

Una aproximación a los principios jurídicos desde su función de fundamentación

Juan B. ETCHEVERRY*

RESUMEN: El presente trabajo busca iluminar algunos aspectos del debate sobre la caracterización de los principios jurídicos y sobre sus diferencias con las reglas. Específicamente, se propondrá distinguir los distintos tipos de principios y lo que los diferencia de las reglas principalmente con base en las funciones que cumplen en el derecho. Para ello, se diferenciará entre la función de guía y la de fundamentación que cumplen los principios. A partir de dicha distinción, se advertirá que el intento de caracterizar a los principios por el modo particular con que guían la conducta tampoco parece el más adecuado. En cambio, se buscará mostrar que los distintos tipos de preceptos denominados “principios” ejercen una particular función de fundamentación del razonamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Principios jurídicos, reglas, derechos fundamentales, función de fundamentación, función de guía.

INDICE: 1. Introducción; – 2. Un análisis de los distintos sentidos de la expresión “principio jurídico”; – 3. Los límites de la caracterización de los principios como mandatos de optimización y de los criterios fuertes de diferenciación de las reglas; – 4. Una propuesta de caracterización de los principios jurídicos según las funciones que cumplen en el derecho; – 5. Conclusiones.

TITLE: *An Approximation to Legal Principles Based on Their Justifying Function*

ABSTRACT: *This work intends to throw light upon some aspects of the debate on the characterization of legal principles and on their differences when compared to rules. Particularly, this analysis will propose to differentiate principles from rules by considering the functions they perform in law. To achieve this, we distinguish between the functions of guidance and justification that legal principles fulfill. From that distinction, we observe that the attempt to characterize legal principles based on the particular way in which they guide conduct does not seem to be the most appropriate either. In contrast, this paper tries to show that all the different types of precepts known as principles perform a particular justifying function in legal reasoning.*

KEYWORDS: *Legal principles; rules; fundamental rights; justifying function; guidance function.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. An analysis of the various meanings of the phrase “legal principle”; – 3. Limits of the characterization of principles as optimization requirements and of the strong criteria of setting them apart from rules; – 4. A proposition of characterization of legal principles according to the functions they fulfill in law; – 5. Conclusion.*

* Doctor en Derecho por la Universidad de la Coruña, España, investigador del CONICET y profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral. E-mail: jbetcheverry@austral.edu.ar. Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Técnica de Argentina y la Universidad Austral (PICTO-Austral 2016-0095). Agradezco los comentarios de P. Zambrano, V. Rodríguez-Blanco, J. Cianciardo, P. Rivas, F. De Fazio, J. P. Alonso y Luciano Laise a versiones preliminares de este trabajo.

1. Introducción

Los extensos debates que existen sobre qué es lo que caracteriza a los principios jurídicos y qué es lo que lo diferencia de las reglas, corren el riesgo de transformarse en un diálogo de sordos. Quienes participan de dichos debates no están de acuerdo ni siquiera sobre cuáles serían los ejemplos paradigmáticos de cada uno de tales preceptos.¹

Esta falta de acuerdo no solo acerca de lo característico de un principio, sino también sobre cuáles son sus ejemplos paradigmáticos, quizás pueda explicarse en que existe más de un significado o sentido de la expresión “principio jurídico”. Por ello, a fin de iluminar el debate sobre la caracterización de los principios jurídicos hemos decidido comenzar por recordar una breve descripción de los distintos significados o sentidos con los que solemos utilizar la expresión “principio jurídico” propuesta por el autor argentino Genaro Carrió.²

Habiendo mostrado varios de los principales usos de la expresión “principio jurídico”, pondremos de relieve al menos dos desafíos que ha de enfrentar la teoría de los principios de Robert Alexy que propone una tesis fuerte de la categorización y distinción entre principios y reglas; es decir, una distinción que no es meramente de grado, sino cualitativa.³

¹ A fin de ilustrar el problema que acaba de mencionarse, nos remitiremos a la crítica y defensa que, por un lado, Atienza y Ruiz Manero y, por el otro, Peczenik hacen respectivamente a la caracterización de los principios jurídicos como *mandatos de optimización*. Al respecto, Atienza y Ruiz Manero, partiendo de la premisa de que la norma recogida en el art. 14 de la Constitución española que establece que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” resulta un ejemplo paradigmático de un principio jurídico, critican la propuesta de Alexy de caracterizar a tales principios como mandatos de optimización. Esta crítica advierte que el precepto constitucional español que recoge la prohibición de discriminación no parece tener la estructura de un mandato de optimización, ni parece que pueda aplicarse gradualmente. Contra esta crítica, por su parte, Peczenik defiende la caracterización de los principios como mandatos de optimización simplemente arguyendo que preceptos como el art. 14 de la Constitución española no sirven como contraejemplo de dicha caracterización porque, en realidad, en este caso no estaríamos frente a un principio jurídico sino, más bien, frente a una regla. Para Atienza y Ruiz Manero, el principio de igualdad, recogido en el art. 14 de la Constitución española, es un “mandato de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación (...); pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno”. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ta ed., Barcelona, Ariel, 2016, 33. Sin embargo, para Peczenik “el ejemplo no falsa la teoría de Alexy, dado que el artículo 14 de la Constitución española es una *regla* (vaga), no un principio en el sentido de Alexy”. A. PECZENIK, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa* 12 (1992), 330.

² Cfr. G. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ta edición, Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo Perrot, 2006, 209-212.

³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 85-86 y F. De Fazio, “La teoría de los principios. Un estado de la cuestión”, pro-manuscrito, Bs. As., 2.

Por un lado, dicha tesis fuerte tiene dificultades para explicar ejemplos paradigmáticos de preceptos que habitualmente denominamos principios jurídicos (v. g., el principio de que “nadie puede beneficiarse de su propio crimen, error o fraude”). Esta dificultad para dar cuenta de casos centrales de los principios jurídicos (en los que parece existir un acuerdo general sobre la aplicabilidad de este término a esos casos) surge del hecho de que no poseen las cualidades que se les atribuye. Por el otro, como se verá más adelante la distinción entre principios y reglas resulta al final de cuentas más gradual de como es presentada⁴ y, por tanto, la construcción conceptual que propone la tesis fuerte de Alexy resulta poco fértil para poner adecuadamente de relieve la relación de determinación continua y escalonada que existe entre las distintas clases de preceptos jurídicos.

Por las razones anteriores se propondrá buscar lo característico de los principios, no teniendo especialmente en cuenta las mencionadas cualidades sino, en cambio, la función que cumplen en el razonamiento jurídico. Para ello, se comenzará por distinguir entre las funciones de guía y de fundamentación que suelen cumplir los principios. A partir de dicha distinción, se advertirá que el intento de caracterizar a los principios por el modo particular con que guían al razonamiento jurídico tampoco parece el más adecuado. En cambio, se buscará explicar lo característico de los preceptos denominados “principio jurídico” teniendo en cuenta la especial función de fundamentación que cumplen.⁵

Si bien es posible que la mayoría de los autores que han abordado el tema de los principios jurídicos les reconozcan su especial función de fundamentación, consideramos que es posible aprovechar esta función que los caracteriza y ahondar en el impacto que tiene para explicarlos, mostrar su particular relación con las reglas y lo gradual que resulta su distinción.

2. Un análisis de los distintos sentidos de la expresión “principio jurídico”

En un conocido trabajo de Carrió en el que se pregunta por la compatibilidad entre los principios y el positivismo jurídico, el profesor argentino realiza una enumeración

⁴ Cfr. A. AARNIO, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 4 (2000), 593-602.

⁵ Dicha característica se encuentra particularmente tenida en cuenta por la (muchas veces olvidada) definición que Roscoe Pound ofreció de los principios jurídicos como “puntos de partida del razonamiento jurídico”. Cfr. R. POUND, *Jurisprudence*, Vol. II, Minnesota, West Publishing Co., 1959, 124.

extensa (aunque sin pretensión de exhaustividad) de los distintos significados con que los juristas utilizan la expresión “principio jurídico”.

Siguiendo los diferentes usos de este término (por parte de los constituyentes, legisladores, jueces, teóricos, etc.) que ha detectado el autor mencionado, a continuación, presentaremos una enumeración meramente enunciativa de los distintos significados de la expresión “principio jurídico”. Dicha enumeración se presenta a fin de establecer más adelante si es posible encontrar alguna cualidades lógicas o estructurales comunes entre todos estos significados.⁶

(i) Principio como precepto que se dirige primordialmente a las autoridades y que versa sobre la aplicación de otras reglas, sirviendo para introducir excepciones o restringir el alcance de las reglas que imponen conductas y que indican cómo y cuándo han de usarse, cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a algunas de ellas, cómo colmar lagunas, etc. Este tipo de principios en algunos casos han sido receptados por desarrollos doctrinales o jurisprudenciales y en otros, incluso, expresamente por preceptos.⁷ Un ejemplo de este tipo de principios recogidos jurisprudencialmente puede encontrarse en aquel que establece que “nadie puede enriquecerse sin una causa legítima” o en el que afirma que “nadie puede beneficiarse de su propio crimen, error o fraude”. Este último, fue utilizado, entre otros tribunales, por el de Nueva York para denegar el cobro de la herencia al nieto ingrato que mata a su abuelo con tal fin.⁸

(ii) Principio como rasgos fundamentales o centrales de un orden jurídico que no pueden faltar en su descripción. En este sentido puede mencionarse el principio de división de poderes, el principio de supremacía constitucional, el principio de que el legislador se presume racional, el principio de que las leyes se presumen

⁶ Es necesario aclarar que la explicación que Carrió ofrece de los principios es diferente a la de Alexy. La propuesta de Carrió, en oposición a la de Alexy, puede ser considerada “débil”. Carrió, en lugar de afirmar que existen elementos lógicos que permiten identificar a los principios jurídicos, reconoce varios significados de “principio jurídico” y advierte que, en algunos casos, puede haber superposiciones de tales significados. Más específicamente, señala que “la palabra ‘principio’ se usa en contextos jurídicos con sentidos diversos que espejan tales focos de significación y forman una familia compleja unida por intrincados lazos de parentesco”. Cfr. G. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, cit., 210 ss. Existen trabajos más recientes sobre los distintos significados del término “principio”. Al respecto, cfr. R. GUASTINI, *Das Fontes Às Normas*, trad. de E. Bini, São Paulo, Quartir Latin, 2005, 185; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., y A. AARNIO, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, cit., 595-596.

