

# PRINCIPIOS Y REGLAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Juan CIANCIARDO\*

**RESUMEN:** El autor examina los criterios para distinguir entre los principios y las reglas, tomando como punto de partida la teoría de Robert Alexy. El autor expone las críticas que Aulis Aarnio y Luis Prieto Sanchís han hecho a dicha teoría. El primero de éstos niega que exista una distinción entre unos y otros, mientras que el segundo sostiene que, aunque existe tal distinción, es irrelevante, pues no significa ningún avance en la crítica al positivismo jurídico. Posteriormente, el autor rebate cada uno de estos argumentos críticos y elabora una propuesta de distinción entre principios fuertes y otros principios, enfatizando la razonabilidad de los primeros.

**Palabras clave:** principios, reglas, teoría jurídica, positivismo jurídico.

**ABSTRACT:** *The author examines the criteria to distinguish between principles and rules, taking as a point of departure the theory of Robert Alexy. The author explains the critique developed by Aulis Aarnio and Luis Prieto Sanchís to said theory. The former denies the existence of a distinction between principles and rules; while the latter argues that, even if the distinction is admitted, it is irrelevant, because it adds little in support of the critique to legal positivism. Finally, the author contradicts the two critical arguments mentioned, and develops a proposal that distinguishes between "strong" principles and other kind of principles, stressing the reasonableness of the former.*

**Descriptors:** *principles, rules, legal theory, legal positivism.*

\* Profesor de filosofía del derecho y de derecho constitucional, Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los criterios de distinción*. III. *La crítica de A. Aarnio a la distinción entre principios y reglas*. IV. *La crítica de L. Prieto Sanchís*. V. *Una respuesta a las críticas*.

## I. 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, tanto por su contundencia crítica como por su idoneidad para proponer caminos nuevos, es la que ha tenido lugar desde la llamada “jurisprudencia de principios” o “constitucionalismo de principios”. Esta perspectiva surge 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 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 examinar los principios y las reglas desde la perspectiva de los criterios que se han dado para distinguirlos entre sí. Serán expuestas, asimismo, las críticas que formulan a esos criterios A. Aarnio y L. Prieto Sanchís. El primero de ellos niega la existencia de la distinción; el segundo, su relevancia. El capítulo concluye con un balance de las distintas posiciones y con el planteamiento de una salida alternativa, superior, quizá, de las posturas criticadas.

## II. LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN

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 constitucional.<sup>1</sup>

Se ha insistido con fuerza en ello desde mediados de siglo,<sup>2</sup> insistencia que se ha visto reforzada particularmente durante la década de los ochenta,<sup>3</sup> y la última década.<sup>4</sup>

1 Las referencias a la importancia fundamental de esta distinción en la teoría del derecho contemporánea son numerosísimas. *Cfr.*, por ejemplo, Prieto Sanchis, 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.

2 *Cfr.* Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956 (edición en castellano: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961). Véase también: *id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Athenäum, 1972; *id.*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Frankfurt, Klostermann, 1969; *id.*, "Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, Roma, 1952, t. V; *id.*, "La garanzia della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale* V, Roma, 1952.

3 Como consecuencia de los trabajos de R. Dworkin. *Cfr.* Dworkin, R., *Taking Rights seriously*, London, Duckworth, 1978 (edición en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2a. reimpr., Barcelona, Ariel, 1995); *id.*, *A matter of principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985; e *id.*, *Laws Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986. Sobre este autor, *cfr.* García Figueroa, A., *op. cit.*, nota 1, pp. 219-323; Prieto Sanchis, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 87 y ss.; y Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, R., *Los derechos...*, *cit.*, en esta misma nota, pp. 7-29. *Cfr.* asimismo, los importantes desarrollos que se encuentran en Alexy, R., "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, pp. 59-87; *id.*, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *ARSF*, Beiheft 25, 1985, pp. 13-29; y, especialmente, *id.*, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996 (edición en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1a. reimpr., 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 Iuris*, 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.

