los primeros son autoritativos, mientras que los segundos no.

Señalaban asimismo que los segundos suponen mayor complejidad pues no sólo plantean el problema de cómo deben ser utilizados, sino, asimismo, cómo se justifica adoptarlos. Y ello viene a coincidir con el problema general de la interpretación jurídica, que dejan fuera de su consideración.

³⁰¹ Cfr. E. J. Couture: “Fundamentos...”, cit., pág. 182.

³⁰² Cfr. A. Álvarez Gardiol: op. cit., pág. 231; J. W. Peyrano: op. cit., págs. 44-46.

³⁰³ Cfr. J. Ruiz Manero: op. cit., pág. 152.

³⁰⁴ Larenz refiere a “principios abiertos” y “principios en forma de norma jurídica”. Éstos son los “... condensados en una regla inmediatamente aplicable, no son sólo *ratio legis*, sino que ellos mismos son *lex*”. Aquéllos no tienen carácter de norma, sino el de “... ideas jurídicas directivas, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular, sino sólo en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales” (cfr. Karl Larenz: “Metodología de la ciencia del Derecho”, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel Derecho, Barcelona, 1.994, pág. 471).

³⁰⁵ *Vid. ut retro* Cp. VII, No. 4, 3).

Nada expresan –quizás porque se sobreentiende–, destaca Alonso Vidal³⁰⁶, que la aplicación de un principio implícito siempre exigirá un mayor grado de deliberación que la de un principio explícito, porque además de ponderar si existen otras razones, el órgano jurisdiccional deberá hacer un juicio de adecuación del principio implícito con las reglas y principios explícitos del sistema.

5.- Aunque no utiliza esta terminología, Dworkin refiere siempre a los principios implícitos, puesto que parte de la base de que los principios entran en juego cuando no existe una norma identificada por haber sido producida por una autoridad. Por ello se estima que su teoría es incompleta en la descripción de los principios como tipos de normas, ya que no da cuenta de los explícitos³⁰⁷.

6.- Los principios implícitos actúan en el sistema secundario o sistema del juez.

Y a su respecto Guastini –que distingue entre principios expresos (los explícitamente formulados en una disposición constitucional o legislativa de la que puedan recabarse), y los no expresos (los no explícitamente formulados en alguna disposición constitucional o legislativa, sino que son contruidos por los intérpretes en el momento de aplicar el derecho)- considera que la aplicación de los implícitos supone mayor discrecionalidad judicial³⁰⁸.

Señala el mismo Guastini, que existen tres técnicas de construcción de principios implícitos: a) una consiste en la inducción de normas generales –mediante abstracción, generalización o universalización- a partir de normas particulares; procedimiento que califica como altamente discrecional. b) una segunda consiste en la búsqueda por el intérprete –para el autor se trata de conjeturas- de los fines, intenciones, valores, del legislador; es la que se emplea cada vez que se busca la *ratio legis*; también ampliamente discrecional. c) finalmente, la última consiste en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio previamente reconocido como tal y elevar luego esa norma implícita al rango de principio.

³⁰⁶ Cfr. Horacio-José Alonso Vidal: “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho”, en DOXA 35 (2.012), págs. 157-172, esp. pág. 159.

³⁰⁷ Cfr. H-J. Alonso Vidal: op. cit., pág. 160.

³⁰⁸ Cfr. H-J. Alonso Vidal: op. cit., págs. 162-163.

En suma: para Guastini la aplicación judicial de principios implícitos no sería más que un ejercicio de discrecionalidad, cuando no de arbitrariedad por el tribunal³⁰⁹.

7.- En mi opinión, aludir a principios explícitos es, ni más ni menos, que referir a reglas. En efecto: cuando un texto normativo incluye preceptos que rotula como principios³¹⁰, estamos frente a reglas en los cuerpos legales.

La solución no varía cuando los textos remiten a principios, aun cuando no los hagan objeto de más articulación que su referencia³¹¹.

Lo más que podrá debatirse en estos supuestos, es si los así consagrados son verdaderos y propios principios, en atención a su regulación o alcance.

Y allí la solución es clara: aplicar la regla.

8.- El problema se plantea –y Guastini advierte al respecto- con relación a los implícitos, por la eventualidad discrecionalidad –cuando no arbitrariedad- judicial. Y no puede afirmarse, como lo hace Alonso Vidal “... porque la totalidad de los principios implícitos acaban por convertirse en principios explícitos”, para cuya aseveración encuentra fundamento en el sistema del *common law* que reconoce como fuente de autoridad a la jurisprudencia de los tribunales. Pero que no es de recibo en el derecho continental –*civil law*- a cuyo respecto los argumentos no resultan suasorios³¹². Los principios explícitos son tales en cuanto una regla los recoge. No puede derivarse de la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia, aun en ausencia de reglas, de un elenco de principios ubicables, definidos y comúnmente aceptados, en la conversión de los mismos en explícitos.

9.- Ahora bien, como destaca Ródenas³¹³, una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de conformidad con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, y otra diferente aludir a discrecionalidad en estos casos. El Derecho, prosigue, no renuncia a determinar cuándo pueden ser aplicables normas no identificables autoritativamente, ni le es indiferente su contenido. Y apunta a que el operador deberá desarrollar una argumentación –para aplicar una

³⁰⁹ Todo según H-J. Alonso Vidal: op. cit., págs. 163-164.

³¹⁰ Código General del Proceso, artículos 1 a 11, Código del Proceso Penal, artículos 1 a 11.

³¹¹ Código del Proceso Penal, artículo 12. Proceso laboral, Ley N° 18.572, artículo 1.

³¹² Cfr. H-J. Alonso Vidal: op. cit., pág. 171.

³¹³ Cfr. Á. Ródenas: op. cit., pág. 433.

norma no identificable autoritativamente- que demuestre que concurren razones para aplicarla.

Y resultan compatibles sus propuestas:

“1) Salvo prueba en contrario, las reglas (de mandato) operarán en el razonamiento de los operadores del Derecho como razones perentorias e independientes del contenido.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que una regla no identificable autoritativamente debe ser aplicada a un caso, o que una regla así identificada no debe ser aplicada (bien porque el caso en cuestión constituye una excepción a la regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada).

3) Quien pretenda la aplicación de una regla no identificable autoritativamente, o la inaplicación de una así identificada, deberá realizar un razonamiento tendiente a demostrar que, de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes (expresas o tácitas), hay razones suficientes, para incorporar una nueva regla al sistema o para apartarse de lo que ellas establecen”³¹⁴.

10.- En línea similar –aunque más restringida-, Alonso Vidal propone, para la aplicación de normas no identificadas autoritativamente:

“1) Los principios implícitos operarán en el razonamiento jurídico como razones para la acción no perentorias y no independientes de su contenido.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que un principio implícito debe ser aplicado (bien porque el caso en cuestión no está regulado expresamente por una norma identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito, o porque en el caso en cuestión constituye una excepción a la regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada por la toma en consideración del principio implícito).

3) Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: *a)* que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y *b)* que de acuerdo a las convenciones

³¹⁴ Cfr. Á. Ródenas: op. cit., pág. 448.

interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito”³¹⁵.

11.- Como se advertirá más ampliamente al considerar la problemática procesal estricta *–in posterum* XVII- los principios fueron implícitos durante largo tiempo y aun se mantiene en algunos cuerpos normativos; posteriormente se han incluido en los textos legales, aunque esa incorporación no agota su número y siguen ubicándose por la doctrina, múltiples implícitos.

XV) Resolución de conflictos entre reglas y principios

1.- En punto a la colisión de textos y principios, expresa Couture: “La interferencia de textos y de principios, y sus posibles colisiones, constituyen un caso frecuente en la actividad interpretativa”... “Hablar de colisión de texto contra principio parecería una antinomia, porque no puede haber más principio que el que surge de los textos. Sin embargo, si llegáramos a la conclusión de que los principios se extraen de una armonización sistemática de *todos los textos*, tomando en consideración sus repeticiones sucesivas, sus obstinadas y constantes reapariciones, la tarea interpretativa en este caso debe resolverse por el predominio del principio, ya que él es la revelación de una posición de carácter general, tomada a lo largo del conjunto constante de soluciones particulares”^{316 317}.

2.- Esta posición de Couture no resulta compartible.

El legislador puede, sin dudas razonables, en soluciones particulares, dictar reglas que desconozcan o contradigan las que emerjan de los principios que puedan resultar incidentes los que resultan excluidos en mérito al texto legal.

Como expresara Julius von Kirchmann: “Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura”³¹⁸.

³¹⁵ Cfr. H-J. Alonso Vidal: op. cit., págs. 170-171.

³¹⁶ Cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cit., págs. 54-55.

³¹⁷ Esta solución de Couture es compartida por De Hegedus (cfr. Margarita De Hegedus: “Los principios de inmediación y de contradicción en la prueba trasladada”, en AAVV: “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2.017, T. I, págs. 773-786, esp. pág. 774).

³¹⁸ Cit. por K. Larenz: “Metodología...”, cit., págs. 26 y 65.

La regla contraria al principio actuaría, en el supuesto, como *lex specialis*, frente al principio que operaría como *lex generalis*.

3.- En este sentido, enseña Peyrano: "... negamos enfáticamente, que el órgano jurisdiccional pueda arrogarse siempre y en cualquier hipótesis la facultad discrecional de hacer prevalecer la vigencia de un principio procesal sobre el expreso texto de la ley"³¹⁹.

Y más adelante: "... entendemos que..., los principios generales del proceso civil no pueden obstaculizar el imperio de una norma adjetiva explícita. Cabe acotar que autores de la talla de Couture, aparentemente se habrían pronunciado por la prevalencia indiscriminada del principio procesal sobre la norma que lo contradice. Creemos que tales opiniones deben ponderarse con reserva, puesto que se las ha vertido de manera incidental y en ocasión de tratar cuestiones vinculadas sólo tangencialmente sobre el punto"³²⁰.

4.- En el mismo sentido, Gamarra destaca la prevalencia de las reglas sobre los principios y que el juez no puede suplir la ley con los principios³²¹.

Y es la posición que ha sostenido la jurisprudencia vernácula³²².

La jurisprudencia argentina registra un caso resuelto en forma contraria por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³²³.

³¹⁹ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., pág. 32.

³²⁰ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., pág. 34.

³²¹ Cfr. J. Gamarra: op. cit., pág. 16.

³²² Cfr. 1) scia. Trib. Apel. Civil 5º Turno, N° 29, 10/III/1.999, Dres. Van Rompaey (red.), Rochón, Barcelona: "...frente a la posible pugna o contradicción entre una específica voluntad concreta del legislador y los principios generales, la decisión debe pronunciarse a favor de la primera y contra los segundos", en A.D.C.U., T. XXX, págs. 434-435, N° 1.122; 2) scia. Trib. Apel. Civil 5º Turno, N° 22, 10/III/2.006, Dres. Fiorentino (red.), Simón, Presa: "... no puede apartarse de la voluntad de las partes plasmada en el contrato (el juez), so pretexto de recomponer el equilibrio contractual, ni siquiera en base a principios de rango constitucional, como la buena fe o la igualdad", en A.D.C.U., T. XXXVII, págs. 519-520, N° 1.125.