⁷ Sobre el distinto origen histórico y diferentes presupuestos teóricos de los principios jurídicos y los principios generales del derecho cfr. P. SERNA, *Jurisprudencia de principios. Una aproximación realista*, Pamplona, pro-manuscrito, cap. I.

⁸ Cfr. *Riggs vs. Palmer* 115 N.Y. 506; 22 N.E. 188 (1889).

constitucionales, etc. Como en el caso anterior, este tipo de principios pueden o no estar expresamente receptados. Por ejemplo, el art. 1 de la Constitución argentina recoge el principio de división de poderes al establecer que: “[l]a Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...”. A su vez, el art. 31 de dicha Constitución recoge el principio de supremacía constitucional bajo la siguiente fórmula: “[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

(iii) Principio como generalizaciones ilustrativas obtenidas en parte de las reglas del sistema que se consiguen de un modo relativamente inductivo y que resultan capaces de especificar las condiciones parcialmente implícitas de aplicación de las reglas de las que se infieren.⁹ Al menos, algunos de los tradicionalmente llamados “principios generales del derecho” pueden servir de ejemplo de este sentido del uso de la expresión “principio jurídico”. Por ejemplo, el principio que establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe” puede considerarse que se encuentra implícito en las siguientes instituciones del derecho privado: a) aquella que determina a la culpa y el dolo como los factores de atribución de responsabilidad subjetiva; b) la que protege el valor de determinados actos que gozan de una especial apariencia jurídica; c) la que recoge la denominada doctrina de los actos propios; etc.

(iv) Principio como concentraciones o condensaciones de la *ratio legis*, finalidad de la ley o de las razones subyacentes de una determinada regulación. En esta línea, el principio que recepta el “interés superior del niño” (en el caso argentino en el art. 3 de la ley 26.061) condensa en un grupo de obligaciones y pautas interpretativas la finalidad con la que se regula en temas de patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación, etc. A su vez, el principio protector del derecho laboral, receptado en el sistema jurídico argentino en los arts. 7, 9 y 13 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) también parece un buen ejemplo del uso de la expresión “principio jurídico” en este último sentido.¹⁰ Como resulta fácil de advertir, este

⁹ Cfr. A. AARNIO, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, cit., 596.

¹⁰ Dichos artículos receptan las siguientes pautas interpretativas y órdenes de prelación entre las normas aplicables: i) en caso de duda sobre cómo interpretar o sobre el alcance de dicha ley, ésta ha de ser a favor del trabajador; ii) en caso de dudas sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, y iii) cuando una situación anterior sea más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar, siendo toda modificación solo admisible para ampliar y no para disminuir derechos.

sentido de “principio jurídico” y los anteriores en más de un caso, aunque no en todos, pueden superponerse.

(v) Principios como pautas que expresan los valores superiores de un sistema jurídico. En la actualidad, a buena parte de estas pautas se las vincula con los derechos humanos a los que se les atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo. Además, suele considerarse que este tipo de derechos valen en sí mismos o que su fundamentación se encuentra en su razonabilidad intrínseca. En otras palabras, la existencia y validez de estos derechos no dependería únicamente de que hayan sido receptados en una constitución o tratado sino, en cambio, porque reconocen bienes que son intrínsecos a ellos. Sin embargo, esto no significa que se sostenga que puedan ser eficaces al margen de su institucionalización. Utilizamos este sentido de la expresión “principio jurídico” cuando hablamos de preceptos como los que prohíben todo tipo de discriminación por razones de raza, sexo, religión, etc. (v. g., el art. 14 de la Constitución española anteriormente transcripto) o que prohíben todo tipo de esclavitud (v. g., el art. 15 de la Constitución argentina que establece que: “[e]n la Nación Argentina no hay esclavos”) o que prohíben (como fija el art. 18 de la Constitución Argentina) que alguien sea “...penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, etc.

(vi) Principios como directrices políticas o referencias principalmente exhortativas al legislador que solo en particulares circunstancias parecen dar origen a derechos. Suele utilizarse la expresión “principio jurídico” en este sentido cuando se habla del deber del legislador de velar por la “protección integral de la familia” o por el “acceso a una vivienda digna” (v. g., art. 14 bis de la Constitución de Argentina), etc.

(vii) Principios como requisitos formales que todo orden jurídico debe reconocer para poder funcionar como tal. En este sentido, suele decirse que para que un conjunto de normas constituya un verdadero sistema jurídico sus preceptos deben ser “generales”, “suficientemente claros”, “no contradictorios”, “prospectivos”, “capaces de obligar a las propias autoridades”, etc.¹¹ Solo algunos de estos principios tienen una recepción legislativa expresa. Otros, en cambio, por más que no sean receptados expresamente, suelen ser mayoritariamente aceptados por los teóricos del derecho, jueces, etc. El art. 7 del Código Civil y Comercial argentino recepta, por

¹¹ Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, *passim*.

ejemplo, el principio de irretroactividad de las leyes del siguiente modo: “[...]as leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”.

(viii) Principios como máximas mayoritariamente aceptadas o conocidas por los profesionales del derecho que pueden ser de utilidad para la enseñanza del derecho y para su aplicación o como argumento para la defensa de una interpretación jurídica particular. Muchas de dichas máximas no se encuentran expresamente receptadas por la legislación. Sin embargo, en algunos casos, esto sucede. Como ejemplo de máximas jurídicas podemos mencionar aquella que establece que “quien puede lo más, puede lo menos” o la que sugiere que “el derecho se presume conocido”.

Tomando como punto de partida esta enunciación de los diferentes significados del término “principio jurídico”, a continuación, buscaremos mostrar que algunos casos centrales de preceptos que ordinariamente llamamos principios jurídicos no poseen las cualidades que Alexy les atribuye.

3. Los límites de la caracterización de los principios como mandatos de optimización y de los criterios fuertes de diferenciación de las reglas

3.1. Los principios como mandatos de optimización

Cuando nos referimos a los principios jurídicos, la obra de Alexy resulta de ineludible referencia.¹² En esta oportunidad, nos detendremos en su conocida caracterización de los principios jurídicos como “mandatos de optimización”. En palabras del propio Alexy, “[e]l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los

¹² La otra obra de ineludible referencia es la de Dworkin. Al respecto, cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, 72 ss.

principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho”.¹³ A su vez, agrega que dicha diferencia se observa con gran claridad en los casos de conflictos entre reglas y de contradicción entre principios. En el primero de los casos, según Alexy, una regla queda declarada nula por la otra; mientras que en el caso de conflicto entre principios se resuelve mediante una ponderación de dichos principios en el caso concreto. El resultado de tal ponderación solo establece qué principio prevalece en las circunstancias del caso y no pone en tela de juicio la validez de ambos principios.¹⁴

3.2. Los criterios de distinción

Esta caracterización busca criterios fuertes de distinción entre principios y reglas. Más específicamente, podríamos sintetizar los criterios fuertes de distinción entre principios y reglas en: a) el diferente modo en que se aplican los principios y las reglas (gradual o con carácter todo o nada); y b) en el diferente tipo de problema que hay que resolver cuando hay un conflicto entre principios y uno entre reglas.

a) El diferente modo en que se aplican los principios y las reglas

Alexy considera que la subsunción es el modo en que se aplican las reglas. Si los hechos de un caso pueden ser subsumidos en el supuesto de hecho de una regla, su consecuencia jurídica determina cómo ha de resolverse. En caso de que dichos hechos

¹³ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, 162. Más recientemente, Alexy aclara que la aplicación de toda norma jurídica, incluso de principios, supone inicialmente una subsunción. Luego, si lo que se aplica son principios jurídicos, será necesario una ponderación. Una vez realizada la ponderación, será necesaria una nueva subsunción del caso en la regla que surge como resultado de la ponderación. Cfr. R. ALEXY, “Two or Three?”, en M. Borowski, *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119, Baden-Baden, Nomos, 2010, 18. Sin embargo, como se verá más adelante, aplicar una regla supone previamente establecer si dicha regla es válida y, para ello, entre otras cosas resulta necesario establecer si es o no conforme a los principios constitucionales. Además, en muchos casos el alcance de una regla también se establece conforme a principios.

¹⁴ Cfr. *ibid*, 162-163. Un exhaustivo trabajo sobre la teoría de los principios en Alexy puede encontrarse en R. VIGO y E. SODERO, “Los principios en Robert Alexy. Sus características, implicancias y proyecciones”, en A Flores Martínez, M Elósegui Itxaso y E. Uribe Arzate (coords.), *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy. Homenaje en su 70 aniversario*, México, Porrúa-UNAM, 2015, 47 ss.

no resulten encajables en su condición de aplicación, no puede aplicársele su consecuencia jurídica. Por ello, se dice que la aplicación de la regla es bajo la forma “todo o nada”.

