

Ratti Mendaña, Florencia

Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista

The legal principles: historical review and current conception from neoconstitucionalism

Prudentia Iuris N° 79, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ratti Mendaña, F. (2015). Los principios jurídicos : revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista [en línea], *Prudentia Iuris*, 79. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/principios-juridicos-revision-historica.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS:
REVISIÓN HISTÓRICA Y CONCEPCIÓN ACTUAL
DESDE LA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA***

*The Legal Principles: Historical Review and
Current Conception from Neoconstitutionalism*

Florencia Ratti-Mendaña**

Resumen: El texto analiza el lugar que los principios jurídicos han tenido a lo largo de la historia del Derecho y especialmente su importancia en la perspectiva del actual neoconstitucionalismo. Además, se detiene en la relación de los principios con las reglas y los valores, a fin de dilucidar si aquellos términos se identifican o se diferencian, y las consecuencias jurídicas que de uno y otro caso podrían derivarse.

Palabras claves: Principios jurídicos - Neoconstitucionalismo - Reglas - Valores.

Abstract: The text analyzes the place that the legal principles have along the history of law and especially its importance in view of the current neoconstitutionalism. Besides stops in relation to the rules principles and values in order to determine whether those terms are identified or differ, and the legal consequences of the two cases could result.

Key-words: Legal principles - Neoconstitutionalism - Rules - Values.

* Este trabajo fue presentado como trabajo final en el Seminario de Doctorado “Filosofía y Teología orientadas al Derecho”, a cargo del Dr. Félix Lamas, en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Agradezco al Dr. Santiago Legarre y a Nicolás Sánchez Frascini por sus valiosas correcciones.

** Abogada (UCA, 2012). Becaria doctoral (CONICET, 2014-2019). Área de investigación: Derecho Constitucional. Docente asistente en la Facultad de Derecho de la UCA y Docente con dedicación simple en la Facultad de Derecho de la UNLZ. Autora y coautora de diversos artículos, capítulos de libros y estudios publicados en revistas y editoriales de su especialidad.

I. Introducción

El término “principio” ha sido utilizado en el ámbito jurídico desde el Derecho Romano hasta la actualidad. Sin embargo, no siempre se le ha atribuido el mismo significado. Durante mucho tiempo, los principios fueron una verdadera –aunque residual– fuente de Derecho que coadyuvaba a los jueces a hallar la solución justa en el caso concreto, por medio de parámetros generales y abstractos, a los que se acudía ante la laguna, oscuridad o insuficiencia de la ley. Más adelante, el positivismo formalista, en su objetivo de depurar el Derecho, los colocaría fuera de su órbita.

El neoconstitucionalismo, por su parte, hace un uso especial del término, que parece alejarse tanto de la tradición románica como de la positivista, para tomar un nuevo rumbo. Aquellos principios que antes servían de ayuda en la interpretación de las leyes, hoy tienen un papel protagónico: están consagrados expresamente en las Constituciones y parecen ser la fuente de inspiración (*ex ante*) y criterio de validez (*ex post*) de todo el ordenamiento jurídico.

Algunos ven en esto un abandono de la concepción jurídica positivista¹, mientras que para otros solo es el nuevo ropaje de una concepción que no se diferencia esencialmente de aquella². Unos y otros admiten, de cualquier modo, el rol nuclear que tienen hoy en día en la Filosofía del Derecho.

A raíz de ello es que en el presente trabajo se intentará examinar preliminarmente el significado y la función de los principios a lo largo del tiempo y a medida que ha ido modificándose la concepción de Derecho, con el objeto último de echar luz sobre su significado y función en la actualidad. Se prestará especial atención a la relación de los principios con las reglas y los valores, a fin de dilucidar si aquellos términos se identifican o se diferencian, y las consecuencias jurídicas que de uno y otro caso podrían derivarse.

II. Principios, primeros principios y principios jurídicos

II.1. Principios

Principio es aquello de lo cual algo procede, sea en la línea del ser, del conocer o del obrar; “lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se

1 Vigo, R. (2001). “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría jurídica actual”. En *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Universidad de Navarra, N° 44, 65-102.; “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”. En *La Ley* 2014-A. Buenos Aires, 925; “Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”. En *La Ley* 2011-A. Buenos Aires, 1129.