³²³ **Saguir y Dib, Claudia Graciela**

- SENTENCIA
6 de Noviembre de 1980
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
Magistrados: Adolfo R. Gabrielli - Abelardo F. Rossi - Pedro J. Frías (según su voto) - Elías P. Guastavino (según su voto)

Opinión del Procurador General de la Nación A fs. 30 se presentaron Juan Saguir y Nelida A. Dib de Saguir, por sus propios derechos, en su carácter de padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan

I. Saguir y Dib. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación.

A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de J. I. S. es de crónica gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

A fs. 51 se produjo el dictamen de la asesora de Menores quien, con fundamento en el art. 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada.

A fs. 65 los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el dador. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

A fs. 78 obra un nuevo dictamen de los médicos forenses quienes insistieron en su posición anterior, desaconsejando la autorización.

A fs. 82 hay un resumen de historia clínica del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos en donde se informa respecto al estado actual del enfermo y se llega a la conclusión de que refleja una tendencia al desmejoramiento progresivo.

A fs. 85 la jueza interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los arts. 55 y sigts. del Cód. Civil y los arts. 11, 12 y 13 de la ley 21.541, resolvió denegar la autorización para que la menor done uno de sus riñones.

Apelada dicha sentencia, a fs. 99 se produjo un nuevo informe del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos sobre la salud del menor, en el que se afirmó que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato, no aportándose nuevos elementos de juicio.

El asesor de Menores de Cámara, por razones coincidentes con las de la asesora de Menores de 1ª instancia y de la jueza interviniente, solicitó el rechazo de la autorización.

A fs. 101/105, por el voto de la mayoría de la sala A de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal doctor de Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son: 1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que -se argumenta- éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el art. 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una

menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes. 3) Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que -se arguye- aquella sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmar, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

A fs. 117 el a quo, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario A fs. 118 vta. se me corrió vista de la apelación extraordinaria, respecto de la cual paso a expedirme.

En mi opinión, los jueces de la causa han resuelto el caso de autos efectuando una inteligencia posible de normas de estricto derecho común como son las contenidas en la ley 21.541 y las relativas a la capacidad y discernimiento de las personas contenidas en el Código Civil.

En efecto, no considero aceptable la posición de los recurrentes en cuanto sostienen que el art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la ablación de órganos de un ser vivo en menores de 18 años. El sentido y alcance de dicho artículo se encuentra claramente explicado en el mensaje de elevación de la mencionada ley cuyos párrafos pertinentes transcribo a continuación: "... Uno de los aspectos sobre los que no se advierten discrepancias importantes entre quienes han abordado el estudio de esta materia, es el relativo a la disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas vivas, cuya supervivencia se trata de asegurar, por lo que la cuestión no ofrece dificultades verdaderamente importantes en el plano conceptual..." No obstante, en ese orden creemos que los antecedentes estudiados señalan adecuada atención en lo relativo a los menores de edad, punto que consideramos verdaderamente crucial dadas las especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, etc., etc., circunstancias todas que hacen de ellos, sujetos que requieren muy especial protección jurídica. Esa protección debe extremarse a todos los efectos previstos en el proyecto.

"A esa firmísima convicción se debe la actitud restrictiva adoptada al eliminar como posibles dadores a los menores de edad".

Como se puede observar, tales conclusiones no derivan de una afirmación dogmática de los jueces carente de sustento legal, sino de las propias palabras del legislador, que, como lo afirmó la Cámara, va aún más allá de la norma concretada en definitiva y se refiere a la prohibición a los "menores de edad".

A mi parecer, pues, los argumentos del apelante aparecen, más como la desesperación -comprensible- ante lo que creen una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual, estructurado en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley, no observo que se haya visto conmovido por los agravios contenidos en el remedio federal intentado.

Por otra parte, es del caso señalar que ni en el recurso extraordinario ni en ninguna otra oportunidad del proceso se ha invocado la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicadas por los jueces.

No dejo de advertir, empero, que el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación -pudiendo la demora resultar fatal- conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél.

Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada? Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia (Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", p. 36).

Por las consideraciones expuestas, opino que la apelación extraordinaria de fs. 108/116 debe ser declarada improcedente. - Octubre 20 de 1980. - Mario J. López.

Fallo de la Suprema Corte Buenos Aires, noviembre 6 de 1980.

Considerando:

1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116, en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2°) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13, ley 21.541) ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa "Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza" del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482). Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3°) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., que nació el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3° de la referida ley informa a fs. 99: "Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos" y el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante expresa en su declaración ante esta Corte "que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte".

4°) Que corresponde, en primer lugar, señalar debidamente las particularidades de orden fáctico que surgen de las constancias de autos con respecto a la operación en sí misma y a sus eventuales consecuencias para el receptor y la dadora.

El informe de los médicos forenses carece de las necesarias conclusiones asertivas en su fundamentación, habida cuenta de que la casi totalidad del dictamen se compone de interrogaciones que no permiten extraer consecuencias con fuerza de convicción.

Al iniciar la serie de esos interrogantes dicen los médicos forenses: "...pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes" y al terminarla expresan: "estimamos que todas estas preguntas deberán responder los médicos del equipo quirúrgico a los padres del paciente y de la probable y futura dadora..." Frente a la situación reseñada y a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con habilitación de días y horas al jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante, y le efectuó una serie de preguntas y pedidos de explicaciones, que constan en el acta de fs. 131/132.

5°) Que sobre la base de los elementos de juicio que obran en la causa, este tribunal acoge con fuerza de convicción bastante para llegar a una certeza moral suficiente para adoptar una decisión conforme a la naturaleza y características del caso, las siguientes conclusiones:

a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo.

b) De no haber rechazado luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el "medio interno" se soluciona con la operación de trasplante.

c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al nuevo riñón.

d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La

diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.

e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta 13 años con riñón trasplantado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido 25 años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente 25 años.

f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, así como también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente -alrededor de mes y medio- llegó a la conclusión que se estado físico era capaz de soportar la operación y el post-operatorio.

g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que: "... los riesgos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un sólo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar vida normal en su matrimonio y maternidad".

h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, según acta de fs. 128. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos: basta señalar su espontánea manifestación de que, sin conocimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquélla era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párr. h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el art. 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541.

No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este considerando, cabe afirmar -dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata- que en tanto el menor J. I. está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana C. G., aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna invalidez y podría llevar una vida plenamente normal, incluso en su eventual matrimonio y maternidad.

6°) Que sentado lo que precede en cuanto a las circunstancias fácticas de la causa, corresponde abordar la interpretación de la norma específica en la materia a fin de conjugarla con aquéllas y con el todo orgánico del ordenamiento jurídico. El art. 13 de la ley 21.541 establece: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...". A la dadora, en el caso, le faltan a la fecha dos meses para cumplir la edad señalada por la ley.

El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

7°) Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la

Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la "ratio legis" y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos, t. 249, p. 37 y sus citas).

8°) Que, sobre la base de las pautas orientadoras "supra" expuestas, cuadra señalar ante todo que si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse presente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental (conf. art. 2°, ley 21.541). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advuértase que en la nota al art. 16 del Cód. Civil, que remite a los principios generales del derecho, el codificador expresa: "Conforme al art. 7° del Cód. de Austria", y éste se refiere a "los principios del Derecho Natural"; vide igualmente el art. 515 y su nota). No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza, aunque relativamente secundario con respecto al primero, por lo cual la ley de la materia se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador (art. 13).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

9°) Que en cuanto a lo primero baste con hacer remisión al consid. 5° de la presente y a la conclusión de su último párrafo, de lo que cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado.

10) Que en cuanto a lo segundo cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica.

Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres -como ocurre en el caso- o por la venia judicial, situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. Frente a esta última situación, el tribunal no puede dejar de expresar su convicción de que cumplidos esos dos meses la menor mantendría su consentimiento, argumento corroborante que sólo adquiere validez, por cierto, frente al derecho a la vida de su hermano gravemente amenazado en ese lapso. Nada indica razonablemente que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora (v. nota de elevación del proyecto) pueda experimentar un cambio relevante.

En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto en el art. 921 del Cód. Civil en cuanto al discernimiento de los menores adultos y los arts. 58 y 62 relativos al modo y alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad y que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados, con lo cual cobra fuerza la razón "supra" expuesta sobre la base de que la ley 21.541 no prohíbe a los padres completar el asentimiento de la menor dadora (conf. art. 19, inc. 3 "in fine", ley 17.132). Por lo demás, conforme a lo expresado en el consid. 5° apart. h) y en el presente, es válido concluir que se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios previstos en el art. 897 del Cód. Civil.

Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción y que éstas han de ser expresas y de interpretación restrictiva, principio que, conforme a las

excepcionales particularidades de esta causa, tantas veces reiteradas "supra" y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

11) Que aparte del fin primordial de la ley de la materia a que se hizo referencia en el consid. 8º, es particularmente digno de tenerse en cuenta que del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de "la protección integral de la familia"; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente discernimiento -según se dijo "supra"-, actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.

12) Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctr. de Fallos citados en los consid. 2º y 7º y Fallos, t. 234, p. 482) 13) Que la conclusión a que se arriba guarda validez en tanto se cumplan previamente al trasplante, con resultados favorables, los exámenes y estudios a que se hizo referencia en el apart. f) del consid. 5º, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y subsistiendo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora, conforme al 2º párrafo del art. 13 de la ley 21.541.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto la sentencia recurrida, y, atento a la urgencia del caso, se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado a su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 13 (art. 16, 2ª parte, ley 48). - Adolfo R. Gabrielli. - Abelardo F. Rossi. - Pedro J. Frías (según su voto). - Elías P. Guastavino (según su voto).

Voto de los Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino.

Considerando:

1º) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en representación de aquélla, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116 en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2º) Que como lo pone de relieve el auto de fs. 117, media en el caso interés institucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza (doctrina de Fallos, t. 257, p. 132 -Rep. La Ley, t. XXIV, p. 1375, sum. 187-, entre otros). Todo lo cual impone la superación de ápicos formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte (doctrina de Fallos, t. 260, p. 114 -Rev. La Ley, t. 117, p. 551-).

3º) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., nacido el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3º de la referida ley, informa a fs. 99: "Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dado la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos".

4º) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica

(art. 13, ley 21.541), que no ha sido atacada de inconstitucional, ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa "Mary Quant Cosmetics Limited c. R. L. Salvarezza" del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690, con nota de Próculo-).

5°) Que importa destacar que la regla general -fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana- es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos, y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad.

Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (art. 19, Constitución Nacional, 53 y 62, Cód. Civil). No pueden, por lo demás, extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad. Aun las denominadas incapacidades de hecho deben estar consagradas en normas legales y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes y con arreglo a las garantías de la Constitución Nacional.

Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor. Todos ellos son derechos de la personalidad que preexisten a cualquier reconocimiento estatal. El Estado y sus leyes, sin embargo, no se desentienden de los mismos. Por su naturaleza se acentúa la protección en múltiples aspectos, se sanciona su violación y se dilucidan cuestiones dudosas y conflictivas.

