

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

LA DISOLUCIÓN DEL PRINCIPIALISMO

JUAN CIANCIARDO *

1. *Introducción*

El cuestionamiento de la coherencia y viabilidad del positivismo jurídico ha sido llevado a cabo desde numerosas perspectivas. Una de las que más frutos ha producido, por su contundencia crítica, por su idoneidad para proponer caminos nuevos y por el debate que ha generado, es la que ha tenido lugar desde la llamada "jurisprudencia de principios" o "constitucionalismo de principios"¹. Esta perspectiva surgió de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, tal como habían pretendido los positivismos del siglo pasado y de comienzos del siglo presente. Partiendo de allí, se llegó a sostener que la práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya

* Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional, Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Dirección de correo electrónico: juan.cianciardo@fd.austral.edu.ar. Este trabajo es una versión ampliada y corregida de un trabajo anterior, publicado con el título "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

1. El primer trabajo que debe mencionarse en esta dirección es Dworkin, R., "The model of rules (I)", *University of Chicago Law Review* (1967). También publicado en *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Traducción española

existencia no se negaba (a las que se denominó "reglas"), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que se llamó "principios"), de las que el positivismo no daba cuenta.

El objetivo de este trabajo consiste en llevar a cabo una puesta a prueba de los alcances y las consecuencias de la distinción entre principios y reglas. Para eso, se partirá de la exposición de los dos criterios de distinción más habituales (§2). A continuación se expondrá la crítica que formuló a esos criterios A. Aarnio (§3), para pasar luego al intento de conciliación entre la existencia de los principios y el positivismo que lleva a cabo L. Prieto Sanchís (§4). Mientras que Aarnio niega la existencia de una distinción estructural o fuerte entre principios y reglas, Prieto matiza su relevancia crítica. El trabajo concluye con un balance de las distintas posiciones y con el planteamiento de una salida alternativa, superadora, quizá, de las posturas criticadas (§5).

Como se verá, la "disolución" del principialismo que se anuncia en el título no proviene de negar la conexión entre el reconocimiento de la existencia de principios dentro del sistema jurídico y la aceptación de valoraciones éticas y políticas en el concepto de Derecho —que, por el contrario, resulta, en mi opinión, inevitable—, sino de afirmar que esta última conclusión surge también del análisis de la estructura y el funcionamiento de las reglas.

El interés y la importancia del tema pueden percibirse no sólo por lo dicho al comienzo, sino también por lo que su desarrollo

de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, 3era. reimpresión, Barcelona, Ariel, 1997 (primera edición de 1984). Un estudio descriptivo del impacto de este trabajo en Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006.

En palabras del propio Dworkin: "[m]e propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas" (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72).

representa en el contexto del Neoconstitucionalismo². Es un lugar cada vez más común afirmar que la distinción estructural de las normas en principios y reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del Derecho constitucional³. Se ha insistido con fuerza en ello desde mediados de siglo⁴, insistencia que se ha visto reforzada particularmente durante la década de los 80⁵, y la

2. Sobre el Neoconstitucionalismo, cfr., entre muchos otros: Carbonell, M., (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., y, más recientemente, Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los inicios del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005.

3. Las referencias a la importancia fundamental de esta distinción en la Teoría del Derecho contemporánea son numerosísimas. Cfr., v. gr., Prieto Sanchís, L., "Prólogo", en García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 17-20. Cfr., asimismo, Zagrebelsky, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S. p. a., 1992. Ed. en castellano, *El Derecho ductil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 16-18, con una referencia a la conexión entre principialismo y pluralismo: "(...) la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva (...). Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos" (p. 16).

4. Cfr. Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956. Ed. en castellano: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de Valenti Fiol, E., Barcelona, Bosch, 1961. Además del libro ya citado, puede verse Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Athenäum, 1972; *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Frankfurt, Klostermann, 1969; "Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale* V, Roma, 1952; "La garanzie della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale* V, Roma, 1952.