2 Bandieri, L. M. (2009). “Notas al margen del neoconstitucionalismo”. En *EDCO*. Buenos Aires, disponible en <http://fccuniversitario.files.wordpress.com/2012/09/notas-sobre-el-neoconstitucionalismo1.pdf>, última visita el 19-1-2015; (2012). “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”. En *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*. Palazzo, E. (dir.). Buenos Aires. El Derecho, 33-53; Portela, J. (2011). “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”. En *Gaceta Constitucional*, T. 48, 271-286; Santiago, A. (h). “Neoconstitucionalismo”. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Buenos Aires, Volumen XXXV-II, 241-264.

conoce”³. La Real Academia Española, entre las acepciones que brinda de este término⁴, abraza esa triple perspectiva:

- a) “primer instante del ser de algo” (lo primero en el ser);
- b) “causa, origen de algo” (lo primero en el ser);
- c) “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta” (lo primero en el conocer o en el obrar);
- d) “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia” (lo primero en el conocer);
- e) “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes” (lo primero en el conocer).

II.II. Primeros principios

Toda ciencia basada en la razón o que participa en algo del razonamiento versa sobre causas y principios, ora más rigurosos, ora más simples⁵.

La afirmación de Aristóteles deja en claro que cada ciencia tiene sus principios y sus causas, y que no todos los principios son de igual índole.

Santo Tomás, por su parte, dirá: “[...] los primeros principios indemostrables pertenecen al hábito del entendimiento; y las conclusiones deducidas, al hábito de la ciencia. De este modo, de los principios de la geometría se deducen conclusiones que son aplicables a otra ciencia, como la perspectiva”⁶.

La relación entre las diversas ciencias que Santo Tomás desliza en este párrafo merece especial atención. La aplicación de principios de una ciencia como conclusiones de otra permite reconocer una subalternación de las ciencias de acuerdo con la subalternación de sus principios⁷. Así, las ciencias subalternantes –Metafísica, Matemática, Filosofía natural, que se relacionan intrínsecamente con los conceptos universales (ente, ser)– serán aquellas que se fundan en los primeros principios. Mientras que las ciencias subalternadas serán aquellas que no parten de primeros principios, sino de otros que son, a la vez, conclusiones de otras ciencias subalternantes.

De lo expuesto hasta aquí es dable concluir que no todos los principios son de igual rango. Por un lado, están los primeros principios, que son evidentes por sí mismos, *propositiones per se notae*; por el otro, están los principios propios de cada ciencia, que derivan, más o menos inmediatamente, de aquellos primeros principios.

3 Aristóteles. *Metafísica*, L. V, 1013a, Calvo Martínez, T. (trad.). Madrid. Gredos, 1994, 207.

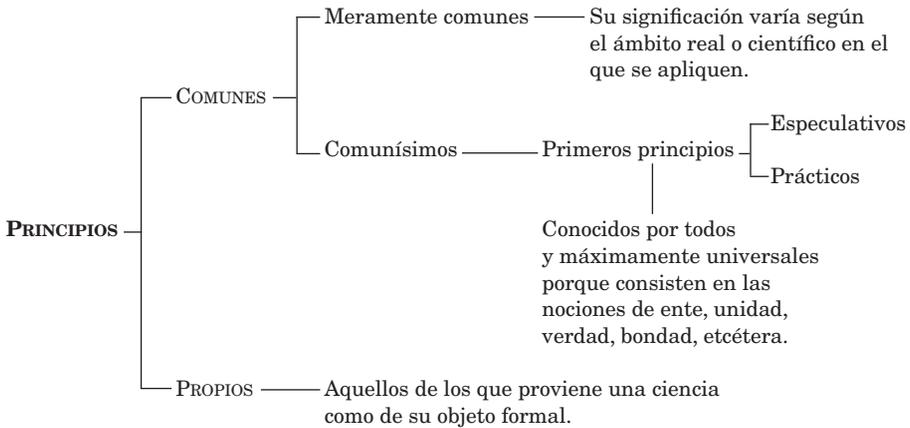
4 <http://lema.rae.es/drae/?val=principio>, visitado última vez el 22-7-2014. La cantidad de acepciones evidencia la analogía del término. Aristóteles resume en la definición transcripta lo que antes mencionaría como cinco acepciones distintas del término.