La existencia de tales derechos ha sido reconocida ya en la nota al art. 2312 del Cód. Civil, cuando dice: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc...", y también han sido objeto de numerosas normas legales posteriores.

Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen minuciosamente previsto en las leyes, otros, por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general.

6°) Que C. G. S. y D. nacida el 30 de diciembre de 1962 goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Cód. Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obstene a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa. En la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos; circunstancias que fueron corroboradas en la audiencia de fs. 131 por el tribunal. De todo ello cabe concluir que se encuentran reunidos los elementos de los actos voluntarios establecidos en el art. 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del art. 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto.

7°) Que el art. 13 de la ley 21.541 establece, en lo que aquí interesa, que: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuese con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...".

Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia, pues tal especie de práctica quirúrgica sólo es lícita respecto a los integrantes de aquélla en su sentido más genuino y directo. El citado precepto legal únicamente contempla la hipótesis de dación de órgano dispuesta por el menor que tiene 18 años, por sí mismo. La cuestión a decidir es si resulta arbitrario interpretar que una persona muy próxima a alcanzar dicha edad -faltándole para ello menos de 4 meses al tiempo de la sentencia recurrida- no pueda disponer válidamente la cesión de un riñón, con asistencia de los padres o de los jueces, en las

graves circunstancias de autos, donde deben conciliarse los derechos personalísimos de dos hermanos: el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora, justificando la defensa de aquél un amplio respeto de la voluntad del donante. Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial. Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimo no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, corresponde señalar que dicha regla no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces -voluntad que en el caso existe conforme lo expuesto en el consid. 6°- y que es esencial a los fines de resolver lo discutido, sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial. Tal lo que surge, por ejemplo, del art. 10 de la ley 2393 para la celebración del matrimonio y del art. 19, inc. 3°, de la ley 17.132, e inclusive -dejando a salvo lo concerniente a su valoración moral o validez constitucional- del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal (texto según ley 21.338).

8°) Que si bien la ley 21.541 precisa las distintas condiciones que han de cumplirse para permitir el trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no debe omitirse que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos (conf. art. 2° de dicha ley). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente, como se ha dicho, a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes.

9°) Que la plena satisfacción de la garantía constitucional de protección integral de la familia instituida por el art. 14 bis de la Ley Suprema -"ratio" del precepto legal analizado y en cuya perspectiva debe final y fielmente ser aplicado-, los principios generales a que se ha hecho referencia en los consid. 4° y 5°, la solución legal para casos de cierta similitud como son los recordados anteriormente e inclusive la literalidad misma del art. 13 de la ley 21.541 que no prohíbe suplir la falta de edad por medio de la autorización paterna o judicial, conducen de acuerdo a los criterios previstos en el art. 16 del Cód. Civil y la índole especial de los derechos en juego atento las muy particulares circunstancias de esta causa, a una solución opuesta a la adoptada por el a quo. En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos. t. 241, p. 277).

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doct. de Fallos citados en los consid. 2° y 4° y Fallos, t. 234, p. 482; t. 241, p. 277 y t. 249, p. 37).

Ello es congruente con el reconocimiento de valor fundamental del gesto de virtud, solidaridad familiar y amor fraternal que representa la voluntaria ablación de un órgano propio, precedido por el no menor ejemplo materno. Los hechos probados en la causa descartan todo interés subalterno, pues no se trata sólo de disminuir el dolor sino de intentar la conservación de la vida de un hermano después de agotados los otros recursos de la ciencia (art. 2°, ley 21.541).

Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes de riñón como "técnica corriente" (art. 2°, ley 21.541 y art. 2°, dec. reglamentario 3011/77), que el paciente J. I. S. y D. haya estado sin éxito en espera de un riñón cadavérico desde el mes de agosto de 1978, y asimismo, el brevísimo tiempo faltante para que C. G. S. y D. cumpla la edad que le permitiría decidir por sí sola la ablación, circunstancia esta última que no autoriza a suponer una modificación sustancial de su madurez psicológica y estabilidad emocional. Las particularidades indicadas en el consid. 3° han sido corroboradas por el doctor R. al declarar que el citado J. I. S. y D. estará expuesto al mismo riesgo de

4.- En la posición de Dworkin, tampoco es aceptable la opinión de Couture, ya que parte de la base de que los principios entran en juego cuando no existe una norma identificada por haber sido producida por una autoridad.

5.- *Last but not least*, Del Vecchio enseña que los principios "... no pueden prevalecer *contra* las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso..."³²⁴.

6.- Puede afirmarse en consecuencia, como la mejor solución doctrinaria, la que en supuestos de conflicto entre reglas y principios, prioriza a las primeras sobre los segundos.

XVI) Eventuales conflictos entre principios

1.- Corresponde analizar las soluciones en supuestos de conflicto o colisión entre principios.

2.- Larenz refiere que el Tribunal Constitucional Federal para determinar el concreto alcance de principios constitucionales que colisionan entre sí en un caso

muerte en los 2 meses próximos, que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas, y que el tratamiento de diálisis a que está sometido, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte. Además, no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto a la viabilidad de la operación. Por el contrario, en la referida audiencia el jefe del equipo propuesto para efectuar la ablación, suministró información suficiente respecto a la viabilidad del trasplante desde el punto de vista inmunológico por ser dadora y receptor histoidénticos, precauciones que se toman antes de su realización e inexistencia en el receptor de alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente el nuevo riñón. Fundamentalmente, en lo que concierne a la dadora, informó que son remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, normalidad de la vida de los dadores con un solo riñón, no estar expuesto específicamente el riñón subsistente a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos, y la posibilidad de la dadora de llevar vida normal en su matrimonio y maternidad. Por último, las distintas constancias y actuaciones de la causa han permitido al tribunal convencerse de que no media en la donante inestabilidad emocional ni, como se ha dicho, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, satisfaciéndose con la intervención de los órganos jurisdiccionales la especial protección jurídica del menor aludida en la nota de elevación de la ley 21.541.

10) Que la solución alcanzada, siempre que los estudios inmediatamente previos a la operación sean favorables, es sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y sin defecto, asimismo, de la facultad de revocar o arrepentimiento que establece el art. 13, 2º párrafo, de aquella ley.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 10 (art. 16, 2ª parte, ley 48). - Pedro J. Frías. - Elías P. Guastavino.

³²⁴ Cfr. G. Del Vecchio: op. cit., pág. 137.

particular, se sirve del método de la “ponderación de bienes en el caso particular”. Y de ese mismo método, agrega, se sirve la jurisprudencia de los tribunales. La amplitud con la que se hace uso de este método, señala, se justifica porque los principios cuyos límites no están fijados de una vez y para siempre, sino que en cierta medida son abiertos y movible, pueden entrar en colisión entre sí porque su amplitud no está fijada de antemano. “En caso de conflicto, si la paz jurídica ha de restablecerse de nuevo, uno u otro derecho (o uno de los respectivos bienes jurídicos) tiene que ceder hasta un cierto punto ante el otro o cada uno ante otro. La jurisprudencia de los tribunales consigue esto mediante una ‘ponderación’ de los derechos o bienes jurídicos que están en juego conforme al ‘peso’ que ella concede al bien respectivo en la respectiva situación. Pero el ‘ponderar’ y ‘sopesar’ es sólo una imagen; no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, sino del resultado de valoraciones, que –en ello reside la mayor dificultad- no sólo deben ser dirigidas a una pauta particular, sino a la vez a la situación concreta en cada caso. Pues, que se recurra a una ‘ponderación de bienes en el caso particular’, es en verdad, como ya antes se hizo notar, precisamente consecuencia de que no existe un orden jerárquico de todos los bienes y valores jurídicos en el que pueda leerse el resultado en una tabla”. Se plantea no obstante si se trata en puridad de un método o de la confesión de que el juez resuelve aquí sin apoyo alguno de pautas metódicas sino sobre las que él mismo establece, de donde las resoluciones no serían controlables en base a la ponderación de bienes y quedaría abierta una ancha puerta al parecer subjetivo del juez³²⁵.

Afirma que quizás no se pueda responder definitivamente. Para avanzar propone analizar las sentencias. Una de ellas, del Tribunal Constitucional Federal resuelve la controversia entre el derecho a la libre elección de la profesión, de la Ley Fundamental y una Ley bávara que hace depender de ciertas condiciones la apertura de farmacias. El Tribunal aseveró que no puede separarse, máxime cuando se trata de actividad profesional, la libertad de profesión y el ejercicio de esa profesión. En consecuencia, resuelve que la Ley bávara había traspasado los límites de la Ley Fundamental. Prioriza como valor supremo la mayor libertad posible en la elección

³²⁵ Cfr. K. Larenz: “Metodología...”, cit., págs. 400-401.

profesional y que los peligros temidos por el legislador en punto a la provisión de medicamentos, no tendría su causa en la naturaleza de las farmacias³²⁶.

3.- Dworkin trabaja en el mismo sentido.

Expresa así que cuando los principios se interfieren, quien ha de decidir el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno, operación en la que no puede haber una dimensión exacta, y, el juicio respecto a si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia³²⁷.

4.- Alexy propugna la aplicación de tres elementos: a) la regla de prioridad, con la fórmula de una ley de colisión, las condiciones de prevalencia de un principio sobre otro, que, no obstante, no permite construir una teoría por la posibilidad de casos nuevos con nuevas combinaciones; b) estructuras de ponderación que es el principio de proporcionalidad, la ley de ponderación: cuanto más alto sea el grado de cumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de cumplimiento del otro; c) prioridades *prima facie*, que, no obstante, no contienen una determinación definitiva³²⁸.

Y ya se han referido las críticas a esta línea de opinión^{329 330}.

5.- Aarnio opta también por la ponderación³³¹.

6.- Guastini indica que puede controvertirse sobre el modo de ponderar o balancear dos principios que están entre ellos en conflicto. Y apunta a la ponderación: “*La ponderazione, infatti, consiste nell’istituire tra i due principi coinvolti una gerarchia assiologica, la quale è frutto di un giudizio di valore (comparativo), come tale discutibile*”. Y convoca como uno de los ejemplos el

³²⁶ Cfr. K. Larenz: “Metodología...”, cit., págs. 401-403.

³²⁷ Vid. retro cap. V, Nº 7.

³²⁸ Vid. retro cap. VI, Nº 4.

³²⁹ Vid. retro cap. VI, Nº 6 y cap. VII, Nº 6.

³³⁰ Es de destacar lo que expresa García Amado, aludiendo a: “... las asistemáticas y poco laboriosas construcciones de Dworkin y que encuentra su formulación ecuménica en la hábil prosa de Alexy”. Y a que: “... se vuelven expertos en el pesaje de principios y no sirven en adelante a más señor que a la justicia ni a más valor que a los valores constitucionales. Se cuenta el mismo cuento y se refuerza el embeleco, país a país...” (cfr. J. A. García Amado: op. cit., pág. 9).

³³¹ Vid. retro cap. VIII, Nº 2.

posible (y frecuente) conflicto entre la libertad de prensa y el principio de tutela de la reserva de la vida privada³³².