5. Como consecuencia de los trabajos de R. Dworkin. Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit.; *A matter of principle*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986. Sobre este autor, cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico (...)*, op. cit., pp. 219-323; Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 87 et seq; y Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", en: Dworkin, R., *Los*

última década⁶.

Según Alexy, la distinción entre principios y reglas "constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico"⁷. Forma, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución

derechos en serio, op. cit., pp. 7-29. Cfr. asimismo, los importantes desarrollos de R. Alexy en Alexy, R., "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), pp. 59-87; del mismo autor, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *ARSP*, Beiheft 25 (1985), pp. 13-29; y, especialmente, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. Ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1a. reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Una última versión de las ideas de Alexy sobre este asunto en Alexy, R., "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13/3 (2000), pp. 294-304. Una descripción del itinerario científico de Alexy en Seoane, J. A., "Un código ideal y procedimental de la razón práctica: la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy". A Coruña (2000), *pro manuscripto*. Este trabajo contiene, además, una acertada crítica a la teoría de la argumentación alexyana.

6. Cfr., v. gr., Prieto Sanchis, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, *passim*, del mismo autor, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, y "La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas", en AAVV., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 335-360; del mismo autor, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, *passim*; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, *passim*; Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil, op. cit.*, pp. 109-130; AAVV., *I principi generali del diritto*, Roma, Academia Nazionale dei Lincei, 1992. La citada obra de Zagrebelsky generó un interesante debate en España. Cfr., al respecto, A.F.D. XIII, 1996, "Hacia el Estado constitucional: un debate", pp. 17-173. Se trata de una sección monográfica dedicada al libro mencionado con artículos de M. Gascón, E. Alberti, P. Andrés Ibáñez, R. Blanco Valdés, J. A. García Amado, A. García Figueroa, R. Guastini, L. Prieto y A. Ruiz Miguel. Aquí interesa, sobre todo, el trabajo de Prieto Sanchis, L., "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)", pp. 125-158. Cfr., asimismo, más extensamente, Prieto Sanchis, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Distribuciones Fontamara S.A., 1997.

7. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 81.

de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que uno y otra han sido distinguidos.

2. Los criterios de distinción

Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados, y hasta cierto punto complementarios⁸. Quizá el mejor modo de entender el asunto consiste en partir de un ejemplo. Se transcriben a continuación dos normas:

Norma I): "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"⁹.

Norma II): "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (...) "¹⁰.

Ambas normas forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. La norma I) es un principio, la II), una regla. Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según la mayoría de los autores, básicamente desde dos niveles de análisis disjuntos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente.

8. Un desarrollo más amplio en Dworkin, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, pp. 72-94.

9. Art. 5.1. de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

10. Art. 8. 2. a) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (transcripto parcialmente).

a) En primer lugar, las normas transcritas serían distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, se sostiene, por su propia índole, la prescripción de la norma I (el respeto de la integridad física, psíquica y moral) puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento). Lo que la norma ordena es que sea observado en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada. La norma II, en cambio, ordena un algo que no admite distintos niveles de cumplimiento. Puede ser observado o no: no hay puntos intermedios, o el inculpado tiene la asistencia de un intérprete o no la tiene. Sobre la base de lo dicho, R. Alexy ha caracterizado los principios como "mandatos de optimización"¹¹.

b) Cuando mejor se percibiría la diferencia entre reglas y principios es en el momento de su aplicación. Más concretamente, en el momento de su colisión o conflicto con otras normas¹².

En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preterida¹³. Un conflicto de reglas, en efecto, "sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas"¹⁴. Imaginemos que a la norma II se le opone esta otra regla:

Norma III): Durante el proceso, los inculpados de nacionalidad argentina no tienen derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma nacional.

11. Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86.

12. *Idem*, p. 87.

13. "Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida" (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 78).

14. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 88.