En cambio, los principios admiten gradualidad en su aplicación. Son normas que no ordenan hacer algo concreto y determinado si se dan unas condiciones de aplicación, sino que mandan hacer algo en la mayor medida de lo posible. La medida que ordenan depende de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización del principio en el caso; es decir, según lo que se pueda fácticamente y según los límites que le imponen otras reglas y principios jurídicos.

b) Diferencias entre los conflictos entre principios y los conflictos entre reglas

El diferente modo en que se aplican las reglas y los principios se proyecta en el diferente tipo de problema que se presenta cuando hay conflicto entre reglas del que existe cuando hay un conflicto entre principios. Para Alexy, cuando se produce un conflicto entre reglas, el problema se dirime estableciendo cuál de dichas reglas es válida y cuál ha de ser declarada nula. En ese caso, lo que está en juego es un problema de *validez* de las reglas. En cambio, cuando se produce un conflicto entre principios, el conflicto se resuelve por medio de la ponderación que establece qué principio ha de prevalecer en las circunstancias del caso, sin que esto ponga en tela de juicio la validez del principio *desplazado* en dicho caso.

3.3. La dificultad de los criterios fuertes de distinción para dar cuenta de los principios

A nuestro juicio, esta caracterización y los criterios de distinción de los principios de otros preceptos son demasiado fuertes, entre otras cosas, porque no logran dar cuenta de algunos de los casos centrales de la expresión “principio jurídico”. En concreto, según la caracterización de Alexy no sería un principio el precepto que establece que “nadie puede beneficiarse de su propio crimen, error o fraude”, por más que suela utilizárselo como uno de los ejemplos con los que se puede mostrar que los sistemas jurídicos no están solo formados con reglas, sino también por principios.¹⁵ A su vez, tampoco serían principios el llamado “principio de legalidad penal”, el que “prohíbe la tortura”, el que hace lo mismo con la “esclavitud”, o con la “discriminación”, etc.

¹⁵ Dworkin popularizó el caso en que los jueces resuelven con base en este precepto contra lo que establecía una regla. Hemos hecho referencia a dicho caso en la nota 8.

Ninguno de estos preceptos, habitualmente denominados “principios” por los doctrinarios y la jurisprudencia, parecen caber dentro de la caracterización de principio jurídico anteriormente ofrecida. Esto es así porque dichos preceptos se parecen más a mandatos definitivos que a mandatos de optimización. En otras palabras, es posible pensar que estos preceptos no admiten ser satisfechos en diferentes grados, porque parecen determinar el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y ordenar qué ha de hacerse. Así, el denominado “principio de legalidad penal” (recogido en el caso de la Constitución Argentina en su art. 18 bajo la siguiente fórmula: “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”) parece determinar que no es jurídicamente posible penar a alguien sin previo juicio fundado en ley, prohibiendo dicha posibilidad y haciéndolo de modo tal que no parezcan existir excepciones o diferentes grados posibles para su acatamiento. Como es fácil advertir, algo parecido puede decirse de los otros preceptos anteriormente mencionados.¹⁶

Frente a este desafío, todavía es posible sostener (como hace Alexy) que preceptos como el principio de “no discriminación” deben ser caracterizados, de todos modos, como mandatos de optimización. Esto sería así porque, al menos, para determinar a qué casos se aplicaría esta clase de principios es necesario ponerlos en conexión o ponderarlos con otros principios o razones. Por ejemplo, para determinar si una diferenciación por razones de sexo es arbitraria y, por tanto, discriminatoria es necesario ponderar si no existen otros principios o razones que justifiquen dicha diferenciación.

Sin embargo, por dos razones esta defensa como mínimo relativiza la distinción fuerte entre principios y reglas. Por un lado, esta réplica relativiza el criterio de “gradualidad en el modo de aplicación” como elemento determinante para diferenciar los principios de las reglas. Según ella, la gradualidad en el cumplimiento de principios como el de “no discriminación” no se da en la aplicación de su consecuencia jurídica, sino en la determinación de sus condiciones de aplicación.¹⁷ Por el otro y, como se verá por medio de ejemplos a continuación, no solo la aplicación de algunos principios requiere que se

¹⁶ Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., 33 ss. Atienza y Ruiz Manero caracterizan a los principios por poseer una estructura compuesta, entre otras cosas, por condiciones de aplicación configuradas solo de forma abierta o, dicho de otro modo, por no poseer una lista cerrada (o ni siquiera genéricamente determinada) de sus condiciones de aplicación. Sin embargo, como se verá en el siguiente epígrafe, no solo los principios *no* poseen una lista cerrada de sus condiciones de aplicación. Algo similar le ocurre a las reglas aunque, en general, en menor medida.

¹⁷ Cfr. R. ALEXY, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. de C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 120 ss.

determinen a qué casos se aplican. Lo mismo sucede con muchas reglas. Esto ocurre, al menos, en todos los casos en los que las condiciones de aplicación de una regla se determinan a la luz de principios jurídicos.

3.4. El criterio de la gradualidad en la aplicación (¿solo?) de los principios

De lo anterior no solo puede seguirse que la descripta caracterización de los principios no puede dar cuenta de casos centrales de lo que denominamos “principio jurídico”; sino que, además, como consecuencia de su dificultad para caracterizar a los principios, también tiene el desafío de ser capaz de diferenciarlos de las reglas. En este sentido, puede sostenerse que la distinción entre principios y reglas propuesta por Alexy a fin de cuentas resulta muchos menos fuerte de como ha sido presentada anteriormente.¹⁸

En primer lugar, el criterio de la dimensión de peso de los principios y su correlativo modo gradual de ser aplicados tiene el desafío de explicar por qué casos centrales de lo que solemos llamar principios no admiten gradualidad en su cumplimiento.¹⁹ Incluso más, pareciera que algunos de tales preceptos admiten menor gradualidad en su cumplimiento que la gran mayoría de los preceptos tradicionalmente denominados como reglas. En concreto, es posible afirmar que el precepto que recoge el llamado “principio de inocencia” y establece que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (v. g., art. 18 de la Constitución de Argentina) admite menos excepciones (incluso no legalmente previstas) que una regla que impone una multa a quien atraviesa con un vehículo un semáforo en rojo o a quien no avanza cuando está en verde.²⁰ Existe más de un ejemplo imaginable de excepciones que pueden (y, en algunos casos, suelen) hacerse a este tipo de reglas que regulan el tránsito. Basta con mencionar la no aplicación de la sanción prevista por la regla cuando quien atraviesa un semáforo en rojo es una ambulancia que se encuentra atendiendo una emergencia. Algo similar es esperable que ocurra en el caso en que un semáforo se descomponga y,

¹⁸ Varios autores sostienen que la distinción entre principios y reglas es más gradual que estructural. Por ejemplo, A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 198 ss.

¹⁹ Algunos autores incluso advierten que vincular la noción de “principio” con la de “optimización” relativiza la distinción entre principios y reglas, ya que lo “optimizable” no admite cumplimiento gradual: se optimiza o no la norma objeto de optimización. Cfr. J-R. SIECKMANN, “Principles as normative arguments”, en C. Dahlman y W. Krawietz (eds.), *Values, Rights, and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21*, Duncker & Humblot. Berlin, 2005, 197. Alexy responde a esta objeción en R. ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13 (2000), 300 ss.

²⁰ Alexy aclara su propuesta al sugerir que una misma norma (v. g., la que establece que “la dignidad de la persona humana es inviolable”) puede ser en parte tratada como regla y en parte como principio. “La relación de la preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio, sino la regla...”. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 107-109.

por ello, encienda simultáneamente sus luces rojas y verdes, viéndose el conductor del vehículo obligado a cometer una infracción sea porque no avanza con el semáforo en verde o porque lo hace cuando simultáneamente se encuentra en rojo. En segundo lugar, es posible considerar que los ejemplos anteriores dejan en evidencia también que los casos centrales de los preceptos que habitualmente denominamos “reglas”, difícilmente pueden ser caracterizados como mandatos definitivos. Dicho de otro modo, no solo los principios admiten un cumplimiento gradual o tienen una dimensión de peso. Esto sería así por varias razones.²¹ A continuación, solo mencionaremos dos. Por un lado, debido a la textura abierta que también adolecen las reglas, surgen casos en los que no es claro si ellos encajan en el supuesto de hecho de una regla. Por ejemplo, no es clara la regla que “prohíbe el ingreso al parque con vehículos” en cuanto a si su condición de aplicación incluyó o no a las sillas de ruedas motorizadas. Por otro lado, casi todos los preceptos (incluidos los ejemplos paradigmáticos de reglas) tienen una dimensión de peso. Esto es particularmente así porque en muchísimos casos es posible desplazar una regla en un caso concreto cuando resulta contraria a un principio, sin por ello necesariamente declararla inválida. Por ejemplo, en el caso anterior podría considerarse discriminatorio no permitir el ingreso al parque a una persona que necesita movilizarse con una silla de ruedas motorizada.²²

3.5. *El particular problema que suscita el conflicto entre principios*

A diferencia de lo que sostiene Alexy, no siempre los conflictos normativos en los que está involucrada una regla parecen resolverse negando la validez de una de las normas. Siguiendo con el ejemplo anterior, no se niega la validez de la regla que prohíbe ingresar al parque con vehículos, si se decide que tal prohibición no ha de aplicarse a las personas que ingresan al parque con sillas de rueda motorizadas, a fin de no discriminarlas.

Además, no siempre que dos reglas entran en conflicto una de ellas queda derogada para todos los casos. Por ejemplo, la disposición que regula de forma general que la velocidad máxima de las avenidas es de 60 km/h puede ser exceptuada por otra regla

²¹ Peczenik, por ejemplo, sostiene que en los casos difíciles las reglas se aplican por medio de una ponderación. Cfr. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, 74 ss.