7.- Ávila –que participa también del criterio de la ponderación-, advierte que la misma, sin la observancia de determinados requisitos o fases, no pasa de ser una técnica, no jurídica, que explica todo, pero no orienta nada, legitimadora de un decisionismo y formalizadora de un intuicionismo moral.

Expresa que para fundamentar la ponderación, deben justificarse, entre otros, los siguientes elementos: 1) la razón del uso de determinados principios en detrimento de otros, 2) los criterios empleados para definir el peso y la prevalencia de un principio sobre otro y la relación entre esos criterios, 3) el procedimiento y el método de evaluación y el grado de promoción de un principio y de restricción de otro, 4) la conmensurabilidad de los principios cotejados y el método empleado para realizar la comparación, y 5) los hechos del caso que se consideraron relevantes para la ponderación y los criterios con base a los cuales se evaluaron jurídicamente³³³.

8.- El punto radica en el riesgo de derivar la opción por el principio prevalente al subjetivismo de los magistrados³³⁴.

Ferrajoli controvierte duramente el criterio de la ponderación. “De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de derecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios, entonces resulta anulada la separación de poderes. Y en tiempos como los que corren –de creciente tensión entre poder político y poder judicial y de falta de tolerancia del primero a los controles de legalidad ejercitados por el segundo-, la teorización de una semejante potestad normativa de los jueces provoca el riesgo de ofrecer un argumento potente en favor de su investidura política, a través de la elección o, peor todavía, de su colocación bajo la dependencia del poder ejecutivo”³³⁵. Y también: “La ponderación...es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho”... “Uno de los argumentos habitualmente usado en apoyo de

³³² Cfr. R. Guastini: op. cit., pág. 115.

³³³ Cfr. Humberto Ávila: “Teoría de los principios”, Marcial Pons, Madrid, 2.011, págs. 108-109.

³³⁴ Para los problemas de la ponderación, *vid.*: M. Atienza: “Filosofía del Derecho...”, cit., págs. 152-165, *passim*.

³³⁵ Cfr. L. Ferrajoli: “Constitucionalismo principialista...”, cit., pág. 44.

la ponderación es el realista, conforme al cual ponderación es, precisamente, lo que hacen los jueces. Admitiendo, sólo como hipótesis, que (y en todo caso en la medida en que) fuera ciertamente eso lo que hacen los jueces –y no la normal interpretación sistemática del complejo conjunto de las normas de que se compone cualquier ordenamiento- la teoría de la ponderación serviría para legitimar y favorecer esa práctica anómala e impropia al mismo tiempo”³³⁶. Y más adelante: “Dado que conciben los derechos constitucionalmente establecidos como *principios* objeto de *ponderación*, y no como *reglas* objeto de *aplicación*, promueven un activismo judicial que comporta el riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción, que tales doctrinas convierten en una fuente de derecho”.... “La idea de que las sentencias sean fuente contradice el principio de legalidad, la sujeción de los jueces *solamente* a la ley y, por eso, la separación de poderes: en síntesis, la propia sustancia del estado de derecho, al menos según ha sido estructurado en los sistemas del *civil law*”^{337 338}.

Porque, como destaca Vernengo: “En general, se considera que el juez que resolviera exclusivamente a partir de sus preferencias personales actuaría arbitrariamente, siendo justamente el mérito de los sistemas de derecho modernos, el actuar los jueces dentro de los límites de ciertas preferencias establecidas con validez general en el derecho escrito. Esto es: dando mayor jerarquía a las pautas de decisión que el legislador ha establecido al dictar leyes de aplicación general”³³⁹.

8.- Y no es extraño a ello el neoconstitucionalismo. Así Pozzolo –en glosa que no vacilo en reiterar-, en un ensayo que tiene “... un único y modesto objetivo: poner en evidencia la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución...”, señala: “... las dudas en torno a la

³³⁶ Cfr. L. Ferrajoli: “El constitucionalismo...”, cit., pág. 813.

³³⁷ Cfr. L. Ferrajoli: “El constitucionalismo...”, cit., págs. 815-816.,

³³⁸ Iturralde Sesma, en este sentido, señala que hay dos elementos estrechamente relacionados: a) la primacía del Poder Legislativo (los órganos que tienen el poder de emanar leyes tienen primacía funcional sobre los que desarrollan la función de regular los casos concretos emanando normas individuales –actos administrativos, sentencias-); b) el principio de legalidad, a cuyo tenor: “... toda la estructura normativa e institucional del Estado de derecho está regida por el principio de legalidad, según el cual todo acto administrativo o decisión judicial *debe ser conforme* a una norma general precedente. En otras palabras, los órganos de aplicación deben decidir los casos litigiosos *conforme al derecho*”. Y, entre los elementos que apuntan negativamente sobre el principio de legalidad ubica al activismo judicial (cfr. Victoria Iturralde Sesma: op. cit., págs. 13-15).

³³⁹ Cfr. R. J. Vernengo: op. cit., pág. 256.

naturaleza de los principios constitucionales han desaparecido. Éstos, me parece innegable, son positivos”³⁴⁰.

9.- Ello sin dejar de apuntar, como lo hace Ratti-Mendaña³⁴¹, los peligros de la postura neoconstitucionalista en torno a los principios, porque no sólo deja un amplísimo margen a la discrecionalidad, subjetividad y arbitrariedad judicial, sino porque propone un Derecho estructurado sobre principios consensuales y anclados en una voluntad política. “la abstracción de esos principios y la subordinación absoluta de las leyes a la interpretación que de ellos hagan los jueces ya ha dado acabadas muestras de injusticia”.

10.- Lo que adquiere importancia significativa, si se advierte, con Ross³⁴²: “Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y la actitud valorativa de la conciencia jurídica”... “Aunque la tarea de administrar justicia es mucho más amplia que la de interpretar la ley, en el sentido genuino de esta expresión, es común, sin embargo, usar la palabra ‘interpretación’ para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, que surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal”... “Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual”.

11.- Vigo admite la posibilidad de cierta contradicción entre principios y cuando esa oposición se presenta entre principios iusnaturales y principios iuspositivos, la gravedad del problema puede coincidir con el conflicto entre justicia y seguridad jurídica. Propone como: “...criterio general de prioridad que sugerimos, es el de escoger por el principio más cercano o directamente vinculado al caso o

³⁴⁰ Cfr. S. Pozzolo: op. cit., págs. 187 y 202.

³⁴¹ Cfr. Florencia Ratti-Mendaña: “Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista”, en “Prudentia Iuris”, N° 79, junio 2.015, págs. 159-188, esp. pág. 181.

³⁴² Cfr. A. Ross: op. cit., págs. 174-176.

situación planteada”³⁴³. Este criterio es el de especificidad, que concuerda con las opiniones que se analizarán en el siguiente párrafo y es compartible.

Lo que no resulta compartible, es la siguiente aseveración: “... en el supuesto de oposición manifiesta e irreconciliable entre los principios iuspositivos y los principios iusnaturales, no cabe otra alternativa que optar por éstos y así permanecer en el campo del derecho evitando salir al campo de la arbitrariedad, de la injusticia o de lo inhumano”. Aunque advierte que: “... el orden social requiere suma cautela cuando se concreta la opción de los principios iusnaturales dejando de lado algún principio iuspositivo o alguna norma jurídica; por ello deben extremarse los esfuerzos para lograr la compatibilidad de los aludidos principios por obra de la interpretación jurídica; se trata de una decisión extrema en la que corresponde valorar en toda su dimensión los bienes personales comprometidos y el bien de la sociedad en definitiva; debe estarse consciente de que no es un terreno para fórmulas exactas sino para decisiones prudentes”³⁴⁴.

12.- Del Vecchio se pronuncia por la no aplicación de un principio general sobre uno particular³⁴⁵.

13.- La doctrina procesal patrocina un criterio que parece más adecuado y que tiene que ver con el grado de abstracción de los principios involucrados, prefiriendo aquél que tiene el grado menor.

Se reconoce que la solución de este tipo de problemas depende en grado sumo de las circunstancias de hecho que rodean este tipo de problemas.

Se postula, para quienes ubican principios generales y consecuenciales (éstos son aquellos que constituyen una derivación circunstanciada de otro general), que se priorice el consecuencial.

Aun cuando no se participe de este criterio de clasificación, la idea resulta igualmente aplicable considerando el tema desde el grado de abstracción, ya que puede considerarse al de menor grado”... como una *lex specialis* modificatoria o especificatoria de la general”. Representada, en el supuesto por el de mayor grado de abstracción.

³⁴³ Cfr. R. L. Vigo: “Interpretación...”, cit., págs. 126-127.

³⁴⁴ Cfr. R. L. Vigo: “Interpretación...”, cit., pág. 127.

³⁴⁵ Cfr. G. Del Vecchio: op. cit., pág. 61.

“... porque puede válidamente suponerse que siendo los principios procesales concepciones logradas luego de una cuidadosa elaboración técnica, los sostenedores de uno de menor grado de abstracción, que habitualmente aparecen en el firmamento doctrinario *a posteriori* de los más amplios, habrán previsto eventuales colisiones entre ellos ... y , pese a ello, han estimado beneficioso su formulación y por ende su aplicabilidad”.

Si se da, lo que se considera sumamente improbable, contradicción entre principios de mismo nivel o grado de abstracción (generales en alguna concepción), la única regla que parece viable es dar prelación al positivizado constitucionalmente^{346 347}.

14.- Gamarra plantea un interesante caso de colisión entre principios³⁴⁸ constitucionales: de igualdad y de libertad. El examen se proyecta sobre las preceptivas de los artículos 1.250³⁴⁹ y 1.277³⁵⁰ del Código Civil. Indica que Blengio apunta a una interpretación constitucional de esas normas desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad. Gamarra refiere, con acierto, que el principio constitucional de igualdad no puede ingresar en el articulado, porque ese espacio

³⁴⁶ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., págs. 41-44.

³⁴⁷ No obstante Couture, aun cuando no emite opinión, relaciona un supuesto en que doctrina y jurisprudencia han priorizado el principio de preclusión al de igualdad de las partes. Promovido – régimen del Código de Procedimiento Civil- un incidente de tacha de testigos. La Ley procesal establecía que vencido el incidente de prueba en el incidente de tachas, cada parte presentaría su escrito de alegaciones de bien probado y quedaría la causa conclusa para sentencia. Planteada la posibilidad de promover un nuevo incidente de tachas para impugnar los testigos del incidente de tachas, la igualdad de las partes impondría su aceptación. Lo propio si ocurrimos al criterio que postula que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Pero ello, en el supuesto, conspira contra la preclusión en el proceso. Aun cuando Couture señala que no corresponde en el estudio que realiza, examinar el tema, señala no obstante que las máximas *ubi eadem ratio, idem ius* o la de que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, no son soluciones interpretativas sino simples fórmulas tradicionales, cuya crisis es notoria. Y apunta a sustituir esas viejas recetas por principios de integración sistemática del derecho (cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cits., págs. 57-59). Y en otro estudio parece inclinarse, además de las últimas razones expuestas, por seguir el que indica priorizado por la jurisprudencia y la doctrina: “El proceso no se desenvuelve libremente por la vida, porque la ley contiene una descripción y una especie de itinerario que es necesario respetar. No hay más proceso que el proceso regulado por la ley procesal” (cfr. E. J. Couture: “La enseñanza de Chiovenda...”, cit., pág. 519).