De acuerdo con lo dicho, este hipotético conflicto normativo puede ser resuelto de dos modos: 1) introduciendo en la regla II) una excepción, que deje a salvo lo que establezca cada país respecto de sus nacionales; 2) declarando una de las dos reglas inválida, lo cual puede tener lugar, respectivamente, acudiendo al criterio o principio de competencia y al de jerarquía. El criterio de competencia resulta aplicable a las cuestiones jurídicas para cuya solución se brindan reglas provenientes de dos o más subsistemas jurídicos diferentes (p. ej., una norma federal y una provincial). La solución surge al determinar quién tiene la potestad normativa para regular la materia, de acuerdo con la distribución territorial y orgánica que se haya hecho de ella, habitualmente en sede constitucional. El criterio de jerarquía comporta, por su parte, un análisis del lugar que ocupan las reglas en cuestión en la pirámide normativa; aunque esto resulte insuficiente en caso de equivalencia, y habrá que acudir a reglas como *lex posterior derogat legi priori* y o el criterio de la *lex specialis*. "Lo fundamental es que es una decisión acerca de la validez"¹⁵, a diferencia de lo que ocurriría en los casos de colisiones de principios.

En efecto, según se sostiene, cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. "[E]sto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción"¹⁶.

3. La crítica de A. Aarnio a la distinción entre principios y reglas

Hasta aquí, los dos criterios que suelen utilizarse con más frecuencia a la hora de distinguir entre principios y reglas. Corresponde

15. *Ibidem*.

16. *Idem*, p. 89.

plantearse ahora la pertinencia de la crítica formulada por A. Aarnio a la viabilidad de estos criterios y, más ampliamente, de la distinción entre reglas y principios. Según Aarnio, desde el punto de vista lingüístico reglas y principios conforman una escala dividida en cuatro segmentos: a) las reglas (R); b) los principios que parecen reglas (RP); c) las reglas que parecen principios (PR); d) los principios (P)¹⁷. De acuerdo con el criterio de este autor, "la distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la aplicabilidad de una norma se desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Una norma puede, en consecuencia, ser más RP que PR, y viceversa"¹⁸.

La crítica de Aarnio parte de dos tesis: en primer lugar, afirma que la indeterminación e imprecisión pueden predicarse tanto de los principios como de las reglas. "Reglas y principios pueden tener teóricamente el mismo grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas nítidamente distintas"¹⁹. En segundo lugar, tanto reglas como principios, una vez que son "consideradas todas las cosas" (*all things considered*), permiten llegar a formulaciones normativas con un contenido preciso.

Desde esta perspectiva, Aarnio lleva a cabo una crítica a las dos tesis expuestas en el epígrafe anterior:

a) Rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización. El examen de esta cuestión, sostiene Aarnio, "necesita una clarificación conceptual. Sea P un principio; por ejemplo, un principio de libertad de expresión. El principio mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado "más o menos". O se optimiza o no se optimiza. El principio (jurídico), por su parte, se refiere

17. Cfr. Aarnio, A., "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 4 (2000), pp. 593-602, p. 596.

18. *Idem*, pp. 596-597.

19. *Idem*, p. 597.

a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos. El mandato de optimización, por tanto, dice algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación"²⁰.

b) Aarnio critica también la distinción entre principios y reglas que se apoya en el modo de colisión de unos y otras. Parte para ello de la conocida diferenciación entre validez formal, validez por la vigencia o eficacia y validez axiológica. "No se trata sólo de perspectivas alternativas sobre la validez; más bien, son variedades semejantes a las variedades de la bondad. Por tanto, ninguna de ellas posee una prioridad PF [*prima facie*] sobre las otras. Pertenecen a diferentes juegos de lenguaje, pero con parecido de familia, y el uso de dichos juegos depende del contexto material"²¹. Según Aarnio, la noción de regla jurídica "estricta", de acuerdo con la cual las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada, y en caso de colisión entre ellas una es declarada inválida y la otra aplicada, no refleja la realidad en su conjunto, sino sólo un tramo del procedimiento hermenéutico, puesto que vale únicamente una vez las reglas han sido interpretadas, y no antes. Antes, las normas son igualmente válidas, y requieren una interpretación de sus respectivas formulaciones. "Más aún, dos normas pueden ser válidas PF en sentido estricto también cuando una de ellas es una norma general y la otra especial. Ahí no se necesita que exista un conflicto entre las dos ni siquiera una vez interpretadas ATC [*all things considered*]. Sencillamente, una de ellas decae sobre la base de la máxima *lex specialis*"²².