²² El propio Alexy reconoce que las reglas no se caracterizan por su aplicación a “todo o nada”, dado que en ocasión de la decisión de un caso pueden surgir excepciones hasta entonces desconocidas (incluso sobre la base de un principio). Sin embargo, a su juicio, esto no afecta al argumento que sostiene que los principios tienen una dimensión de peso que las reglas no exhiben y que dicha dimensión se advierte en el diferente modo en que colisionan los principios y las reglas. Cfr. R. ALEXY. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), 141 ss.

(especial) que permite que en determinadas avenidas muy anchas se permita circular hasta 70 km/h.

Por último, es posible afirmar que algo parecido a lo que acaba de describirse en algunos casos de conflicto entre reglas también sucede en algunos casos de conflictos entre principios. Si bien cuando ellos entran en conflicto ninguno de ellos queda derogado de forma general, la resolución del conflicto supone crear una regla que prioriza una dimensión de uno de dichos principios sobre otra dimensión del otro en unas circunstancias concretas.

Hay que reconocer que en varios trabajos Alexy explica que los conflictos entre reglas se solucionan, bien declarando una regla inválida o bien *introduciendo una cláusula de excepción en una de las dos reglas en conflicto* (lo que permite que ambas reglas continúen siendo válidas). Sin embargo, para Alexy existe una diferencia sustancial entre introducir una cláusula de excepción en uno de los preceptos para resolver una antinomia y establecer que en unas circunstancias concretas un principio tiene prioridad sobre el otro porque es más importante o tiene mayor peso (aunque esto pueda variar si se balancea la importancia de cada uno de estos principios en otras circunstancias).²³

A nuestro juicio, la posibilidad de introducir una cláusula de excepción dentro de una de las reglas para resolver una antinomia en algunos casos (v. g. cuando también existe un conflicto entre los criterios para resolver la antinomia) puede parecerse demasiado a lo que ocurre cuando se resuelven los conflictos entre principios. Por un lado, esta última opción reconoce que algunas antinomias entre reglas se resuelven sin declarar la invalidez de una de dichas reglas (lo que, por momentos, parecía presentarse como la diferencia más importante entre cómo se resuelven los conflictos entre reglas y entre principios). Por el otro, incluso si se acepta el argumento de que la cláusula de excepción que se introduce en una de las reglas en conflicto pueda ser considerada más general que la regla que surge como resultado de la ponderación entre dos principios (en unas circunstancias concretas); el diferente nivel de “generalidad o especificidad”

²³ Cfr. R. ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, cit., 296-297. En un sentido similar, Bäcker propone que la diferencia entre principios y reglas se basa en que las reglas admiten excepciones y, en cambio, los principios no, dado que en cada aplicación necesitan ser determinados. Cfr. C. BÄCKER, “Reglas, principios y derrotabilidad”, Trad. de F. J. Campos Zamora, *Doxa* 37 (2014), 43-44. La aclaración de Bäcker parece hacer descansar la diferencia entre principios y reglas según lo determinados o indeterminados que resultan estos diferentes tipos de preceptos. Como se ha afirmado anteriormente, el diferente nivel de determinación de dichas clases de normas parece más una cuestión de grado que cualitativa.

de los resultados de ambos tipos de antinomias es solamente un problema de grado, no cualitativo.

3.6. *La infertilidad de una caracterización fuerte de los principios jurídicos*

Por más que parece claro que la caracterización fuerte que propone Alexy tiene dificultades para dar cuenta de casos centrales de lo que solemos denominar “principio jurídico”, todavía es posible sostener que: “el problema no es elucidar cuál es el concepto ‘correcto’ de principio. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho”. Por ello, autores como Sieckmann sostienen que no debería objetarse en contra de la definición de principio como mandato de optimización el hecho de que existan usos diferentes a cómo Alexy los caracteriza.²⁴ De hecho, el propio Alexy reconoce expresamente que su teoría de los principios se aparta del uso habitual del lenguaje. En concreto al referirse al denominado principio de legalidad penal afirma que “puede presentar una serie de problemas de interpretación y detrás de él se encuentra un principio al que puede recurrirse para su interpretación, pero formula una regla, pues lo que exige es algo que siempre puede solo ser o no ser cumplido”. A partir de su propuesta de caracterizar al principio de legalidad penal como una regla, Alexy advierte que éste representa un “ejemplo de aquellos casos en los cuales (...) [su] teoría de los principios se aparta del uso habitual del lenguaje”.²⁵

Sin embargo, si se reconoce que la caracterización que se ofrece de “principio jurídico” es una estipulación, el problema que advertimos es que no parece fértil para poner de relieve la relación que se dan entre los distintos tipos de preceptos. Al final de cuentas, la diferencia entre ellos parece más gradual de lo que se pretende y el intento de encontrar un “criterio” que permita clasificarlos “con toda precisión”²⁶ solo se alcanza a cambio de tergiversar o exagerar algunas de sus cualidades o de hacer lo propio con el modo en que son aplicados. Para ejemplificar lo anterior alcanza con recordar lo exagerada que resulta la caracterización de las reglas como mandatos definitivos. Como se ha advertido, prácticamente ningún precepto posee determinaciones completamente definitivas ni de lo fáctico ni de lo jurídico, ni su aplicación tiene completamente el

²⁴ Cfr. J. SIECKMANN, “El concepto de los principios”, en *La teoría de Robert Alexy: Análisis y crítica*, Bogotá, Externado, 2014, 173.

²⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 104.

²⁶ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 86.

carácter todo o nada. Aunque, como se verá en siguiente apartado, estas características de los preceptos no los vuelve irrelevantes.

4. Una propuesta de caracterización de los principios jurídicos según las funciones que cumplen en el derecho

Tomando como punto de partida la crítica anteriormente presentada, a continuación, se propondrá una caracterización alternativa para los principios jurídicos. En concreto, se explorará la posibilidad de caracterizarlos por la particular función que cumplen en el razonamiento jurídico.

Para abordar la caracterización de los principios desde las funciones que cumplen en el derecho resulta, en primer lugar, necesario diferenciar entre, al menos, dos tipos distintos de funciones que cumplen los preceptos denominados principios dentro del razonamiento jurídico. Por ello, a continuación, se desarrollará qué suele entenderse por la función de guía que cumplen los principios dentro del razonamiento jurídicos y si dicha función es la que permite caracterizarlos adecuadamente (es decir, de forma tal que no se tropiece con las dificultades que fueron advertidas contra la propuesta de Alexy). De dicho esfuerzo se concluirá que los casos centrales de los preceptos denominados principios cumplen una función de guía (directiva) del razonamiento jurídico tan diversa que dicha función no parece aportar el elemento capaz de caracterizar a todos los principios jurídicos, ni diferenciarlos de las reglas. Por todo lo anterior, se continuará buscando en la segunda parte de este apartado lo característico de los principios, no ya en la capacidad de guía que tengan, sino en su especial función de fundamentación del razonamiento jurídico.

Si bien es común para quienes afirman que una norma es una razón para la acción, identificar la función de guía (o directiva) de los preceptos con la de fundamentación (o justificativa), sostendremos que es posible diferenciarlas.

Si bien es común para quienes afirman que una norma es una razón para la acción, identificar la función de guía (o directiva) de los preceptos con la de fundamentación (o justificativa), sostendremos que es posible diferenciarlas. De hecho, si no se pudiera diferenciar entre ambas funciones resultaría confuso afirmar (como suele hacerse) que las reglas tienen (o suelen tener) una función de guía (justificativa) más definitiva o concluyente que los principios y, a la vez, que los principios tienen una especial capacidad para la fundamentación (justificación) de las reglas y de las decisiones

jurídicas²⁷. Sin embargo, esto puede explicarse si se advierte que cuando se dice que una norma es una razón para la acción “se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento y, también, que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta”.²⁸ A continuación, desarrollaremos en qué consisten ambas funciones.

4.1. Formas en que los principios guían al razonamiento jurídico

Como acaba de adelantarse, a continuación, se buscará poner de manifiesto si existe alguna característica propia en el modo en que los casos centrales de los preceptos que denominamos principios guían al razonamiento jurídico y si dicha característica permite diferenciar a los principios de las reglas. Al respecto, hay quienes consideran que los principios en tanto mandatos de optimización solo serían capaces de poseer una fuerza directiva limitada del razonamiento jurídico y que su capacidad para dirigir dicho razonamiento se limitaría a ofrecer algunos de los elementos que han de tener en cuenta quienes abordan el proceso racional de tomar una decisión. Esto sería así porque quienes han de aplicar los principios no pueden concluir su razonamiento simplemente apelando a cualquiera de estos principios. Por ello, para aplicar los principios sería necesario poner en relación estos principios con otras razones normalmente recogidas en otros principios y reglas. Esto significa que los principios únicamente serían capaces de ofrecer una pauta para el razonamiento jurídico que se volvería definitiva solo después de su puesta en relación o ponderación contra otras normas cuyas calificaciones normativas sean incompatibles y también tengan un carácter *prima facie*. En cambio, las reglas tendrían mayor capacidad directiva porque sus mandatos serían definitivos; es decir, contendrían determinaciones en el campo de lo jurídica y fácticamente posible.