³⁴⁸ Cfr. J. Gamarra: op. cit., págs. 18-20.

³⁴⁹ Código Civil, artículo 1.250: “El contrato oneroso se llama conmutativo cuando cada uno de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

³⁵⁰ Código Civil, artículo 1.277: “La lesión por sí sola no vicia los contratos. “No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución in integrum alguna...”

estaba ocupado por otro principio, de libertad, escogido por el legislador. “No existe un principio de igualdad en el intercambio cuando los contratantes tienen completa libertad para determinar el contenido del contrato. Es cierto que la autonomía privada puede ser limitada, pero ello sucede en leyes especiales y no en la teoría del contrato del Código Civil”. Por lo demás agrega, el artículo 322 de la Carta³⁵¹ alude al vacío en caso de falta de reglamentación, y, como en el supuesto que se considera existe solución legal, basta la ley³⁵².

Del mismo modo que significa que el juez no puede aplicar el principio de la buena fe en forma correctiva en el contrato, ya que ello, según opinión que cita y comparte, se opone a la autonomía privada, representa un peligro para la certeza y estabilidad de las relaciones contractuales e incentiva la litigiosidad³⁵³ (las partes procurarán obtenerla en un pleito).

15.- En este aspecto, la posición procesalista es clara y surge en forma por demás clara y precisa de lo expuesto en el num. 13 precedente.

XVII) La proyección al proceso judicial

1.- Ya se han analizado las diferentes líneas -poco precisas y determinantes- con que la doctrina procesal enfrenta el tema de los principios, sea en el concepto de los mismos procesales o en punto a vincularlos con la noción propia de principio, a lo que se agregan inconsistencias entre los distintos autores, así como la inexistencia de claras ideas de demarcación entre principios y directrices o reglas técnicas, así como o una verdadera inflación (*sit venia verbo*) de “principios”³⁵⁴, por lo que no se insistirá en esa temática.

Interesa sí destacar que de verdaderos principios sólo cabe aludir en relación a aquellos que hacen a la esencia del proceso, que hacen que el proceso sea tal y no otra cosa. Lo accidental serán líneas conformadoras o directrices, respecto a lo accidental de la idea de proceso³⁵⁵.

³⁵¹ Texto *retro* nota 270.

³⁵² Cfr. J. Gamarra: op. cit., págs. 17-21.

³⁵³ Cfr. J. Gamarra: “Buena fé contractual”, FCU, Montevideo, 2.011, págs. 144-146.

³⁵⁴ *Vid. retro* Cap. II, Nos. 4-12.

³⁵⁵ En este sentido, cfr. J. Montero Aroca: op. cit., pág. 14 en nota.

De igual modo han sido objeto de análisis las posiciones que, en forma casi unánime, parten de la naturaleza positiva de los principios, de la preeminencia de reglas sobre ellos en caso de conflictos, de la necesaria identificación de los “implícitos”, de las condiciones necesarias para su aplicación y de la solución de eventuales conflictos entre principios³⁵⁶.

2.- Define Couture los principios como: “Enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez universal”³⁵⁷.

Y enseñaba: “No parece que sea un artificio, dentro de un orden normativo muy estricto, distinguir entre principios procesales y leyes procesales.

“Desde el punto de vista conceptual, esta presentación en planos, diríamos, de lo que puede ser un mandamiento, un principio y una ley, contribuye a dejar suficientemente esclarecido el campo de nuestro trabajo.

“El legislador antes de ir a la revelación de sus detalles particulares, debe cumplir lo que llamaríamos *el programa* de su forma de hacer la justicia.

“El sistema legal es, pues, un sistema de principios, que constituyen algo así como el esqueleto, la estructura rígida e interna de la obra, su armazón lógica, sobre la cual se ordenan los detalles de la composición. La ley procesal es la ley que determina los detalles por virtud de los cuales se realiza la justicia.

“Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos, que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución”³⁵⁸.

Y en otra obra: “Cuando el derecho procesal considera superada su etapa meramente descriptiva de las formas y asume el rango de ciencia que hoy se le reconoce unánimemente, es porque ha logrado, de manera más o menos conciente la ordenación de sus principios.

³⁵⁶ *Vid. retro*: caps. XII, XIV, XV y XVI.

³⁵⁷ Cfr. E. J. Couture: “Vocabulario jurídico”, Depalma, Bs. Aires, 1.983, pág. 477.

³⁵⁸ Cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cits., págs. 50-51.

“No existe entre el saber empírico y el saber culto diferencia de esencia sino de grado. Pero cuando en el conocimiento accedemos hacia la determinación de las grandes líneas de principios, que envuelven en ámbitos siempre crecientes las soluciones particulares, cuando reducimos la experiencia a ciertas normas de orden general, es cuando podemos hablar de saber científico”³⁵⁹.

Aludiendo al silencio de la ley procesal y comparándolo con el de la ley penal (donde el silencio supone la licitud del acto) y de la ley civil (en la que la falta de previsión supone la aplicación extensiva o analógica de disposiciones previstas para situaciones similares), plantea Couture si para la ley procesal habrá de suponerse la validez o acudirse al subsidio de la analogía. Y expresa entonces: “No creemos, a diferencia de lo que se dice habitualmente, que existan lagunas en el derecho, metáfora ésta más brillante que feliz... El silencio de la ley es, diríamos poéticamente, un silencio lleno de voces... El problema de la interpretación de la ley procesal es, reducido a su último término, el de determinar el significado del silencio y del caso no previsto... En el campo del derecho procesal, en su aspecto más delicado, es desentrañar el sentido del silencio, escuchar sus voces”³⁶⁰.

3.- Peyrano indica que la falta de unidad de criterio acerca de cuales son los principios influye para que el legislador se plantee como primera interrogante, si resulta conveniente precisar cuales son las líneas directrices de un ordenamiento procesal dado. Advierte que aun examinando un mismo ordenamiento, es usual que los autores no coincidan en punto a los que los presiden. Concluye de ahí que resulta positivo que el legislador los determine, aun cuando, precisa, que la existencia de una enumeración legal de una serie de principios, no impide que la labor de los juristas pueda ubicar y agregar otras líneas rectoras³⁶¹.

4.- Como señala Briseño: “... en el Derecho Procesal que es una rama por tener autonomía de sus ‘principios’”³⁶².

Y: “...lo cierto es que para el crítico, esos ‘principios’ están plasmados en las leyes”³⁶³.

³⁵⁹ Cfr. E. J. Couture: “La enseñanza de Chiovenda...”, cit., pág. 521.

³⁶⁰ Cfr. E. J. Couture: “La enseñanza de Chiovenda...”, cit., págs. 519-520.

³⁶¹ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., págs. 45-46.

³⁶² Cfr. Humberto Briseño Sierra: “Los ‘principios’ del procedimiento mexicano”, en Rev. Mex. D. Pr., Año 2, N° 1, 1.973, págs. 7-42, esp. pág. 31.

5.- Y la función asignada a los principios es colaborar en la aplicación del Derecho.

5.1.- Así Couture: “La tarea interpretativa constituye en todo caso, una referencia al conjunto de principios, los que a su vez constituyen un desenvolvimiento de algo anterior, genéricamente establecido.

“Cuando la letra de la ley desfallece, cuando su texto es notoriamente erróneo, cuando coliden un texto con otro texto, o cuando se nos presenta un texto en pugna con un principio, o un principio con otro principio, o cuando el silencio sume al lector en perplejidad, la tarea interpretativa adquiere su jerarquía propia”³⁶⁴.

5.2.- Peyrano, en punto a las funciones que cumplen, señala que: “... si bien asumen la conocida de ser la argamasa que cubre los resquicios que pueda presentar un ordenamiento adjetivo dado, no debe olvidarse que son las vigas maestras que sustentan, armonizan y explican el edificio procedimental todo”. Y que: “... se obtienen fundamentalmente mediante el análisis de los textos legales...”³⁶⁵.

Y que son el recurso “... más técnico con que cuenta el juez vacilante en cuanto al partido que debe tomar frente a un intrínquilis procesal”... “aportan solución allí donde otras herramientas interpretativas del ordenamiento fracasan o arriban a soluciones contrarias al espíritu del mismo”³⁶⁶.

5.3.- Vescovi *et al.* señalan la importancia de los principios como instrumentos fundamentales de interpretación, de vital importancia en el ordenamiento procesal³⁶⁷.

5.4.- Palacio expresa que se extraen de un contexto normativo, que no tienen carácter absoluto, que sirven de base a la estructuración de las leyes procesales, que constituyen importantes instrumentos auxiliares en la función interpretativa. Destaca asimismo que no existe acuerdo en los autores en punto al número e individualización de los principios³⁶⁸.

³⁶³ Cfr. H. Briseño Sierra: op.cit., pág. 19.

³⁶⁴ Cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cits., págs. 51-52.

³⁶⁵ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., pág. 1.

³⁶⁶ Cfr. J. W. Peyrano: op. cit., pág. 26.

³⁶⁷ Cfr. E. Vescovi *et al.*: op. y t. cits., págs. 42-44.

³⁶⁸ Cfr. L. E. Palacio: op. y t. cits., págs. 251-253.

5.5.- “De ahí se infieren esas consecuencias advertidas ya por la doctrina: el que las directrices puedan estar expuestas a la ley, sea como exposición de motivos o como bases y aún como normas generales; el que ellos sirvan para llenar las lagunas, el que se utilicen para integrar la ley, el que en caso de contradicción normativa resuelvan la dificultad y, en fin, que ante la duda sobre la inteligencia de la ley, sea por defecto terminológico o técnico, se deba acudir a sus orientaciones, pero no a cualquier directriz, sino a las de esa ley”³⁶⁹.

5.6.- La necesidad de elementos auxiliares a las reglas a los efectos de la decisión, ya era apuntada en el proyecto de Código Napoleón, cuyo principal autor, Portalis, admitía que el legislador no podía prever todo³⁷⁰ y se otorgaba al juez la posibilidad de la integración, solución no seguida en el texto aprobado³⁷¹. Así, en su discurso de 1 Pluvioso año IX, expresaba: “*Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de tout régler et de tout prévoir*”... “*...qu’il est impossible au législateur de pourvoir à tout*”... “*Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des homes instruits, à l’arbitrage des juges*”... “*C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application*”... “*Mais, à défaut de texte précis sur chaque matière... on remonte aux principes du droit naturel*”³⁷².

La solución del Derecho Patrio es la ocurrencia a los principios de derecho, según normas ya relacionadas³⁷³.

6.- Ni el Código de Procedimiento Civil ni el Código de Instrucción Criminal –ambos de 1.878 con vigencia 1.879- tenían elenco alguno de principios. No obstante lo cual, la doctrina los estudió y ubicó en el sistema normativo de reglas³⁷⁴.

La remisión a los principios generales de Derecho a los efectos de la aplicación, se ubicaba en el artículo 16 del Código Civil³⁷⁵.