4. La conciliación entre positivismo y principialismo

Un conjunto de autores contemporáneos, que han sido denominados genéricamente "positivistas incluyentes"²³, ha mantenido

20. *Idem*, p. 598.

21. *Idem*, p. 600.

22. *Idem*, p. 601.

23. Cfr., al respecto, Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, *passim*, entre otra bibliografía relevante. En lengua castellana, cfr. Moreso, J. J., "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en Navarro, P. E. y Redondo M. C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002. Una

que la existencia de principios no supone una crítica del positivismo jurídico, puesto que la regla de reconocimiento positivista es capaz de incluirlos dentro de su descripción del universo normativo.

Más allá de que deba o no ser incluido entre los "positivistas incluyentes", el Prof. Luis Prieto Sanchis ha sostenido esta última idea. Según su opinión, la distinción entre principios y reglas, aunque real, no importa —como algunos pretenden— ningún avance en la crítica al positivismo jurídico²⁴. Este autor fundamenta la afirmación precedente en una serie de razones:

a) Prieto reformula la noción de positivismo jurídico. Parte de la conocida definición que hace del positivismo N. Bobbio²⁵. Como es sabido, para el profesor italiano el positivismo jurídico es básicamente tres cosas²⁶: a) una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del Derecho²⁷; b) una teoría del Derecho que se obtiene en concordancia

descripción completa en Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente (...)*, *op. cit.*, *passim*. Una valoración, en Serna, P., "El inclusive legal positivism ante la mirada del observador", en AAVV, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad, 2006, pp. 481-495.

24. Cfr. Prieto Sanchis, L., "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)", A.F.D. XIII, 1996, pp. 125-158, *passim*. Cfr., asimismo, Prieto Sanchis, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 93-96.

25. Cfr. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappachelli, 1979. Existe una traducción al castellano de R. de Asís y A. Greppi: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993. Cfr., asimismo, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 3a. ed., 1977.

26. Cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 141-143.

27. Según Bobbio, "[e]l positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismo caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su neutralidad valorativa, o sea, en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho" [Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 145]. El iusfilósofo italiano explica las razones de la neutralidad valorativa positivista con las siguientes palabras: "[p]ara un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente objetivo de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre subjetivos (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad" (*ibidem*).

con el anterior postulado epistemológico²⁸; c) una ideología sobre el Derecho, que le confiere a este último un valor positivo por el solo hecho de existir²⁹.