²⁷ Entre otros autores, Hart ('Postscript', en P. Bulloch y Joseph Raz (eds.), *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, University Press, 1994, 261-262), Dworkin (ver *infra* nota 54) y Alexy (ver *infra*) coinciden en reconocer expresamente que los principios tienen una capacidad especial para justificar a las reglas y las decisiones jurídicas. Atienza y Ruiz Manero sostienen que según desde qué perspectiva se mire los principios contribuyen más (tienen mayor alcance justificativo y fuerza expansiva) o menos que las reglas (requieren más esfuerzo y tiempo aplicarlos y son menos concluyentes) a la justificación de una decisión jurídica. A su vez, distinguen entre el elemento directivo de un principio (guía de conducta), de su elemento valorativo (criterio de valoración: “juicio de valor que sirve de fundamento a los correspondientes principios y directrices”). De hecho, se afirma que: “[so]lo viendo así las cosas (...) puede explicarse el papel justificativo y la peculiar fuerza expansiva que las libertades constitucionales juegan en el discurso jurídico”. Cfr. M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., 45 y 145-146. Alexy también advierte la dimensión valorativa de los principios al punto de afirmar que principios y valores son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico (acerca de qué es debido), y en otro caso bajo un aspecto axiológico (acerca de qué es mejor). Cfr. R. ALEXY. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., 145.

²⁸ Cfr. M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., 154.

Sin embargo, como se ha advertido con algunos ejemplos en el apartado anterior las reglas no siempre operan como mandatos definitivos ni todos los principios operan como mandatos de optimización. Incluso, existen algunos casos centrales de preceptos que habitualmente son denominados “principios” que parecen más definitivos que la mayoría de las reglas. Por ello, tales principios tienen una capacidad de guía más concluyente que la que suele reconocérsele a las reglas.²⁹

a) Principios con fuerza de guía (directiva) concluyente

Siguiendo a Finnis,³⁰ podemos diferenciar al menos dos tipos de principios jurídicos. Por un lado, aquellos que pretenden tener fuerza concluyente del razonamiento jurídico (Pfdc). Estos principios no admiten justificaciones para no cumplirlos. Su fuerza es tal que son presentados como si no se admitiesen razones para dejar de cumplir con ellos. Incluso más, este tipo de principios parece no admitir limitaciones en su ejercicio. El razonamiento para aplicarlos pretende poder ser concluido o finalizado simplemente apelando a estos principios. Dicho de otro modo, de aplicarse un principio (Pfdc) a una determinada realidad o caso, dicho principio opera como una razón suficiente y necesaria para actuar como prescribe. Por ello, algunos autores (v. g., Finnis) afirman que este tipo de principios pueden ser considerados como absolutos. Esta característica se expresa, además, en el modo en que son presentados. Este tipo de principios, más que presentarse expresamente como derechos, suelen hacerlo como exigencias negativas de algunas pocas conductas. Un ejemplo de un principio (Pfdc) es recogido por el art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho artículo proclama que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”. Otro ejemplo puede encontrarse en el art. 18 de la Constitución argentina que establece que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí

²⁹ Al explicar el diferente carácter de los principios (*prima facie*) y de las reglas (definitivas), Alexy reconoce que, en realidad, también las reglas pueden poseer un carácter *prima facie*. Sin embargo, considera que el carácter *prima facie* de las reglas es diferente del de los principios. Si una regla es válida, aplicable y no tiene excepciones, quien quiera introducir una excepción no solo tiene la carga argumentativa de mostrar que en el caso en concreto el principio opuesto al principio que apoya la regla tiene un mayor peso, sino que debe mostrar que existen razones capaces de justificar un apartamiento de lo establecido por la autoridad. Esto sería así porque existen unos “principios formales” que establecen que las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello deben ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica establecida. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 100. Dado que tanto las reglas como los principios pueden tener un carácter *prima facie*, la diferencia entre los principios y las reglas con respecto al tipo de carácter que revisten parece más bien de *grado*. Por otra parte, como se ha advertido, hay preceptos que suelen ser denominados “principios” que parecen revestir un carácter más definitivo que el que poseen muchas de las reglas. Por último, pareciera que la existencia y, sin lugar a duda, la intensidad de los llamados principios formales parece una cuestión contingente.

³⁰ Con esta distinción, en realidad, Finnis se propone advertir cómo el lenguaje de los derechos fundamentales refleja la diferente fuerza para guiar que se espera de ellos. Cfr. J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 239 ss.

mismo”. En la Constitución Española también se encuentran principios de este tipo. Por ejemplo, en su art. 15 se establece que las personas “en ningún caso pued[e]n ser sometidas a torturas...”.³¹

b) Principios con fuerza directiva limitada

En cambio, existe otro tipo de principio cuya capacidad de dirigir la conducta no es concluyente. Estos principios con fuerza directiva limitada (Pfdl) de la conducta en algunos casos son enunciados literal o expresamente como derechos y no como exigencias negativas y su capacidad para dirigir la conducta es limitada, ya que ofrecen sólo algunos de los elementos que tendrán en cuenta quienes abordan el proceso racional de tomar una decisión. Esto es así porque quienes han de aplicar los principios (Pfdl) no pueden concluir de manera razonable simplemente apelando a cualquiera de estos principios. Incluso estos principios pueden recoger derechos que pueden ser considerados inalienables y fundamentales, pero no absolutos. Por ello, para aplicar los principios (Pfdl) es necesario poner en relación estos principios con otras razones normalmente recogidas en otros principios y reglas. Un ejemplo de un principio (Pfdl) es recogido por el art. 2 (2) de la Constitución Alemana que establece que: “Toda persona tiene el *derecho* a la vida y a la integridad física (...). Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley” [énfasis añadido]. Otro ejemplo, entre tantos, puede encontrarse en el art. 41 de la Constitución argentina que establece: “Todos los habitantes gozan del *derecho* a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...)” [énfasis añadido].

Por todo lo anterior, los documentos que recogen derechos fundamentales por medio de los principios (Pfdl) suelen aclarar que dichos derechos están limitados por el bien común, los derechos de los demás, etc. Por ejemplo, el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos específicamente establece: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Este tipo de principios podrían ser caracterizados, como hace buena parte de la literatura jurídica al hablar de principios, como normas de las que se derivan calificaciones normativas

³¹ Sieckmann busca lo que caracteriza a los principios entre las formulaciones normativas que no dicen nada sobre la validez de su obligatoriedad y aquellas que afirman la validez definitiva de lo que mandan. Cfr. J-R. SIECKMANN, “Principles as normative arguments”, cit., 198 ss. A diferencia, con nuestro trabajo se busca mostrar que existen reglas que no aspiran a afirmar su validez definitiva e, incluso, que existen principios que parecen afirmar una validez más definitiva que la de la mayoría de las reglas.

prima facie. Esto significa que los principios (Pfdl) solo son capaces de ofrecer una pauta para el razonamiento jurídico que se volverá definitiva únicamente después de su puesta en relación o ponderación contra otras normas cuyas calificaciones normativas sean incompatibles y también tengan un carácter *prima facie*. En cambio, es posible decir que las exigencias que emanan de principios (Pfdc) son imponderables.³²

La diferente capacidad de guía de los distintos tipos de principios en parte suele ser correlato de su diferente estructura. La estructura de los principios (pfdc) parece correlacionar una solución a unas determinadas situaciones o casos. Las propiedades previstas en las condiciones de aplicación de un principio de este tipo, por otra parte, son concretas, determinadas y, como se expuso, su solución también pretende ser cerrada (o no abierta a que se pondere con otros principios y reglas que jueguen en sentido contrario). Esto es lo mismo que decir que una vez que se da el supuesto de hecho previsto en estos principios, se siguen sin excepción sus consecuencias normativas. Por ello, algunos autores caracterizan a estos principios como imponderables y otros como absolutos. En cambio, los principios (pfdl) no prevén sus situaciones de aplicación, sino que, más bien, parecen mostrar un bien o fin que ha de ser buscado y que es intrínseco al propio principio. Incluso más, los principios (pfdl) parecen no especificar tampoco cómo se llega al estado de cosas o bien que los realiza.

Por lo anterior, como explica Finnis, para aplicar los principios (Pfdl) resulta necesario especificar o determinar de una forma racional su contenido. Este proceso implica especificar, al menos: i) la identidad del titular (o titulares) del deber, quien debe respetar o hacer efectivo el derecho enunciado como principio (Pfdl); ii) el contenido del deber o la descripción de los actos para el cumplimiento del deber (incluyendo plazos, circunstancias y condiciones para dicho cumplimiento); iii) la identidad del titular del derecho o la descripción de su clase; iv) las condiciones por las que se puede perder el derecho e, incluso, si su titular puede renunciar a él y en qué condiciones; y v) los límites de las libertades del titular del derecho.³³

c) Principios con fuerza concluyente moderada

³² Cfr. J. RUIZ MANERO, “*Rule of Law* y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, conferencia dictada en la Universidad de Bs. As. el 12 de abril de 2016, 17ss. (Se tuvo acceso al material desde <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf>).

³³ Cfr. J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., 247.

Por último, entre los principios (Pfde) y los principios (Pfdl) todavía podemos encontrar otro tipo de principios que solo pretenden tener fuerza concluyente moderada (Pfdcm). Ejemplos de este tipo de principios pueden encontrarse en el art. 14 de la Constitución española que establece que: “no puede prevalecer discriminación alguna por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este tipo de principios si bien se presentan como concluyentes, no es posible para quienes los aplican concluir completamente apelando simplemente a ellos. En el ejemplo provisto resulta necesario establecer si la diferencia que se juzga es arbitraria o irrazonable y, por tanto, será necesario poner en conexión o ponderar este principio con otros principios o razones. Algo parecido sucede con la prohibición de intervenir que tienen los magistrados con respecto a las acciones privadas de los hombres que de ningún modo afectan a terceros, al orden y a la moral pública, recogida en el art. 19 de la Constitución Argentina. En este caso, si bien pretende ser concluyente la fuerza del precepto (al no admitir justificación alguna para que las autoridades puedan intervenir en algunas acciones privadas de los hombres), deja sin determinar cuáles son las acciones que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudican a un tercero. Dicho de otro modo, dejan parcialmente abierto el conjunto de sus condiciones de aplicación que determinan a qué casos se aplican.

d) La distinta capacidad de guía de los diferentes preceptos es gradual

Recapitulando lo anterior, puede pensarse que la capacidad de guía de las reglas es radicalmente diferente que la de los principios. Según esta concepción, los mandatos de las reglas serían definitivos, a diferencia de lo que ocurre con los de los principios.