³⁶⁹ Cfr. H. Briseño Sierra: *ibid.*

³⁷⁰ Cfr. C. Perelman: *Ética e...*, cit., pág. 388.

³⁷¹ Cfr. N. Bobbio: op. cit., págs. 88-92.

³⁷² Cfr. J-É-M. Portalis: op. cit, págs.7, 8 y 9.

³⁷³ *Retro*, notas 269-272.

³⁷⁴ Cfr. Raúl Moretti: “Procesal Penal”, CED, Montevideo, s/d, T. I, págs. 5-14; E. Véscovi: “Los principios rectores del proceso”, en AA. VV.: “Curso de Derecho Procesal”, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Montevideo, 1.974, T. I., págs. 75-86.

³⁷⁵ *Vid.* el texto en nota N° 269.

El Código del Proceso Penal de 1.980, vigencia 1.981 –Decreto-Ley N° 15.032-, tampoco aportó lista de principios. Se limitó a referir a dos “principios”; el de territorialidad y el de oficialidad, que claramente no son tales³⁷⁶. No obstante, la doctrina analizó los principios procesales en relación al nuevo texto³⁷⁷.

Empero, este texto normativo, en su artículo 5, al referir a interpretación e integración, incorpora la referencia a los principios, reiterando casi a la letra, la preceptiva del artículo 16 del Código Civil³⁷⁸.

Y éste vincula en la aplicación del Derecho a los principios como material subsidiario.

7.- El Código General del Proceso (1.989), remite también a esa función en los artículos 14 y 15³⁷⁹, con un desempeño subsidiario, según la intención del legislador de dejar en este aspecto las cosas como estaban³⁸⁰, aunque ahora en lo que la doctrina especializada llama de cierta horizontalidad coordinada entre principios generales y especiales y garantías constitucionales. A los que se agrega las doctrinas más recibidas y la analogía³⁸¹.

Y el vigente Código del Proceso Penal hace lo propio³⁸².

8.- El Código General del Proceso incorpora diversos principios generales en el Título I del Libro I, que son principios explícitos.

³⁷⁶ Decreto-Ley N° 15.032: Artículo 9 (Principio de territorialidad) Sólo las disposiciones de este Código y sus modificaciones, se aplicarán a los procesos penales que se desarrollen en el territorio de la República, independientemente del lugar donde ocurra el hecho punible y de la nacionalidad del imputado. Artículo 10 (Principio de oficialidad) La acción penal es pública, su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario en los casos determinados por la ley.

³⁷⁷ Cfr. José A. Arlas: “Curso de Derecho Procesal Penal”, FCU, Montevideo, 1.983, T. I, págs. 21-23.

³⁷⁸ Decreto-Ley N° 15.032: artículo 5 (Interpretación e integración) Si una cuestión procesal no puede resolverse por las palabras ni por el espíritu de estas normas, claramente manifestado en ellas o en la historia fidedigna de su sanción, se acudirá a la analogía, los principios generales del derecho y las doctrinas más recibidas.

³⁷⁹ Vid. texto *supra* nota 271.

³⁸⁰ Cfr. D. Barrios De Ángelis: “El proceso civil. Código General del Proceso”, Idea, Montevideo, 1.989, pág. 32.

³⁸¹ Cfr. D. Barrios De Ángelis: *ibid.*

³⁸² Ley N° 19.293, artículo 14 (interpretación e integración).

14.1, inc. 2: En caso de duda, se deberá ocurrir a las normas generales, fundamentalmente las que emanan de la Constitución de la República, de los principios generales de derecho y de los específicos del proceso penal, debiéndose preservar y hacer efectivas las garantías del debido proceso.

14.2: En caso de vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios constitucionales y generales de derecho, a los principios específicos del proceso penal y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso. Están vedadas la solución analógica y la interpretación extensiva perjudiciales al interés del imputado.

Allí el legislador formaliza una opción de política legislativa, que no de dogmática.

Cabe aclarar, en sufragio de la línea seguida, que ya Couture en su proyecto de Código establece un elenco distinto a los que él examinara. Expresa: “El Proyecto no enuncia todos los principios porque son muchos los que forman parte de la sistemática de llamaríamos de política procesal”³⁸³. Y los que regla, en los artículos 1 a 9, son: 1.- aplicación de este Código, 2.- principio de iniciativa en el proceso, 3.- principio de dirección, 4.- principio de impulso procesal, 5.- principio de igualdad, 6.- principio de libertad de las formas, 7.- principio de probidad, 8.- principio de economía y 9.- principio de concentración³⁸⁴.

9.- Los principios allí consagrados son: iniciativa en el proceso, dirección del proceso, impulso procesal, igualdad procesal, buena fe, lealtad y colaboración procesal, ordenación del proceso, publicidad del proceso, intermediación procesal, pronta y eficiente administración de justicia, concentración procesal y derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva³⁸⁵.

³⁸³ Cfr. E. J. Couture: “Estudios...”, op. y t. cit., pág. 62.

³⁸⁴ Cfr. E. J. Couture: “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, Montevideo, 1.945, págs. 137-138.

³⁸⁵ Código General del Proceso:

Artículo 1. Iniciativa del proceso.- La iniciación del proceso incumbe a los interesados.

Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este código.

Artículo 2. Dirección del proceso.- La dirección del proceso está confiada al tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este código.

Artículo 3. Impulso procesal.- Promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

Artículo 4. Igualdad procesal.- El tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso.

Artículo 5. Buena fe, lealtad y colaboración procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los participantes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales (artículo 142).

El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley.

El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

Artículo 6. Ordenación del proceso.- El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o los principios del proceso.

Artículo 7. Publicidad del proceso.- Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral, o en protección de la personalidad de alguna de las partes.

...(relaciona normas que regulan situaciones en la que no procede la publicidad). No obstante, el tribunal podrá decidir la publicidad del proceso siempre que las partes consintieren en ello.

Como surge cabalmente de la relación efectuada, allí sólo hay dos principios: iniciativa del proceso e igualdad procesal. Los demás son ya deberes impuestos al juez (artículos 2, 3, 6, 8, 9), ya indicaciones de legitimación (artículo 11), ya forma de ordenación de actos (artículos 7 y 10), ya opciones de política legislativa (artículos 4 y 6).

Y es de advertir que tampoco se tomaron en cuenta los principios que uno de los autores del Código establecía como tales³⁸⁶.

Y que están ausentes, en consecuencia, de esta reseña, la imparcialidad del juzgador, contradicción, preclusión (o cosa juzgada y preclusión), aunque se ubican en diversas normas (artículos 21, 123-129, 130, 215, etc.), que pasan a ser de los llamados implícitos.

10.- *Id est*: que las soluciones normativas que enuncian principios, no sólo comportan reglas, sino que no contemplan los requerimientos de lo que sólo cabe considerar como principios, puntos de partida absolutos, no dependientes de ningún otro, sin cuya concurrencia el proceso no es tal. De ahí lo ya adelantado, la catalogación de un principio como tal en los textos normativos da sí una regla, pero no necesariamente un principio.

Artículo 8. Inmediación procesal.- Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, deben realizarse por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia debe celebrarse en territorio distinto al de su competencia o en los casos expresamente previstos por la ley.

Artículo 9. Pronta y eficiente administración de justicia.- El tribunal y bajo su dirección, los auxiliares de la Jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.

Artículo 10. Concentración procesal.- Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos, cuando se faculta a ello por la ley o por acuerdo de partes, y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar.

Artículo 11. Derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.-11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

11.2 Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa.

11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro.

11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones, así como el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

³⁸⁶ Cfr. E. Véscovi: “Los principios rectores...”, cit.

Y la formulación es parcial, ya que los hay implícitos que al parecer no han merecido figurar en este reparto.

Obiter dictum: incluyen entre los principios, lo que no serían sino reglas de moralidad (artículo 5) cuando en puridad el legislador sanciona con los gastos causídicos, la exteriorización de la culpa y el dolo³⁸⁷.

11.- La regulación del proceso laboral (Leyes Nos. 18.572 y 18.847), se limita a indicar los principios a que han de ajustarse los procesos laborales, sin definirlos, tarea que queda, entonces, librada a la elaboración doctrinaria³⁸⁸.

Con la confusión, también aquí, de principios con opciones de política normativa, moralidad, documentación de actos.

Y, aunque obvio resulte significarlo, la mención no excluye a los principios del proceso, aun cuando no sean mencionados.

Explícitos con contenido a ser completado por la doctrina e implícitos del ordenamiento procesal.

12.- La situación no varía en el proceso penal.

El hiperremendado (*sit venia verbo*) Código del Proceso Penal (Ley N° 19.293) los contiene en el Capítulo I, del Título I del Libro I, bajo el *nomen iuris* de “Principios básicos”.

Alterando el orden numérico: a) el 13 nada tiene que ver con principios, porque enuncia las etapas del proceso³⁸⁹; b) el 12 remite a principios –como los denomina- cuyo contenido queda librado a las elaboraciones doctrinarias, y que fue objeto de una reforma ampliatoria³⁹⁰. Los comentarios anteriores son, pues,

³⁸⁷ Código General del Proceso, artículo 56: Condenaciones en la sentencia definitiva.- La sentencia definitiva impondrá condenación en costas, en costas y costos o declarará no hacer especial condenación, según corresponda, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 688 del Código Civil. Código Civil, artículo 688, inciso 2°: Puede el juez no hacer condenación especial en costas o imponerla al vencido y aun condenarlo en costas y costos, según estime que aquél litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad, sin perjuicio de lo que dispone la ley procesal.

³⁸⁸ Ley N° 18.572, artículo 1: Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad y buena fe.

³⁸⁹ Código del Proceso Penal, artículo 13: (Etapas del proceso). El proceso penal comprende el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, en su caso.

³⁹⁰ Código del Proceso Penal, artículo 12: (Otros principios aplicables). Se aplicarán al proceso penal, en lo pertinente, los principios de oralidad, inmediación, concentración, dirección e impulso procesal, igualdad de las partes, probidad y ordenación del proceso.

Esta redacción fue dada por la reforma introducida por la Ley N° 19.549, para agregar el de oralidad.

enteramente trasladables; c) el 11 tampoco es propio, ya que regula el costo del proceso³⁹¹.

Los explícitos, artículos 1 a 10, son: 1.- debido proceso legal, 2.- juez natural, 3.- reconocimiento de la dignidad humana, 4.- tratamiento como inocente, 5.- prohibición del bis in ídem, 6.- oficialidad, 7.- defensa técnica, 8.- finalidad y medios, 9.- publicidad y contradicción; principio acusatorio, 10.- Duración razonable³⁹².

De este elenco, sólo responden cabalmente a la noción de principios los recogidos en los artículos 1, 2, 4, 5, 7 y 9 (éste en punto a la contradicción). Los

³⁹¹ Código del Proceso Penal, artículo 12: (Gratuidad). El proceso penal será gratuito, sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones especiales.

³⁹² Código del Proceso Penal:

Artículo 1 (Debido proceso legal).- No se aplicarán penas ni medidas de seguridad sino en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, emanada de tribunal competente en virtud de un proceso tramitado legalmente.