28. Dicha teoría comprende las siguientes seis tesis: a) la definición del Derecho en función de la coacción. Según Bobbio, "[e]l positivismo jurídico se caracteriza por el hecho de que define constantemente el Derecho en función de la coacción, en el sentido de que considera que es un elemento esencial y típico del Derecho". Esta tesis, que ha sido llamada también "tesis de las fuentes sociales", postula la definición del Derecho por su vigencia efectiva. Será derecho todo orden coactivo vinculado al poder social, concretamente al Estado moderno; b) la teoría de las fuentes del Derecho. Según el filósofo italiano, son fuentes del Derecho "los hechos o los actos a los que un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas" [Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 169]. Para el positivismo sólo la ley, es decir, la norma general y abstracta, es fuente de calificación jurídica. Esta tesis niega que existan materias que sean per se jurídicas; c) la teoría imperativista de la norma jurídica. Según Bobbio, los autores positivistas concuerdan en considerar que la norma jurídica, desde un punto de vista estructural, es un mandato (cfr. *ibid.*, p. 187). El acuerdo desaparece, sin embargo, al momento de definir exactamente en qué consiste ese mandato. El problema surge al considerar la existencia de normas permisivas, que confieren facultades o competencias. Para algunos autores, estas normas son reductibles a imperativos. Para otros, no. Lo que parece claro, sin embargo, es que si desea mantenerse al deber como centro de la estructura normativa (y por tanto jurídica) habrá que ampliar en una medida importante su conceptualización; d) la tesis de la plenitud del Ordenamiento. Para Bobbio, la teoría del Ordenamiento jurídico es la contribución original del positivismo a la teoría general del Derecho (cfr. *ibid.*, p. 201). Esta teoría se basa en tres conceptos fundamentales que se atribuyen al Ordenamiento: unidad, coherencia y plenitud. "Estas tres características son las que hacen que el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen" (*ibid.*, p. 202). De las tres, la más importante es la plenitud, por ser la característica más típica, el punto central del positivismo jurídico; e) la tesis de la coherencia del Ordenamiento. Esta tesis postula la inexistencia de antinomias, o sea, de normas incompatibles entre sí (cfr. *ibid.*, p. 211). En realidad, se acepta que, de hecho, prima facie, se den contradicciones entre lo establecido por una y otra norma. Lo que ocurre es que todas esas contradicciones pueden ser superadas con facilidad invalidando una de las normas en juego, esto es, expulsándola del Ordenamiento; f) la tesis de la función interpretativa de la jurisprudencia. El Ordenamiento jurídico es aplicado por el juez a los casos concretos mediante una deducción (cfr. Bobbio, N., *ibid.*, pp. 215-225). La premisa mayor es la norma, la menor el caso, y la conclusión la sentencia. El juez no produce derecho, sino que reproduce en el caso el derecho creado por el legislador. Esto conduce a una concepción específica de la ciencia jurídica, el "formalismo científico", que tiene dos notas fundamentales: es una ciencia constructiva y deductiva. Es decir, a partir de conceptos jurídicos fundamentales construidos desde el Ordenamiento, y que por tanto no pueden ser cuestionados o revisados, el jurista debe obtener mediante deducciones las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles (cfr. *ibid.*, p. 223).

29. La llamada "tesis de la obediencia" se asienta sobre la "creencia en ciertos valores y sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo

La reformulación que lleva a cabo Prieto toma como punto de partida la admisión de una de las tesis bobbianas como tesis central, y la simultánea eliminación o matización de las tesis restantes. La tesis central es la de la separación conceptual entre Derecho y moral, entendiéndose por moral "no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral "buena", correcta o racional"³⁰. Desde este punto de vista, algunas de las versiones del llamado "principialismo" resultan compatibles con el positivismo: "que los principios expresan valores morales parece evidente, pero que tales valores pueden pertenecer a cualquier moral, incluso a una profundamente injusta, no parece menos cierto"³¹.

b) En segundo lugar, el sostenimiento de la tesis inicial requiere el sostenimiento de un concepto de principio "débil". Según Prieto, los principios constitucionales "o bien se expresan en forma de enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de Derecho (leyes en sentido amplio, sentencias), o bien representan una práctica social verificable (costumbres), únicas formas de manifestarse la experiencia jurídica;

hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de la correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución se realiza a menudo a través de dos tipos de argumentaciones: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida por respeto a las leyes en contraposición a aquella obligación externa o por temor a la sanción" (Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 46-47).

30. Prieto Sanchís, L., "El constitucionalismo de principios (...)", art. cit., p. 142.

31. *Ibid.*, p. 147.

luego entonces estos principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista"³².

c) En tercer lugar, según Prieto, el principialismo —aunque incongruente con la tesis de la aplicación mecanicista del Derecho— no resulta incompatible con las teorías positivistas de la interpretación más recientes. En efecto "el constitucionalismo y el género de teoría interpretativa que éste requiere pueden considerarse abiertamente contradictorios con el mecanicismo de los primeros positivistas, pero no con la tesis de la discrecionalidad, al menos en tanto no llegue a sostenerse la idea de unidad de solución correcta"³³.

d) Aclarados los puntos precedentes, las posibles incongruencias subsistentes entre principios y positivismo se resuelven mediante una flexibilización de la estructura de la norma jurídica. Sostiene Prieto que "el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica. En la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada, al igual que debe revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra"³⁴.