4 *Cfr.*, por ejemplo, Prieto Sanchis, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, *passim*; asimismo: *id.*, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998 e *id.*, "La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas", en varios autores, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 335-360; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, *passim*; Zagrebelsky, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Turin, Giulio Einaudi editore, 1992 (edición en castellano:

## 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.<sup>5</sup>

Constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución 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. Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados y hasta cierto punto complementarios.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

[Norma II:] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del

*El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-130; varios autores, *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, varios autores, "Hacia el Estado constitucional: un debate", AFD XIII, 1996, 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)", AFD..., *cit.*, en esta misma nota, pp. 125-158. Cfr., asimismo, más extensamente, Prieto Sanchis, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

5 Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, *cit.*, nota 3, p. 81.

6 Un desarrollo más amplio en Dworkin, R., *Los derechos...*, *cit.*, nota 3, pp. 72-94.

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

inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.<sup>8</sup>

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 distintos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente:

- a) En primer lugar, las normas transcritas son distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, 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. Esta diferencia es causa de que la interpretación de los principios sea con frecuencia más complicada que la de las reglas. Sobre la base de lo dicho, R. Alexy ha caracterizado los principios como “mandatos de optimización”.<sup>9</sup>
- b) Cuando mejor se percibe 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 normas.<sup>10</sup>

En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precdencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preterida. Un conflicto de reglas, en efecto, “sólo puede

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

9 Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, cit., nota 3, p. 86.

10 *Ibidem*, p. 87.

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".<sup>11</sup> 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.*

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 (por ejemplo, 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",<sup>12</sup> a diferencia de lo que ocurre en los casos de colisiones de principios.

En efecto, 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,

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>12</sup> *Idem*.

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”.<sup>13</sup>

### III. 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 plantearse ahora la pertinencia de una crítica reciente a la viabilidad de estos criterios y, más ampliamente, de la distinción entre reglas y principios. Según A. 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).<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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 nitidamente

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 89. Sólo una salvedad: desde nuestro punto de vista, en el derecho constitucional existen relaciones de los principios entre sí y de las reglas entre sí, respecto de un mismo caso, distintas de las colisiones o conflictos. También en este otro tipo de relaciones puede verse la diferencia estructural entre reglas y principios. Por el momento no corresponde agregar más, ya que la finalidad explicativa de este capítulo se alcanza con lo expuesto en el texto, aunque algo se dirá al final del trabajo.

<sup>14</sup> *Cfr.* Aarnio, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4, 2000, pp. 593-602, y 596.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 596-597.

distintas".<sup>16</sup> 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 capítulo 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 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.<sup>17</sup>

- 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.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 597.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 598.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 600.

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 que 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*”.<sup>19</sup>

#### IV. LA CRÍTICA DE L. PRIETO SANCHÍS

L. Prieto Sanchís entiende que la distinción entre principios y reglas, aunque real, no importa —como algunos pretenden— ningún avance en la crítica al positivismo jurídico.<sup>20</sup> El sostenimiento de esta tesis requiere de un esfuerzo argumentativo considerable que este autor lleva a cabo mediante las siguientes líneas de análisis:

a) Prieto reformula la noción de positivismo jurídico. Parte de la conocida definición que hace del positivismo N. Bobbio.<sup>21</sup>

Para este autor, el positivismo jurídico es básicamente tres cosas:<sup>22</sup>

1) Una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del derecho.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 601.

<sup>20</sup> Cfr. Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de principios...”, *cit.*, nota 4, pp. 125-158 (*passim*). Cfr., asimismo, Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 93-96.

<sup>21</sup> Cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Turín, Giappachelli, 1979 (edición en castellano: *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993). Cfr., asimismo, *id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 3a. ed., Milán, Edizioni di Comunità, 1977.

<sup>22</sup> Cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, *cit.*, nota anterior, pp. 141-143.

<sup>23</sup> Según Bobbio, “[e]l positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por

## 2) Una teoría del derecho que se obtiene en concordancia con el anterior postulado epistemológico.<sup>24</sup>

convertir al derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos 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...*, cit., nota 21, 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”, Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota.