5 “Toda ciencia discursiva, o que participe en alguna medida del pensar discursivo, se ocupa de causas y principios más exactos o más sencillos”. Aristóteles. *Metafísica*, L. VI, Capítulo I, 1025b, Calvo Martínez, T. (trad.). Madrid. Editorial Gredos, 1994, 265.

6 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79, a. 9, solución.

7 Quintana, E. (2013). *Notas sobre el Derecho en el iusnaturalismo*. Buenos Aires., EDUCA, 71.

El siguiente cuadro brinda un panorama general de la clasificación de los principios⁸:



Los primeros principios, a diferencia de los principios propios de la ciencia, están, por su máxima universalidad, implicados en todo juicio y en toda demostración. De ellos procede la verdad o la validez de todas las demás proposiciones sin que ellos, a su vez, procedan de otro conocimiento por alguna forma de mediación lógica. Son proposiciones de evidencia inmediata (*per se notae*) que la inteligencia profiere al descubrir intuitivamente –vale decir, sin discurso– la relación necesaria que vincula al sujeto y al predicado⁹.

II.III. Primeros principios en el orden especulativo y primeros principios en el orden práctico

[T]al como la razón especulativa analiza lo especulativo, la razón práctica así lo hace sobre lo operativo. Por lo tanto, es necesario que estemos dotados naturalmente de principios tanto especulativos como prácticos¹⁰.

De este modo, así como existen en el hombre la razón especulativa y la razón práctica¹¹, existen primeros principios en el orden especulativo –que lo

8 Cf. Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Buenos Aires. EDUCA, 41.

9 Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 267.

10 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-I, q. 79, a.12, cuerpo.

11 “[...] el entendimiento especulativo no ordena lo que percibe a la acción, sino a la consideración de la verdad. Por su parte, el práctico ordena lo aprehendido a la acción. Esto es lo que indica el Filósofo en III *De Anima* al decir que *el entendimiento especulativo difiere del práctico en el fin*. Por eso, ambos reciben su nombre del fin: uno, especulativo; otro, práctico, esto es, operativo”. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79 a. 12, cuerpo.

guían en el conocer– y primeros principios en el orden práctico –que lo guían en el obrar.

Santo Tomás sostiene que los primeros principios indemostrables de la razón práctica se perciben a través de una dimensión específica de la potencia del entendimiento: el *intellectus*; y que el conocimiento de estos primeros principios no es sino una participación de la razón del hombre en la razón divina¹².

Partimos de la inteligencia o aprehensión de los primeros principios, que se produce de inmediato –*intellectus ut intellectus*–, y por vía de juicio y raciocinio –*intellectus ut ratio*– progresamos en nuestro conocimiento¹³.

Los primeros principios [s]on atribuidos a la razón como potencia y a la *sindéresis* como hábito¹⁴. La *sindéresis* impulsa al bien y censura el mal en cuanto que por los primeros principios procedemos a la investigación, y, por ellos, juzgamos lo averiguado¹⁵.

En síntesis, podemos decir que estos “primeros principios en el orden práctico”:

- a) son principios operativos¹⁶, es decir, son principios en el orden del obrar;
- b) se identifican con las normas más universales de la ley natural y son evidentes¹⁷;
- c) son conocidos por el hombre a partir de su aprehensión del “bien” y se desprenden de la máxima ya por todos conocida: “el bien debe hacerse y el mal, evitarse”¹⁸.

II.IV. Los principios jurídicos

En tanto la ciencia del Derecho es práctica –pues se ordena a obrar y no únicamente a conocer¹⁹–, son los principios de orden práctico los que en ella interesan.

12 “El *intellectus* es aquella dimensión de la *ratio* genérica por la que conocemos lo más básico de lo que está bien y está mal, que se compone de los ‘primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica’”. Cf. Carpintero Benítez, F. (1999). *Historia breve del Derecho Natural. Un ensayo*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 37.

13 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España (eds.). Madrid. Biblioteca de autores cristianos, 2001, comentario a la q. 79, art. 8º, 732.

14 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79, art. 12, cuerpo.

15 Ídem.

16 En contraste con los entitativos (referidos al ser) y noéticos (referidos al conocer). Cf. Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 39-40.