5. *Apuntes para un intento de superación*

La argumentación de Aarnio, resumida en uno de los epígrafes precedentes, resulta a nuestro juicio impecable (§a), aunque debe ser matizada (§b) y completada (§c).

32. *Ibid.*, p. 131.

33. *Ibid.*, p. 141.

34. *Idem*, pp. 133-134.

a) Lo impecable es la crítica a la existencia de una distinción "fuerte" entre principios y reglas, tal como dicha distinción es formulada habitualmente. No hay inconveniente en aceptar, por tanto, que un principio es "un enunciado normativo de carácter muy general y abstracto", que "no tiene una estructura diferente de la norma [regla] concreta", sino "diferencias de grado o determinación"³⁵.

b) En cuanto a la matización, procede decir lo siguiente: existe una perspectiva de distinción entre algunos principios (Pa) y un conjunto de normas integrado por el resto de los principios (Pb) y la totalidad de las reglas (R) que no suele ser estudiada. Dicha perspectiva es la que proporciona el examen del origen de la fuerza deóntica de una cierta clase de principios y el resto de los principios y las reglas. En efecto: a) los principios Pa —que pueden ser llamados "principios razonables *per se*"— prescriben desde sí mismos; y su existencia no depende de que hayan sido reconocidos en una Constitución (aunque, obviamente, es saludable su reconocimiento positivo); b) los principios Pb y las reglas, en cambio, deben su fuerza deóntica preponderantemente al legislador o al juez que las creó.

La diferencia se observa también desde el siguiente punto de vista, complementario del anterior: los principios reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios, y por eso apuntan a estados de cosas y no establecen cursos de acción concretos; las reglas, en cambio, apuntan a alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas, y lo hacen estableciendo cursos de acción concretos³⁶.

¿Qué significa que los principios Pa "prescriben preponderantemente desde sí mismos"? Simplemente, que su validez no depende del derecho positivo. Una afirmación así plantea inmediatamente el problema de la determinación del contenido concreto de esos principios. Esto conecta, indudablemente, con el tema del derecho natural. Aunque la clarificación de esta cuestión excede, y mucho, el alcance de este trabajo, vale la pena mencionar aquí lo

35. Laporta, F., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema* 67 (1985), pp. 3-31, pp. 6 y 5.

36. Debo esta última idea a conversaciones mantenidas con el Prof. Pedro Serna.

siguiente: la existencia de factores naturales en los principios que "prescriben preponderantemente desde sí mismos" no significa que dichos principios existan y sean coercibles al margen de su positivización. En efecto, "[l]os factores naturales de que venimos hablando sólo pueden pertenecer al orden jurídico en cuanto están integrados en él, es decir, en cuanto se incorporan al mismo a través de alguna de las fuentes o momentos del derecho, en cuanto son *conocidos* por los operadores jurídicos (...) [i] natural y positivo no dicen referencia a tipos de normas diferentes sino al origen del elemento normativo"³⁷.

Tampoco corresponde extenderse aquí sobre las consecuencias de la existencia de principios Pa. Cabe, no obstante, resaltar algo obvio: se trata, indudablemente, de consecuencias de gran relieve; la presencia de esta clase de principios en un orden normativo cualquiera permite identificarlo como orden jurídico. Y, al revés, la ausencia de estos principios de un orden normativo lo califica como orden jurídico deficientemente jurídico, o lo clasifica como no jurídico, según cuáles sean los principios ignorados³⁸. Por otra parte, de no existir esta clase de principios resultaría incomprensible e injustificable hablar, como se hace con frecuencia en los textos constitucionales y en la jurisprudencia constitucional, del contenido "sustancial", "esencial" o "inalterable" de

37. Serna, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, p. 115. Cfr. asimismo, del mismo autor, "Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en AAVV, *Horizontes de la Filosofía del Derecho*. Homenaje a Luis García San Miguel, Alcalá, Universidad, 2002, vol. 2, pp. 737-765, dedicado, entre otras cosas, a esta cuestión. Un desarrollo amplio de ideas conexas en Ollero Tassara, A., *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, *passim*.