Sin embargo, hemos advertido que los mandatos de los preceptos que habitualmente llamamos reglas no son tan definitivos y que, incluso, un tipo particular de principios (Pfde) ofrece mandatos más definitivos que el común de las reglas. Más aun, podría decirse que los mandatos de los principios (Pfde) pretenden ser tan definitivos que no admiten una aplicación gradual. En caso de darse la situación o el supuesto de hecho que prevén, se cumple o no se cumple con lo establecido por dicho principio. En cambio, los principios (Pfdcm) admiten la necesidad de ser ponderados para establecer si se aplican a un determinado caso. Sin embargo, determinado esto, nuevamente se cumple o no se cumple con lo establecido por ellos. En el caso de los principios (Pfdl) las cosas son un poco distintas dado que no solo es necesario ponderar si ha de aplicarse este tipo de principios a un caso, sino que del reconocimiento de un derecho

no se deriva la calificación de una conducta de forma unívoca. Esto supone que quien tenga que aplicarlos debe determinar en qué grado una conducta que realiza dicho derecho o que lo viola resulta una conducta debida o prohibida. Por ello, suele decirse que de los principios (Pfdl) solo se derivan calificaciones normativas *prima facie*. Esto significa que son capaces de ofrecer una pauta para el razonamiento jurídico que se volverá definitiva solo después de su puesta en relación o ponderación contra otras normas cuyas calificaciones normativas sean incompatibles y también tengan un carácter *prima facie*. Este tipo de principios no ofrece razones que *buscan* concluir la deliberación, sino que ofrece razones para resolver en un sentido cuya fuerza respecto de otras razones (de principios Pfdl) ha de ser ponderada.

Hay que reconocer que en algunos casos incluso la aplicación de un principio (Pfdc o Pfdcm) puede exigir ponderar y determinar qué *remedies* han de prescribirse, por ejemplo, por la violación de una conducta prohibida. La determinación de dichos *remedies* habitualmente supone una definición que es gradual (es decir, que no es todo o nada). Por ejemplo, si bien queda claro del artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina la *prohibición* de “cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo...”; no surge de la norma qué tipo de medidas tomar en caso de que una empresa con miles de empleados sólo tenga una ínfima parte de su personal de sexo femenino. En los últimos años, partiendo de este principio y otros similares (recogidos en tratados internacionales y la propia Constitución de Argentina) la jurisprudencia argentina ha sostenido que los empleadores *deben* tener un “criterio neutro” en relación con el sexo del empleado a la hora de su contratación e incluso *deben* “rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo”. Incluso se ha llegado a condenar a una empresa a que “en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”.³⁴

Finalmente, hemos también de reconocer que la diferencia entre las distintas capacidades de guía de los principios que enumeramos (Pfdc, Pfdcm y Pfdl) es más gradual de cómo inicialmente las presentamos. Con esto queremos decir que los distintos tipos de principios enumerados hasta acá pueden ser reformulados a fin de ser presentados con una capacidad de guía diferente a la que originalmente poseían. La posibilidad de este tipo de reformulación incluso puede estar institucionalmente prevista en algunos sistemas constitucionales. Por ejemplo, al regular los límites a la

³⁴ Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, de fecha 16 de diciembre de 2002 sobre “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo”.

“restricción de los derechos fundamentales”, la Ley Fundamental alemana establece en su art. 19(2) que “en ningún caso un Derecho Fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Con base en esta regulación, en algunos casos el Tribunal Constitucional de Alemania especifica el núcleo esencial de un principio (Pfdl), transformándolo en un principio (Pfdc). Así, en el caso en el que tuvo que expedirse sobre la constitucionalidad de la denominada “Ley de Seguridad Aérea” (que permitía derribar un avión secuestrado para cometer un atentado terrorista) estableció que “matar intencionalmente” a inocentes es incompatible con el núcleo esencial del “derecho a la vida [principio Pfdl] y con la obligación del Estado de respetar y proteger la dignidad humana”³⁵ (principio Pfdl). No obstante lo anterior, coincidimos con Finniss en que la decisión de los constituyentes y legisladores de usar fórmulas diferentes en las declaraciones de derechos no ha de ser atribuida a su ineptitud lógica ni al simple amor por la variación estilística. Con dicha decisión, resulta razonable suponer que se buscó lograr algunos de los efectos anteriormente enumerados en la función de guía de los distintos tipos de principios, aunque solo logren generar tales efectos de forma parcial o limitada.³⁶

4.2. La especial función de fundamentación que cumplen los principios

a) El lugar de los principios en el razonamiento jurídico: al inicio de su justificación

A continuación, buscaremos mostrar que la especial función de fundamentación que desempeñan los principios en el razonamiento jurídico, por un lado, justifica el apelativo de “principio” que reciben dichos preceptos; y, por el otro, explica cómo tipos de normas tan diversos reciben el mismo nombre de “principio”.

En último término, los distintos preceptos que son denominados “principios” o bien surgen porque quienes tienen funciones legislativas buscan concentrar las principales razones o motivos por los que se crean las distintas partes del sistema jurídico, o bien resultan de juicios concretos formulados por la razón práctica de los intérpretes, que son adoptados como criterios de resolución de casos en virtud de su propia razonabilidad.³⁷ Dicho de otro modo, sea que surjan de una u otra manera, los

³⁵ Cfr. BverfG, 1BvR 357/05, párr. 130. Se tuvo acceso al texto el 1 de septiembre de 2016 de http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

³⁶ Cfr. J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., 240.

³⁷ Cfr. P. SERNA, *Jurisprudencia de principios*, cit., 44. Alexy expresamente advierte que los principios pueden ser tanto razones para reglas como razones para juicios concretos de deber ser. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 102.

principios transparentan los motivos y las razones últimas que fundamentan y justifican al resto de los preceptos y a las decisiones judiciales.³⁸

Autores como Pound ya caracterizaron a los principios por el relevante papel que juegan en la fundamentación del razonamiento jurídico. Para el profesor norteamericano, los principios son los “*puntos de partida* autoritativos del razonamiento jurídico a partir de los cuales se buscan pautas para la decisión de las controversias jurídicas”.³⁹ Justamente, este tipo de definiciones, basadas en la especial función de fundamentación que cumplen los principios en el razonamiento jurídico son las que permiten explicar el apelativo que reciben: son el punto de partida desde el que el derecho se hace, conoce y aplica. En otras palabras, lo que, por un lado, lo explica y le da sentido y, por el otro, lo fundamenta, al ofrecer las razones últimas que lo justifican.⁴⁰

b) La especial capacidad de los principios para justificar las decisiones jurídicas

i) Los principios regulan más casos

Apelar a estas razones receptadas en principios resulta especialmente útil para justificar las decisiones jurídicas. Esto es así, al menos, por tres motivos. En primer lugar, porque los preceptos denominados como principios transparentan las razones o motivos que justifican o pretenden justificar el resto de los preceptos de modo tal que los principios son capaces de abarcar situaciones o casos para justificar su solución de una forma que no lo logran el resto de los preceptos. Dicho de otro modo, sin esta clase de preceptos no podría justificarse adecuadamente la regulación de una amplia variedad de casos que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social sólo con preceptos precisos y concretos no resulta capaz de prever todas

³⁸ Resulta adecuado aclarar que Alexy expresamente advierte que existe una conexión entre el nivel de las reglas y el de los principios. En concreto, sostiene que dado que resolver los conflictos entre principios supone crear una regla de prioridad de un principio sobre el otro en unas circunstancias concretas, necesariamente los principios son razones para las reglas. Cfr. R. ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, cit., 297. A su vez, reafirma esta idea al decir que los principios suelen recoger las razones que sostienen a las reglas, lo que supone que las reglas y los principios estén “intrínsecamente conectados”. Cfr. R. ALEXY, “Two or Three?”, cit., 14. Sin embargo, como se ha visto, Alexy ha centrado su atención en la diferente estructura de estas clases de preceptos, en lugar de concentrarse en el diferente papel que juegan en la fundamentación del razonamiento jurídico.

³⁹ Cfr. R. POUND, *Jurisprudence*, II, cit., 124.