24 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...*, cit., nota 21, 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; *cf.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota, 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; *cf.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota, 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”, *cf.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota, 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; *cf.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota, 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; *cf.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, cit., en esta misma nota, pp. 215-225. La premisa mayor es la norma, la menor el caso, y la conclusión

3) Una ideología sobre el derecho, que le confiere a este último un valor positivo por el solo hecho de existir.<sup>25</sup>

La reformulación 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, entendiendo por moral “no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral ‘buena’, correcta o racional”.<sup>26</sup> 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”.<sup>27</sup>

b) En segundo lugar, el sostenimiento de la tesis inicial requiere el sostenimiento de un concepto de principio “débil”. Según Prieto, los principios constitucionales:

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 contruidos 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.* Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, *cit.*, en esta misma nota, p. 223.

25 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 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.

26 Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de principios...”, *cit.*, nota 4, p. 142.

27 *Ibidem*, p. 147.

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; luego entonces estos principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista.<sup>28</sup>

- 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”.<sup>29</sup>
- 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.<sup>30</sup>

28 *Ibidem*, p. 131.

29 *Ibidem*, p. 141.

30 *Ibidem*, pp. 133-134.

## V. UNA RESPUESTA A LAS CRÍTICAS

La argumentación de Aarnio, resumida en uno de los capítulos precedentes, resulta a nuestro juicio impecable, aunque debe ser matizada y completada.

Lo impecable es la crítica a la existencia de una distinción “fuerte” entre principios y reglas, tal como dicha distinción es formulada habitualmente. En efecto, existen reglas que perviven a la colisión con otras reglas, y que admiten distintos niveles de cumplimiento. 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”.<sup>31</sup>

Lo que debe matizarse es el alcance del rechazo de la distinción. En efecto, si bien es verdad que hay reglas que son indistinguibles de los principios desde los criterios distintivos que se suelen emplear, debe admitirse que dichos criterios tienen, *prima facie*, utilidad e importancia.<sup>32</sup>

Además de la matización de la crítica de Aarnio, procede agregar lo siguiente: existe una perspectiva de distinción “fuerte” o “estructural” entre algunos principios (Pa) y un conjunto de normas integrado por el resto de los principios (Pb) y la totalidad de las reglas (R). 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 pro-

31 Laporta, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, 67, 1985, pp. 3-31, especialmente 6 y 5.

32 Me he ocupado de esto en Cianciardo, J., “Los principios en el derecho constitucional (una aproximación desde la jurisprudencia)”, inédito.

pios 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 concretos.<sup>33</sup>

¿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 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 [:] natural y positivo no dicen referencia a tipos de normas diferentes sino al origen del elemento normativo.<sup>34</sup>

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 clasifica a

33 Debo esta última idea a conversaciones mantenidas con el profesor Pedro Serna.

34 Serna, P., *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, p. 115. *Cfr.* asimismo, más recientemente, el excelente trabajo Serna, P. “Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en varios autores, *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*.

un orden normativo cualquiera como orden no jurídico.<sup>35</sup> 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 los derechos.<sup>36</sup>

Lo anterior supone la inaceptabilidad del 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”.<sup>37</sup>

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. Piénsese, por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito: el legislador pudo en su momento establecer que el semáforo

<sup>35</sup> Cfr., al respecto, las interesantes ideas en Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 73-82. Cfr., al respecto, Cianciardo, J., “Cognitivismo 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, 121-124 y 128-129.

<sup>36</sup> Cfr. CN 28, CE 53, LF 19, etcétera. Cfr. asimismo, por ejemplo, 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).

<sup>37</sup> 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”, *P y D*, 37-2, 1997, pp. 279-314, especialmente 306-314.

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 vertebra toda la regulación del tráfico, a saber: facilitar la circulación, remover los obstáculos que la dificulten.

Así las cosas, 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.