Artículo 2 (Juez natural).- Los tribunales serán imparciales e independientes y estarán instituidos por la ley, de acuerdo con la Constitución de la República. Sus titulares serán designados conforme a normas generales y objetivas y nunca para un caso determinado.

Artículo 3 (Reconocimiento de la dignidad humana).- Toda persona, cualquiera sea su posición en el proceso y en particular la víctima de un delito y aquel a quien se atribuya su comisión, deben ser tratados con el respeto debido a la dignidad del ser humano.

Artículo 4 (Tratamiento como inocente).- Ninguna persona a quien se le atribuya un delito debe ser tratada como culpable, mientras no se establezca su responsabilidad por sentencia ejecutoriada.

Artículo 5 (Prohibición del bis in ídem).- Ninguna persona puede ser investigada más de una vez por un mismo hecho por el cual haya sido sometida a proceso en el país o fuera de él, aunque se modifique la calificación jurídica o se afirmen nuevas circunstancias, toda vez que haya recaído sentencia ejecutoriada.

Se exceptúan los casos en que el proceso haya concluido por falta de presupuestos procesales o defectos de procedimiento.

Artículo 6 (Oficialidad).- La acción penal es pública y su promoción y ejercicio corresponden al Ministerio Público, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Artículo 7 (Defensa técnica).- La defensa técnica constituye una garantía del debido proceso y por ende, un derecho inviolable de la persona.

El imputado tiene derecho a ser asistido por defensor letrado desde el inicio de la indagatoria preliminar.

Artículo 8 (Finalidad y medios).- El proceso tiene como finalidad el juzgamiento del caso concreto, con todas las garantías del debido proceso, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales que obliguen a la República y las disposiciones de este Código.

Artículo 9 (Publicidad y contradicción; principio acusatorio).- El proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código.

Rige en este proceso el principio acusatorio. En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público.

Artículo 10 (Duración razonable).- Toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, según se dispone en este Código. En su mérito, el tribunal adoptará las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.

demás, salvo el 3, son opciones de política legislativa. Y el 9 en cuanto apunta al acusatorio, no refiere a un principio sino a un sistema de enjuiciamiento, como ha señalado la doctrina³⁹³.

³⁹³ Cfr. R. Moretti: op. cit., págs.41-44; J. A.Arlas: op. cit., págs 18-21; A. Alvarado Velloso: “Lecciones...”, cit., págs. 51-82; E. J. Varela-Méndez: “El defensor en el nuevo Código del Proceso Penal. Ley N° 19.293 de 19/XII/2014. Aproximaciones”, en “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, FCU, Montevideo, 2.015, págs. 473-496, esp. págs. 476-477; y “El nuevo Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay (Ley N° 19.293, de 19/XII/2.014). Limitaciones a la defensa en un sistema acusatorio. Aproximaciones”, en “Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal”, Sigma editores, Bogotá, 2.016, págs. 527-554, esp. págs. 530-532.

Conclusiones

I)

A partir del desarrollo, en Europa, siglos XVIII y XIX, del gran movimiento codificador, se ubican dos dogmas: que el juez no crea derecho y que, sin posibilidad de excusarse, debe fallar siempre de acuerdo a derecho.

Estas dos soluciones sólo resultan compatibles si se establece otro dogma que es el de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. Y las referencias a los principios, han sido la referencia para su sustento.

Los principios están, así, previstos en forma secundaria o argumentativa. Como elementos auxiliares a las reglas a los efectos de la decisión.

No obstante, existe, en el empleo del término principio, una gran ambigüedad. No sólo no se contemplan los requerimientos propios del vocablo, sino que el mismo y en forma promiscua, y muchas veces en el mismo autor, alude tanto a principios cuanto a líneas directrices y de política legislativa.

Hasta hace algunos años, y eso se advierte en las distintas opiniones que han sido relacionadas en las precedentes consideraciones, se oponía la voz “normas” a la voz “principios”.

Más recientemente, los autores utilizan el término normas como género, del cual reglas y principios son especies.

No obstante, es del caso precisar que no hay entre ambos una diferencia fuerte o de calidad, sino débil, en base a la generalidad de los principios frente a la mayor especificidad de las reglas y el carácter argumentativo de aquellos.

II)

La distinción entre reglas y principios es motivo de debate, que se vincula asimismo con la separación conceptual entre el derecho y la moral.

Afirmo la separación entre las nociones de moral y derecho.

Derecho y moral son dos realidades diferentes, con objetos también distintos, aunque resulten cooriginales, en tanto referidas ambas a la conducta humana.

La moral es la norma de acción personal, individual o en sociedad: una norma de conciencia. El derecho es norma de la organización social. Puede acaecer que

alguna norma jurídica sea considerada en conciencia por alguien como inmoral, planteándose el tema de la objeción de conciencia (colisión entre el *ethos* –con épsilon-, costumbre grupal, y el *ethos* –con éta-, carácter personal).

La finalidad del derecho es la de establecer un cierto orden entre los miembros del grupo, exigido por los fines de la sociedad, así como la conservación de ésta como instrumento para esos fines.

III)

Afirmada la separación entre las nociones de moral y de derecho, que postulo siguiendo la mejor doctrina, cabe concluir que los principios están en el derecho, tienen también naturaleza positiva, de reglas, ya sean los específicos –reglas claramente- cuanto los implícitos, que se obtienen mediante procedimientos lógicos a partir del examen de las reglas.

Los *principia* están ínsitos en el *ius* y deben expresarse en *regulae*. Las reglas están atravesadas por principios y éstos sólo pueden manifestarse en reglas.

IV)

Existen, como se ha desarrollado, principios explícitos e implícitos.

Los primeros son reglas, ya sea que tengan una formulación explicitada en la regulación que los contiene o que sólo sean nombrados y, en este último supuesto, la conceptualización de los mismos debe formalizarse según las enseñanzas de la doctrina más recibida.

Y entonces la solución resulta simple: se aplica esa regla.

Cuando se pretenda decidir por la aplicación de un principio implícito, la situación resulta más compleja.

La tarea del operador de derecho debe seguir diversos lineamientos que se han apuntado y que consisten sucintamente en demostrar: a) que un principio implícito debe ser aplicado bien porque el caso de que se trata no está regulado expresamente por una norma identificable autoritativamente, ya sea una regla o un principio explícito; y b) que el principio implícito se colige de reglas o principios explícitos del sistema y que de conformidad con las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficiente para la aplicación del mismo.

Asimismo es del caso destacar que muchas veces el legislador nombra como principios a directrices o lineamientos de política legislativa: el nombre no hace a la cosa.

V)

En caso de conflicto entre reglas y principios, han de ser priorizadas las reglas.

En caso de conflicto entre principios, ha de prevalecer aquél más específico sobre los que resulten de carácter más general o abarcativo.

VI)

Resulta totalmente adecuado “presentar una concepción de principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho. En dicha concepción, los principios se obtienen a partir del material normativo positivo considerado como punto de partida, con utilización de un modelo de verificación basado en herramientas inductivas y abductivas.

“El carácter juspositivista del modelo estriba en que el contenido de los principios implícitos viene determinado exclusivamente por el contenido de las normas usadas para obtenerlos. Para la configuración de los principios implícitos no se ha considerado ningún contenido externo al sistema de normas de referencia. Las limitaciones del modelo presentado (en el sentido de que en algunos casos no se puede arribar a una única respuesta correcta) no obstan a que pueda afirmarse que es incorrecto sostener que el juspositivismo es incapaz de dar cuenta del fenómeno de los principios jurídicos implícitos”³⁹⁴.

“... es posible construir criterios tendientes a explicar cómo los jueces y los juristas obtienen o justifican principios implícitos como parte del derecho positivo sin recurrir a criterios sustantivos o de contenido... la justificación de los principios implícitos no implica necesariamente traspasar los límites del positivismo, o en particular alguna de sus dos tesis principales (la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separación entre derecho y moral)”³⁹⁵.

Para concluir: “En definitiva, si entendemos que el juspositivismo se limita a las dos tesis que aquí se sostienen (las fuentes sociales del derecho y la separación entre derecho y moral), entonces no hay razón para argüir que el mismo no puede utilizar

³⁹⁴ Cfr. Juan Pablo Alonso: “Principios jurídicos implícitos”, Marcial Pons, Madrid, 2.018, pág. 219.

³⁹⁵ Cfr. J. P. Alonso: op. cit., pág. 224.

la abducción como mecanismo para validar principios jurídicos implícitos por generalización; tampoco podría argüirse que desde el juspositivismo no podría articularse un modelo de coherencia para validar principios implícitos por instanciación. Puntualmente, es posible una versión positivista de los principios implícitos y de la coherencia, máxime cuando el análisis se acota a sistemas normativos específicos”³⁹⁶.

VII)

La ambigüedad en punto al concepto de principio se da también en la doctrina y en la legislación procesales.

Se advierten en la primera, posiciones francamente contradictorias y aun aludiendo a principios, pero apuntando en realidad a líneas directrices.

Y en la legislación se advierte claramente confusión entre principios con opciones de política normativa, moralidad, documentación de actos.

Su empleo es argumentativo y hasta se percibe claramente –no sólo en el incremento de su número y consecuente devaluación- un uso manipulativo, como si la invocación de principios en general o de alguno en particular, sirviera como referencia inobjetable a la decisión, cuando la misma debe fundarse en reglas y sólo a falta de ellas, ocurrir a principios, pero indicando precisamente no sólo de donde se obtienen, sino también, su inherencia a la *questio*.

VIII)

Como señala destacada doctrina: “... enfatizar que la mera cita de principios puede en realidad empedrar el camino a la injusticia. Si bien un mejor uso de los principios –no la mera cita de ellos- tampoco puede asegurar de por sí una mayor Justicia, sí puede al menos permitir que la sentencia sea sometida a un control de racionalidad y que las razones expuestas en la sentencia , ya sean morales, jurídicas o de otro tipo, puedan ser sometidas a crítica pública”³⁹⁷.

³⁹⁶ Cfr. J. P. Alonso: op. cit., pág. 243.

³⁹⁷ Cfr. O. Sarlo *et al.*: op. cit., pág. 154.