⁴⁰ Si bien las reglas también son premisas del razonamiento jurídico, como se verá a continuación (*infra* IV. 2. b.), las reglas necesitan de los principios para ser comprendidas y justificadas. Por ello, se afirma que los principios se encuentran “antes” o “al inicio” del razonamiento jurídico.

las situaciones que se necesitan regular.⁴¹ Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del derecho para ordenar la vida de la comunidad. Por esto, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas precisas y concretas se utilizan principios.⁴²

ii) Los principios favorecen que el derecho alcance sus fines

En segundo lugar, transparentar las razones o motivos que justifican o pretenden justificar a los preceptos que mandan realizar una determinada conducta favorece a que el derecho logre los fines que se propone o persigue. Si bien los preceptos precisos son necesarios porque ofrecen algunos beneficios, normalmente relacionados con el Estado de Derecho —v. g., la previsibilidad—, también hay que reconocer que necesitan ser comprendidos a la luz de las razones que explican su existencia y que buscan justificarlos.⁴³ Por ejemplo, establecer por medio de un precepto un límite preciso de edad —v. g., mayor de 18 años— para admitir una donación de órganos hace caso omiso de las circunstancias de quien pretende donar —por ejemplo, si sólo le falta un mes para cumplir dicha edad y muestra signos de madurez suficientes para tomar tal decisión— y, por ello, puede acabar ignorando el objetivo de la ley de fomentar, permitir y regular determinado tipo de donaciones de órganos realizadas por personas maduras para salvar vidas humanas. Esto no quiere decir que una regla que fije de modo preciso un límite de edad no esté justificada. Sino que además de dichas reglas han de existir principios que admitan en casos puntuales mitigar la aplicación de tales

⁴¹ Hay que reconocer que existe un tipo de principios, que hemos denominado “con fuerza concluyente” (Pfc), que suelen ser bastante precisos. Este tipo de principios suelen recoger prohibiciones que no admiten argumentos o razones en contra. Así, por ejemplo, art. 18 de la Constitución argentina que establece que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Si bien este tipo de principio no adquiere su especial capacidad de fundamentación de su capacidad para regular una amplia variedad de situaciones que de otro modo podrían quedar no previstas, lo hacen al asegurar unas exigencias nucleares o mínimas que derivan de otros principios. De este modo, transparentan las razones que hacen que no se admitan razones o argumentos en contra.

⁴² Cfr. T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 190 ss. y “El Derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81. Alexy sugiere un sistema de reglas, principios y procedimientos. Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, 172 ss. En este mismo sentido, Atienza y Ruiz Manero afirman que los principios tienen “un mayor alcance justificativo” que las reglas. Cfr. M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., 45.

⁴³ Cfr. T. ENDICOTT, “El derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81. En un sentido, a nuestro juicio relativamente contrario, Atria sostiene que: “la estructura hace probable la función porque es, en cuanto a su operación, opaca a ella. Solo porque es opaca a la función que desempeña puede mediarla. Esto implica que la estructura es racionalmente dependiente, pero operativamente autónoma de la función. Cfr. F. ATRIA, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 149.

reglas.⁴⁴ A esta dificultad han hecho mención algunos autores —v. g., Schauer— al advertir que debido a que las reglas (o, al menos, su mayoría) están formadas por generalizaciones, su predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a sus objetivos o justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a sus objetivos —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—. Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla genera un resultado no derivado de sus propósitos o justificación. Como puede verse, a causa de la precisión de las reglas muchas veces se disminuye la capacidad del derecho para dar efecto a los fines que persigue.⁴⁵

En definitiva, en muchos casos la propia legislación remite a los principios jurídicos a fin de lograr regular adecuadamente la vida social y para favorecer que el derecho logre los fines que persigue.

iii) Los principios ofrecen las razones últimas para justificar una decisión

En tercer lugar, en otras ocasiones los principios jurídicos surgen como juicios prácticos formulados por la razón práctica de los intérpretes, que son adoptados como criterios de resolución de casos no expresa o unívocamente previstos por la ley y que descansan sobre su propia racionalidad.⁴⁶ Una racionalidad que se impone por sí misma, como la de estos principios solo puede ser moral.⁴⁷ Más específicamente, tratan “de modo directo o indirecto sobre la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.⁴⁸ Esto ayuda a explicar y reforzar la especial capacidad de fundamentación y justificación que caracteriza a estos principios. Por un lado, porque como advierte MacCormick, “si una norma *n* es valiosa en sí misma o como un medio para un fin valioso, entonces mostrar que una regla específica puede subsumirse bajo tal norma supone que ella es una buena regla”.⁴⁹ Por el otro, como explica Nino, todo intento de

⁴⁴ Existe un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que admite una excepción a dicho límite de edad teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso. Principalmente se tuvo en cuenta que: i) sólo faltaban un par de meses para que la menor que solicitó la autorización judicial para donar cumpliera con la mayoría de edad requerida; ii) quien tenía que recibir la donación corría grave riesgo de esperar esos meses; y iii) la donante mostró al tribunal su capacidad para tomar la decisión de donar. Cfr. Saguir y Dib, Fallos 302:1284 (1980).

⁴⁵ Esto genera lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes”. Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 31-34 y 39. A esto mismo Endicott lo llama “arbitrariedad”. Cfr. T. ENDICOTT, “El derecho es necesariamente vago”, 74 ss.

⁴⁶ Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1985, 36.

⁴⁷ P. SERNA, *Jurisprudencia de principios*, cit., 44.

⁴⁸ Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., 72.

⁴⁹ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 152.

explicar la capacidad justificativa del derecho de forma completamente autónoma de la moral fracasa porque el derecho no puede justificar su obligatoriedad por sí mismo.⁵⁰

En última instancia, el único modo en que el derecho puede finalmente justificar su obligatoriedad es apelando a algunos principios morales últimos, válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios. Esto supone, como advierte Alexy, que el discurso jurídico termina siendo un caso especial del discurso moral⁵¹. Por esto, cuando un juez invoca una norma para justificar su decisión, no se refiere a esa norma como práctica social observable como un hecho desde el punto de vista externo, sino que se refiere a ésta desde el punto de vista interno como si fuese una proposición normativa o moral.⁵²

c) La relación entre principios y reglas desde la perspectiva de la función de fundamentación del razonamiento jurídico

i) La regla como determinación de uno o varios principios

Desde la perspectiva de la especial función de fundamentación que ejercen los principios jurídicos, la imagen que parece explicar mejor la relación entre principios y reglas es la que advierte que ambos tipos de preceptos forman parte de un mismo proceso jurídico de determinación continuo que comienza con las normas fundamentales de un sistema jurídico, como su Constitución, y sigue luego por la legislación, su reglamentación, etc., finalizando con una decisión judicial que aplica todas estas normas para resolver un caso concreto. En dicho proceso la regla es una concreción/determinación de un principio y, por lo tanto, cuando se aplica una regla,

⁵⁰ Cfr. C. S. NINO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en R. VIGO (coord.), *En torno a la democracia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, 97 ss.

⁵¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 206 ss.

⁵² C. S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., 44.

en realidad, se está aplicando también el principio que la fundamenta.⁵³ Regla y principio, de este modo, se necesitan mutuamente. La regla precisa del principio para ser correctamente comprendida y fundada⁵⁴ y el principio de la regla para ser lo suficientemente concreto para poder solucionar problemas de coordinación, ofreciendo un grado de previsibilidad necesario a tal fin.⁵⁵

Es necesario aclarar que la necesidad que tiene la regla de ser comprendida a la luz de uno o varios principios, no la vuelve irrelevante, porque ella concreta o determina un modo posible y legítimo (entre otros) de lograr los objetivos propuestos por tales principios. Si bien no hay forma de comprender y justificar lo que manda una regla si no es por referencia al o a los principios que pretende concretar o determinar,⁵⁶ tal regla es capaz de definir cuál de las distintas concreciones posibles o legítimas de ese o esos principios es la jurídicamente relevante.⁵⁷

⁵³ La explicación que ofrece Rodríguez-Blanco de la acción de legislar o de decidir judicialmente o de cumplir con las normas, como *acciones intencionales* que actualizan las capacidades de razonar prácticamente de quienes las realizan, a nuestro juicio resulta compatible con la visión propuesta en este epígrafe sobre la relación entre las reglas y los principios como partes de un proceso jurídico de determinación continuo. Para Rodríguez-Blanco, una acción intencional es una serie sucesiva de acciones dirigidas a un fin último de la acción (percibido este último como atractivo, conveniente y, por tanto, que posee las características de algo bueno o deseable para hacerse -good-making characteristics). Dicho fin ilumina y hace inteligible como partes de un todo a la mencionada serie de acciones. Así, la acción intencional es unificada por la intención final que opera como una razón para actuar y puede ser ofrecida a otros como una justificación. A partir de estas ideas, Rodríguez-Blanco afirma que si nuestras acciones intencionales se actualizan por un orden de razones para y en las acciones y por acciones que se basan finalmente en algo que se concibe como valioso, entonces los legisladores y los jueces necesitan concebir a ese orden de razones como conveniente y capaz de fundamentar sus reglas, directivas y decisiones. Cfr. V. RODRIGUEZ-BLANCO, *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 35, 45, 58 y 71.

⁵⁴ La idea de que las reglas tienen una autonomía limitada porque para comprenderlas y justificarlas es necesario hacerlo a la luz de los principios puede encontrarse en Dworkin. Al respecto, defiende que aplicar una norma jurídica supone preguntarse "...qué interpretación, de las diferentes interpretaciones admisibles del significado abstracto de un término, mejor desarrollan el conjunto de principios y de políticas públicas capaces de ofrecer la mejor justificación pública para dicha norma al momento de su aprobación". Cfr. R. DWORKIN, "Is there Really No Right Answer in Hard Cases", en *A Matter of Principle*, Mass., Harvard University Press, 1986, 129. Esta idea fue desarrollada en *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, 81 y 107-110 y explicitada en R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 65-68. Atienza y Ruiz Manero sostienen que los principios cumplen una función explicativa del derecho en dos sentidos: i) permiten sintetizar una gran cantidad de información; y ii) permiten entender al derecho como un conjunto de pautas dotado de sentido. Cfr. M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., 43 ss.

⁵⁵ Dworkin utiliza una doble distinción que puede ser útil para los fines de lo que se propone en este trabajo entre derechos básicos (*background rights*) y derechos institucionales y entre derechos abstractos y concretos. De esta última distinción concluye que los derechos abstractos ofrecen argumentos para los derechos concretos, pero las reclamaciones sobre derechos concretos son más definitivas que las puedan hacerse sobre los derechos abstractos. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., 161 ss. Más adelante sostendrá que los principios de la dignidad enuncian derechos muy abstractos y que todos los derechos derivan de estos derechos. Esto supone decir que todos los derechos surgen al preguntarnos qué exige la igualdad de consideración y respeto. Cfr. R. DWORKIN, *La justicia para erizos*, Trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, 402.