17 Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 44.

18 Al respecto, dice Santo Tomás, en *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2: “[...] así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: ‘el bien es lo que todos apetecen’. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: ‘El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse’. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano”.

19 El Derecho es un saber práctico. En palabras de Lamas, los saberes prácticos son aquellos “hábitos perfectivos o virtudes que rectifican la razón misma en orden a la verdad y el bien de la praxis”. Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 19.

Ahora bien, los principios jurídicos no son los primeros principios de la razón práctica –no son *propositiones per se notae*–, sino que son principios propios de la ciencia del Derecho que derivan de aquellos primeros principios. Estos principios propios de la ciencia del Derecho son los que llamamos “principios jurídicos”.

III. Los principios jurídicos en las diversas concepciones iusfilosóficas

Como oportunamente se adelantó, la noción de “principio” no ha sido aceptada unánimemente como parte del Derecho a lo largo de la tradición jurídica, y el término “principio” tampoco ha sido unívocamente utilizado²⁰.

III.I. En Platón

En su obra *Eutifrón*, Platón reconoce pautas o principios objetivos que no pueden ser dejados de lado en la interpretación del Derecho²¹. Así, por ejemplo, en la frase: “Creo yo, Sócrates, que sobre este punto ningún dios disiente de otro, diciendo que no debe pagar su culpa el que mata a otro injustamente”²², queda explicitado el principio según el cual se debe castigar todo acto de injusticia.

III.II. En el realismo aristotélico-tomista

Todo el desarrollo que antecede sobre los principios y su relevancia en las ciencias prácticas es propio del llamado realismo aristotélico-tomista, por lo cual no cabe agregar mucho más a lo ya mencionado.

Baste decir que la ley, a diferencia de lo que ocurre con el positivismo, es para el realismo una “ordenación de la razón” y no un producto de la voluntad. Este presupuesto –conjuntamente con la relación entre conocer y obrar, entre razón y voluntad, entre verdad y bien, entre bien y fin– explica cómo los principios jurídicos son útiles a la razón jurídica, no solo en la ciencia del Derecho, no solo en la Filosofía del Derecho, sino en la razón del legislador, que debe dictar una norma, y del juez, que debe decir lo justo en el caso concreto.

En el realismo aristotélico-tomista, los principios cobran sentido a partir de su correlación con los fines: “Y así, el hombre actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona²³ [...] el fin de las cosas que hay que

²⁰ Estas circunstancias están ligadas, fundamentalmente, a las variables concepciones sobre la razón práctica que la Filosofía del Derecho ha atravesado durante estos siglos.

²¹ Portela, J.; Brandi, S. (2013). “De la justicia animada a la justicia legislativa. ¿Qué jueces tenemos hoy? ¿Qué jueces necesitamos hoy?”, IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires. Facultad de Derecho. UCA.

²² *Eutifrón*, 8b, disponible en http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/P/Platon%20-%20Eutifron.pdf, última visita el 20-1-2015.

²³ Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II, q. 58, Art. 3°.

hacer (*operabilibus*) tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él²⁴.

La influencia que tienen los primeros principios prácticos en el Derecho es, para Santo Tomás, determinante: las leyes humanas serán justas en la medida en que se deriven de estos primeros principios, es decir, de la ley natural²⁵.

III.III. Los principia iuris del Derecho Romano

Los *principia iuris* en el Derecho Romano conformaban un “conjunto de opiniones, reglas y brocárdicos jurídicos”²⁶, utilizados por juristas, jurisperitos, litigantes y jueces²⁷, en la búsqueda de la solución justa al caso concreto que se les presentaba.

Sin duda alguna, el jurista actual se encontrará familiarizado con muchos de ellos, en especial con los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*)²⁸, aunque son también populares: *prior in tempore, potior in iure* (el primero en el tiempo es el preferido en el Derecho); *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible), *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal); *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus* (donde la ley no distingue, no es dable distinguir).

La finalidad de estos principios era –a diferencia de lo que sucede con los principios en el neoconstitucionalismo– confirmatoria. Es decir, los *principia iuris* permiten reconocer la eficacia de un argumento, basándose en la autoridad ancestral de unas pocas palabras que, de una manera u otra, solucionan los aspectos más opinables y discutidos de ciertos problemas que suelen presentarse en la vida del Derecho²⁹.