38. Cfr., al respecto, las interesantes ideas de R. Alexy en *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 73-82. Cfr., sobre esto último, Cianciardo, J., "Cognitivism débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica", *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* I (2001), pp. 105-138, pp. 121-124 y 128-129. Una crítica interesante y profunda de este aspecto del pensamiento de Alexy en Seoane, J. A., "La doctrina clásica de la lex injusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 6 (2002), pp. 761-790.

los derechos³⁹. Tampoco podría explicarse que la argumentación constitucional contemporánea se desarrolle casi por completo de la mano de herramientas como la máxima de proporcionalidad o el principio de razonabilidad, que pueden caracterizarse sobre todo por su ductilidad para operar con principios de aquel tipo⁴⁰.

c) Lo anterior permite cuestionar el planteamiento general de Prieto Sanchís, que niega que la aparición de los principios deba producir el abandono de las tesis principales del positivismo jurídico. En efecto, la idea de "razonabilidad intrínseca" no se sostiene sin la simultánea aceptación de una vinculación entre Derecho y moral. Que un principio *Pa* sea razonable intrínsecamente significa que no depende para su razonabilidad de su reconocimiento por parte de legislador alguno. Es verdad que, en tanto principio, su existencia como tal deriva de una formulación concreta, en un lugar y momento histórico determinados. Pero existencia no es lo mismo que razonabilidad. O, dicho de otro modo, los principios *Pa* no derivan por completo de quien los positiviza. Por lo demás, y sobre esto no resulta necesario abundar aquí, la "razonabilidad intrínseca" bien puede ser traducida como "moralidad intrínseca" o "justicia intrínseca"⁴¹.

Con los restantes principios y las reglas las cosas no son muy distintas, aunque pueden hacerse algunas distinciones de grado. En efecto, unos y otros también descansan, aunque no preponderantemente, sobre criterios de razonabilidad que no dependen del legislador.

39. Cfr. CN 28, CE 53, LF 19, etc. Cfr. asimismo, p. ej., *Hagelin, Ragnar c. Estado nacional-Poder Ejecutivo*, L. L. 1995-A-68 (1993). Se afirma allí que "los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28)" (voto de los jueces Fayt y Moliné O'Connor, cons. 7).

40. Cfr., al respecto, Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, *passim*.

41. Aunque los términos en que muchas veces se asocian estos conceptos conduzca a problemas insolubles, justamente criticados por el positivismo. Cfr. Serna, P., "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", *Persona y Derecho* 37-2 (1997) pp. 279-314. esp. pp. 306-314.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito: el legislador pudo en su momento establecer que el semáforo rojo significaría "prohibido el paso" y el verde "autorizado el paso", o lo contrario, y que la calle en cuestión fuese o no doble mano, o mano en una dirección o en otra; es decir: el legislador contó con un margen enorme de maniobra: constituyó, de algún modo, la juridicidad y antijuridicidad de conductas que en principio eran indiferentes. Ahora bien, esto no significó una ausencia total de condicionamientos a la hora de legislar. El legislador no hubiera podido establecer, siguiendo con el mismo ejemplo, que los semáforos estarían en rojo varias horas, y en verde unos pocos segundos, o que todas las calles de una ciudad serían mano en una sola dirección. La razón de esto último radica en que una norma como esa frustra el logro de la finalidad que inspira y vertebrada toda la regulación del tráfico, a saber: facilitar la velocidad y la seguridad de la circulación, y remover los obstáculos que las dificulten.

Así las cosas, desde la perspectiva expuesta el reconocimiento de una naturaleza "bifronte" en los principios y reglas —que se hace más evidente en el caso de los principios *Pa*— afecta sin duda alguna la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: cada norma y cada derecho se conectan más o menos directamente con la moral. Desde la posición que aquí se mantiene, el acierto del principialismo respecto de la "tesis de la separación" es, por decirlo de algún modo, didáctico: consiste en haber hecho visible con ejemplos claros e inteligibles —valiéndose de los principios— lo que ocurre con todas las normas, también con las reglas.