⁵⁶ Cfr. P. ZAMBRANO, "El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis", *Problema 4* (2010), 336, 358-360.

⁵⁷ Cfr. J. B. ETCHVERRY, "La relevancia del derecho que remite a la moral", *Problema 4* (2010), 233-234 y "La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa", *Dikaion 24* (2015), 66-85.

Poner en relación las reglas que fijan los plazos procesales con los principios que pretenden concretar puede ayudar a explicar, por medio de un ejemplo, lo que acaba de proponerse. Si bien el establecimiento de los plazos procesales por parte de las reglas responde a la búsqueda de celeridad en los procesos que resulte respetuosa del derecho de defensa u otros bienes, normalmente, cuando es necesario establecer dichos plazos, existen muchas posibles opciones *aceptables* de concretar tales principios, porque todas ellas satisfacen los bienes mencionados —celeridad y defensa—. Así, es una cuestión indiferente desde la perspectiva de los principios de celeridad procesal y defensa en juicio si el plazo para contestar una demanda civil es de 20 o 25 días. Simplemente es conveniente que quien tenga la autoridad para regular tal cuestión, lo haga de forma precisa. Sin embargo, esto no implica que dicho plazo podría ser de cualquier tipo, pues si es demasiado breve puede lesionar el derecho de defensa y si es demasiado largo atentar contra la celeridad procesal.

ii) Los distintos tipos de preceptos jurídicos como parte de un proceso gradual de determinación continuo

Resta precisar que el mencionado proceso continuo de determinación del derecho no es de un solo paso: de un principio a una regla. Más bien dicho proceso es continuo, escalonado y, por tanto, gradual. La práctica social del derecho surge por medio de una cadena de acciones que se explican y justifican por fines (en realidad, sub-fines o sub-principios) que a su vez se explican y justifican por otros fines superiores y así hasta llegar a unos fines (o principios) que no necesitan o admiten más fundamentación, explicación o justificación.⁵⁸ Estos principios son el punto de partida para razonar qué hacer, orientando nuestro razonamiento en un número indefinido de premisas y principios más específicos.⁵⁹ Algunos sub-principios, si bien son parte del fundamento de una rama del derecho (v. g., principio de legalidad), al no ser fines últimos, no tienen necesariamente la característica de tener una capacidad de guía limitada o solo orientadora o directiva hacia un bien, ni su aplicación necesariamente admite gradualidad o precisa ser concretado. Esto permitiría explicar por qué existen principios jurídicos (en realidad, sub-principios) que tienen una fuerza normativa más concluyente que otros. Si bien estos sub-principios con capacidad de guiar el razonamiento de modo más concluyente que otros principios cumplen una función de

⁵⁸ La idea del que la práctica jurídica es un proceso encadenado ha sido popularizada por Dworkin con su comparación con una novela encadenada escrita por varios autores. Al respecto cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 228 ss.

⁵⁹ Cfr. J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., 95-96 y n. III.3.

fundamentación con respecto a otras reglas y, por ello, parecen recibir el apelativo de “principios”; a su vez, ellos mismos se explican y fundamentan en otros principios que en último término suelen perder esa capacidad de guiar concluyentemente al razonamiento jurídico. Ejemplificando lo que acaba de sugerirse, puede decirse que el principio de legalidad, sub-principio sobre el que reposa buena parte del Derecho Penal, se explica y fundamenta, a su vez, en otro principio como el de la dignidad de la persona humana que si bien tiene la mayor capacidad justificadora, posee menor capacidad de guiar concluyentemente al razonamiento jurídico.⁶⁰

d) Principios que condensan la motivación de la legislación y principios intrínsecamente razonables

Teniendo en cuenta lo anterior es posible distinguir entre los principios que cumplen una función de fundamentación a partir de o por medio de la condensación de los motivos de una determinada regulación (Pcm), de aquellos que valen en sí mismos o cuya fundamentación se encuentra en su razonabilidad intrínseca (Pri).⁶¹ Como explica Cianciardo, los principios (Pri) “prescriben desde sí mismos” y “su existencia no depende de que hayan sido reconocidos en una Constitución” o Tratado (aunque sea conveniente dicho reconocimiento). Esto es así porque los principios (Pri) “reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios”. Esta capacidad de prescribir desde sí mismos supone que su validez no depende meramente del derecho positivo, lo que no significa que puedan existir y ser eficaces al margen de su positivación. Que su existencia y eficacia dependa de su reconocimiento histórico, no quiere decir que

⁶⁰ Sieckmann considera que los principios son exigencias de validez irrestrictamente iteradas. Cfr. J-R. SIECKMANN, “Principles as normative arguments”, cit., 198 ss. Esta idea parece compatible con la idea de que existen varios niveles de fundamentación de la decisión jurídica. Sin embargo, consideramos que el único modo en que el derecho puede finalmente justificar su obligatoriedad es apelando a algunos principios morales últimos, válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios. Dworkin considera que el principio de la dignidad (que exige que se trate a los miembros de una comunidad con igual consideración y respeto) es el más abstracto de todos y, por tanto, de él derivan el resto. Sin embargo, considera que este concepto es interpretativo, lo que supone que su conocimiento exigirá una justificación que no tiene un límite (salvo el agotamiento, la falta de tiempo o imaginación), ya que expresamente se advierte que no existe un principio rector fundamental que sea de por sí mismo verdadero. Cfr. R. DWORKIN, *La justicia para erizos*, cit., 150-151. Resulta interesante advertir que la función de guía o de dirección del razonamiento jurídico es distinguible de la función de fundamentación o justificación al punto que los principios con mayor capacidad para fundar en último término una decisión probablemente tengan una baja capacidad para guiar o dirigir al razonamiento.

⁶¹ Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, 123-124. Vigo considera que esta cuestión es una de las diferencias que pueden encontrarse entre los “principios generales del derecho” y los “principios constitucionales”. A nuestro juicio, esto dependerá, sobre todo, de si entendemos o no a los “principios generales del derecho” como la materialización del espíritu con que se sistematizó el derecho continental a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Cfr. R. VIGO, “Principios generales del derecho y principios constitucionales (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, *La Ley* 2011-A, 1129.

deriven por completo de quien lo positiva.⁶² Normalmente, esta clase de principios recogen derechos fundamentales, aunque es posible que en las Constituciones o Tratados de Derechos Humanos se reconozcan además de esta clase de principios, algunos otros que no prescriben primariamente por su intrínseca razonabilidad, sino principalmente por haber sido emitidos por la autoridad competente para la creación de tal tipo de normas.

5. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que existe un amplio desacuerdo entre los teóricos del derecho acerca de cuáles son los elementos característicos de los principios jurídicos e, incluso, sobre cuáles son los ejemplos paradigmáticos de dicho tipo de preceptos. Sin embargo, consideramos que esto puede explicarse advirtiendo que el concepto de “principio jurídico” es un concepto que admite varios significados o sentidos distintos, aunque pareciera que de algún modo relacionados. Por ejemplo, hablamos de principios jurídicos tanto para referirnos a una norma que prohíbe todo tipo de discriminación por razones de sexo, raza o religión, como para referenciar un precepto que establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano o para remitirnos la norma que establece que nadie puede enriquecerse sin una causa legítima.

A su vez, también sostuvimos que la propuesta de Alexy de caracterizar a los principios como mandatos de optimización, por un lado, no logra dar cuenta de casos centrales de lo que llamamos principios y, por el otro, no parece fértil para explicar la particular relación que se da entre los distintos tipos de preceptos jurídicos.

Al respecto, mostramos que existen casos centrales de lo que llamamos principios jurídicos con diferentes características y capacidad de guía. En concreto, distinguimos entre principios con fuerza directiva concluyente (capaces de concluir o finalizar el razonamiento que apela a estos principios), con fuerza directiva concluyente moderada (porque logran concluir definitivamente el razonamiento jurídico solo después de ser ponderados para establecer si se aplican a un determinado caso) y principios con fuerza directiva limitada (ya que para ser aplicados es necesario poner en relación estos principios con otras razones normalmente recogidas en otros principios y reglas).

⁶² Cfr. J. CIANCIARDO, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 904-905.

Por lo anterior, proponemos buscar el sentido focal de los principios en la especial función de fundamentación que desempeñan en el razonamiento jurídico. Esta propuesta, por un lado, permite explicar el apelativo de “principio” que reciben dichos preceptos y, por el otro, da cuenta de por qué tipos de normas tan diversos reciben ese mismo apelativo. Sucede que los principios jurídicos parecen especialmente útiles para justificar las decisiones jurídicas sea porque logran abarcar más situaciones o casos para justificar su solución, o porque al transparentar las razones o motivos que están detrás de los distintos preceptos facilitan que las decisiones que los siguen logren más acabadamente cumplir con los fines que se propone el derecho, o porque su fuerza obligatoria descansa sobre su propia razonabilidad.

Por último, entender a los principios jurídicos como puntos de partida del razonamiento jurídico a partir de los que el derecho se hace, conoce y aplica, también permite explicar de un modo especialmente atractivo la relación entre principios y reglas, como parte de un proceso de determinación continuo, escalonado y gradual.

civilistica.com

Recebido em: 22.5.2019

Aprovado em:

15.4.2020 (1º parecer)

28.4.2020 (2º parecer)

Como citar: ETCHEVERRY, Juan B. Una aproximación a los principios jurídicos desde su función de fundamentación. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/una-aproximacion-a-los-principios/>>. Data de acesso.