Bibliografía

- AA. VV.: “Curso de Derecho Procesal”, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Montevideo, 1.974.
- AAVV: “Curso sobre el Código General del Proceso” (Instituto Uruguayo de Derecho Procesal), T. I, FCU, Montevideo, 1.989.
- AA.VV.: “El derecho y la justicia”, Ed. Trotta, Madrid, 2.000.
- AA.VV.: “Garantismo, hermenéutica e (neo) constitucionalismo, um debate com Luigi Ferrajoli”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.012.
- AA. VV.: “Derecho natural y iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho”, Palestra, Lima. 2.014.
- AAVV: “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture” T. II “Constitución y proceso. Principios y garantías”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2.017.
- Aarnio, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Nº 4, 2.000, págs. 593-602.
- Alexy, Robert: “Derecho y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, Pablo Larrañaga y Ernesto Garzón Valdéz, Fontamara S. A., México, 1.998.
- Alonso, Juan Pablo: “Principios jurídicos implícitos”, Marcial Pons, Madrid, 2.018.
- Alonso Vidal, Horacio-José: “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho”, en DOXA 35 (2.012), págs. 157-172.
- Alvarado Velloso, Adolfo: “Sistema procesal. Garantía de la libertad”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2.009.
- : “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, La Ley Uruguay, Montevideo, 2.011.
- Álvarez Gardiol, Ariel: “Manual de Introducción al Derecho” (cursos de doctorado), Ed. Juris, Rosario, 1.995.
- Aristóteles: “Gran ética”, trad. de Francisco De P. Samaranch, Aguilar, Bs. Aires, 1.964.
- : “Metafísica”, trad. de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 2.013.
- Arlas, José A.: “Curso de Derecho Procesal Penal”, FCU, Montevideo, 1.983.
- Arruda Alvim: “Principios fundamentales formativos del procedimiento civil brasileño”, en Rev. do Pr., Ano X, abril-junho 1.985, Nº 38, págs. 84-110.
- Atienza, Manuel: “Filosofía del Derecho. Transformación Social”, Trotta, Madrid, 2.017.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: “Sobre principios y reglas”, en Doxa-10 (1.991), págs. 101-120.
- Ávila, Humberto: “Teoría de los principios”, Marcial Pons, Madrid, 2.011.
- Bandieri, Luis María: “El entierro de Montesquieu”, en “Forum”, Anuario del Centro de Derecho Constitucional” 2.014, UCA, Bs. Aires, págs. 75-101.
- : “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas”, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>.
- Barreira Magalhães Filho, Glauco: “Hermenéutica jurídica classica”, Concertó Editorial, Florianópolis, 2.009.
- Barrios De Ángelis, Dante: “Teoría del Proceso”, Depalma, Bs. Aires, 1.979.

----- “Introducción al proceso”, Idea, Montevideo, 1.980.

----- “El proceso civil. Código General del Proceso”, Idea, Montevideo, 1.989.

Bettencourt De Faría, María Do Carmo: “Direito e Ética. Aristoteles, Hobbes, Kant”, Paulus, São Paulo, 2.007.

Bonicio, Marcelo José Magalhães: “Princípios do processo no novo Código de Processo Civil”, Saraiva, São Paulo, 2.016.

Borthwick, Adolfo E. C.: “Principios procesales”, Mave, Corrientes, 2.003.

Briseño Sierra, Humberto: “Los ‘principios’ del procedimiento mexicano”, en Rev. Mex. D. Pr., Año 2, Nº 1, 1.973, págs. 7-42.

Canale, Damiano: “Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale”, Editori Laterza, Roma, 2.017.

Carnelutti, Francesco: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Bs. Aires, 1.944.

Carrió, Genaro R: “Notas sobre Derecho y lenguaje”, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 2.011.

Casalmiglia, Albert: “El concepto de integridad en Dworkin”, en Doxa-12 (1.992), págs. 155-176.

Chiovenda, Giuseppe: “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1.935.

-----: “Principios de Derecho Procesal Civil”, trad. de José Casais y Santaló, Reus S. A., Madrid, 1.977,

Cicero, Marco Tulio: “De legibus”.

Comanducci, Paolo: “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en Doxa 21-II (1.998), págs. 89-104.

Couture, Eduardo J.: “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, Montevideo, 1.945.

-----: “La enseñanza de Chiovenda sobre interpretación de las leyes procesales”, en Rev. de D. Pr., Argentina, 1.947, págs. 514-527.

-----: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Bs. Aires, 1.966.

-----: “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Depalma, Bs. Aires, 1.978.

-----: “Vocabulario jurídico”, Depalma, Bs. Aires, 1.983.

Del Vecchio, Giorgio: “Los principios generales del derecho”, trad. de Juan Ossorio Morales. Bosch, Barcelona, 1.971.

Devis Echandía, Hernando: “Nociones generales de Derecho Procesal Civil”, Aguilar, Madrid, 1.966.

-----: “Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal”, Rev. de D. Pr. Ib. – España-, 1.982, Nº 4, págs. 537-606.

Dworkin, Ronald: “El imperio de la justicia”, trad. de Claudia Ferrari, GEDISA, Barcelona, 2.005.

-----“Los derechos en serio”, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2.010.

-----“Justicia para erizos”, trad. de Horacio Pons, FCE, Bs. Aires, 2.014.

Feldhaus, Charles: “Direito e moral. Tres estudos a respeito da filosofia prática de Kant”, Apolodoro Editora, Florianópolis, 2.007, págs. 8-9, 30-31 y 38-41.

Ferrajoli, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de Nicolás Guzmán, en Doxa 34 (2.012), págs. 15-53.

-----: “El constitucionalismo entre principios y reglas”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Doxa 35 (2.012), págs. 791-817.

-----: “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2.016.

-----: “Contro il creazionismo giudiziario”, Mucchi Editore, Modena, 2.018.

Gadamer, Hans-Georg: “Verdad y método II”, trad. de Manuel Olasagasti, Ed. Sígueme, Salamanca, 1.992.

Gamarra, Jorge: “Buena fê contractual”, FCU, Montevideo, 2.011.

-----: “Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial”, FCU, Montevideo, 2.012.

Guasp, Jaime: “La pretensión procesal”, en Rev. D. Pr. (Argentina), 1.951.

-----: “Derecho Procesal Civil”, Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1.968.

Guastini, Riccardo: “Saggi scettici sull’interpretazione”, G. Giappichelli editore, Torino, 2.017.

Hart, Herbert Lionel Adolphus: “Post scriptum al concepto de derecho”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2.000.

-----: “El concepto de Derecho”, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 2.011.

Hillman, James: “Un terrible amor por la guerra”, trad. de Juan Luis De La Mora, Sextopiso, Madrid, 2.010.

Iturralde Sesma, Victoria: “Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica”, Marcial Pons, Madrid, 2.014.

Jiménez de Aréchaga, Justino: “La Constitución Nacional”, T. I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1.991.

Kant, Immanuel: “La metafísica de las costumbres”, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1.997.

-----: “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, trad. de Manuel García Morente, Encuentro ediciones, Madrid, 2.003.

-----: “Crítica de la razón práctica”, Ed. Bilingüe, trad. de Dulce María Granja Castro, FCE, México, 2.005.

Kelsen, Hans: “Teoría general de las normas”, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Marcial Pons, Madrid, 2.018.

Lapassade, Georges: “Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia”, versión española Ed. Gedisa, Barcelona, 2.008.

Larenz, Karl: “Metodología de la ciencia del derecho”, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel Derecho, Barcelona, 1.994.

-----: “El derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2.001.

Legaz y Lacambra, Luis: “Introducción a la ciencia del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1.943.

----- “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1.972.

Linfante Vidal, Isabel: “La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1.999.

Maranhão, Juliano: “Positivism jurídico lógico-incluyente”, trad. de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2.017.

Maximiliano, Carlos: “Hermenéutica e aplicação do Direito”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2.006

- Mendonca, Daniel: "Interpretación y aplicación del Derecho", Universidad de Almería, Almería, 1.997.
- Millar, Robert Wyness: "Los principios formativos del procedimiento civil", trad. de Catalina Grossman, Ediar S. A., Bs. Aires, 1.945.
- Montero Aroca, Juan: "Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón", Astrea-Tirant lo Blanch, Bs. Aires, 2.016.
- Moretti, Raúl: "Procesal Penal", CED, Montevideo, s/f,
- Mourlon, Frédéric: "Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon", T. premier, A. Marescq Ainé Librairie-Editeur, Paris, 1.869.
- Nino, Carlos Santiago: "La validez del Derecho", Astrea, Bs. Aires, 2.012.
- : "Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho", Siglo veintiuno editores, Bs. Aires, 2.014.
- Palacio, Lino Enrique: "Derecho Procesal Civil", T. I, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1.979.
- Perelman, Chaïm: "Ética e direito", trad. de María Ermantina De Almeida Prado Galvao, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2.011.
- Pérez Jaraba, María Dolores: "Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart", en Revista de Estudios Jurídicos, N° 10/2.010 (segunda época), Universidad de Jaén, págs. 1-24.
- Peyrano, Jorge Walter: "El proceso civil. Principios y fundamentos", Astrea, Bs. Aires, 1.978.
- Platón: "Menón o de la virtud" en "Diálogos", Ed. Porrúa S. A., México, 1.979.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie: "Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil", publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Joubert, Paris, 1.844.
- Portela, Jorge Guillermo: "La justicia y el derecho natural", EDUCA, Bs. Aires, 2.016.
- Ratti-Mendaña, Florencia: "Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista", en Prudentia Iuris, N° 79, junio 2.015, págs. 159-188.
- Ródenas, Ángeles: "¿Qué queda del positivismo jurídico?", en Doxa 26 (2.003), págs. 417-448.
- Salomão, Saulo Salvador: "A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroadando o decisionismo?", en Rev. da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Vol. 28 N° 2, págs. 47-68.
- Sarlo, Oscar *et al.* (Darío Burstin, Serrana Delgado, Leandro Francolino, José Gabriel Gómez Leiza, Guzmán Rodríguez Carrau y Oscar Sarlo): "La era de los principios: entre compromiso moral y retórica vacía. Análisis teórico y usos discursivos en el Derecho uruguayo", FCU, Montevideo, 2.018.
- Streck, Lenio Luiz: "Hermenéutica y decisión judicial", Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. 2.013.
- Van Rompay, Leslie: "Hacia una jurisprudencia principalista", en Judicatura, N° 43, págs. 159-167.
- Várela-Méndez, Edgar J.: "Métodos de interpretación de las leyes de alquileres", en "Ciclo de charlas sobre arrendamientos urbanos", Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, 1.986, págs. 217-239.
- : Varela-Méndez, Edgar J.: "Las vías de impugnación de la cosa juzgada aparente o fraudulenta", en Rev. U. D. Pr., año 2.002, págs. 201-212.

- : “El defensor en el nuevo Código del Proceso Penal. Ley N° 19.293 de 19/XII/2014. Aproximaciones”, en “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, FCU, Montevideo, 2.015, págs. 473-496.
- : “El nuevo Código del Proceso Penal de la República Oriental del Uruguay (Ley N° 19.293, de 19/XII/2.014). Limitaciones a la defensa en un sistema acusatorio. Aproximaciones”, en “Memoria XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal”, Sigma editores, Bogotá, 2.016, págs. 527-554.
- Véscovi, Enrique: “Los principios rectores del proceso”, en AA.VV.: “Curso de Derecho Procesal” (*vid. por éste*), T. I, págs. 75-86.
- *et al.*: “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado”, T. 1, Ábaco, Montevideo, 1.992.
- Vigo, Rodolfo L: “El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin”, en Anuario Jurídico, UNAM, México, 1.988, págs. 295-332.
- : “Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1.999.
- “Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial”, Depalma, Bs. Aires, 2.000.
- : “De la ley al derecho”, Ed. Porrúa, México, 2.005.
- : “Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2.015.
- Weber, Thadeu: “Ética e filosofía política: Hegel e o formalismo kantiano”, ediPUCRS, Porto Alegre, 2.009.
- : “Ética e Filosofia do Direito”, Editora Vozes, Petrópolis, 2.013
- Zagrebelsky, Gustavo: “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2.011.