Si bien el origen de estos refranes o aforismos es algo incierto, de lo que no cabe duda es de que: a) son conquistas de la razón práctica formuladas por quienes estudiaban casos jurídicos concretos: razonamientos prácticos sobre lo justo formulados una vez y para ser aplicables, por su generalidad, frente a cualquier situación similar; b) son un espacio de confluencia entre el Derecho Romano y el Derecho Natural.

Algunos evidencian una inmediata conexión con la moral (v. gr., *sic utere tuo ut alienum non laedas*, utiliza lo tuyo sin perjudicar lo ajeno), mientras que en otros esta conexión parece ser más remota y presuponen una elección humana sobre posibilidades igualmente justas: ley especial deroga ley general, la superficie accede al suelo.

24 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II, q. 14, Art. 3°.

25 Carpintero Benítez. *Historia breve del Derecho Natural...* Ob. cit., 37.

26 Portela, J. (2009). “Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo”. En *Dikaion*, Año 23, N° 18, Chía, 46.

27 Ídem, 52.

28 Enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*. Cf. Jiménez Cano, R. (1999/2000). “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 3, 2.

29 Ídem, 48.

Su fórmula no implica –como sí ocurre en Kelsen y se mostrará más adelante– la correlación entre dos hechos; los aforismos romanos no contienen la estructura: “si A, entonces B”. Por el contrario, desde una perspectiva lógica, se trata de verdaderos juicios que relacionan conceptos.

La generalidad y abstracción de su formulación permite, sin duda, su aplicación a una variedad infinita de casos concretos. No obstante, se trata de una generalidad diversa de la que gozan aquellos “principios” consagrados en las Constituciones modernas que viene dada, la mayoría de las veces, por su formulación en términos de reglas o brocárdicos y no de valores, derechos u objetivos y directrices políticas. De tal modo, más allá de la realidad concreta que se cobije en los *principia iuris*, la solución justa que se derive jamás dependerá de la concepción moral o filosófica del intérprete ni podrá ser contradictoria, como sí sucede en el principio “justicia” o “libertad”, a desarrollar por el legislador o por el juez. Es decir, no dejan margen a la arbitrariedad subjetiva, como sí parecen hacerlo los principios neoconstitucionalistas, cuestión que será abordada más adelante.

En efecto, estos últimos otorgan al intérprete una discrecionalidad ausente en los principios del Derecho Romano y probablemente allí radique su principal diferencia. Aforismos tales como “donde la ley no distingue, no es válido distinguir”, no se prestan a confusiones: quien deba aplicarlos solo tendrá un camino que no le permitirá realizar distinciones que el legislador no haya efectuado. En cambio, principios neoconstitucionalistas como “afianzar la justicia”, “igualdad” o “derecho a la integridad física”, pueden tener significados absolutamente contradictorios según la visión antropológica, moral y filosófica que posea quien debe concretizarlos –sea en una norma, sea en una sentencia.

Con lo dicho no pretende desconocerse que alguno de aquellos brocárdicos romanos contienen términos ambiguos o que requieren un desarrollo ulterior, tales como qué es lo imposible, en el aforismo “nadie está obligado a lo imposible”, o qué sería perjudicar lo ajeno en “usa lo tuyo sin perjudicar lo ajeno”, pero aquella ambigüedad o necesidad de precisión no autoriza interpretaciones contradictorias o incluso negatorias del principio conforme a parámetros objetivos, que sí tienen lugar en la interpretación o desarrollo de los principios modernos mencionados.

III.IV. Los principios jurídicos y la codificación

Suele sostenerse que el proceso de la codificación ha significado un antes y un después en el tratamiento de los principios jurídicos³⁰. Quienes se enrolan en tal postura entienden que dicho proceso implicó el abandono de la concepción de los principios jurídicos como aquellos propios del Derecho Romano y del Derecho Natural y su reemplazo por los famosos “principios generales del Derecho”, como instrumento de resolución de controversias jurídicas frente a supuestos de insuficiencia o falta de ley. Sobre esto, Del Vecchio reconoce: “Los intérpretes contemporáneos están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por ‘principios generales del Derecho’

30 Jiménez Cano, R. “Sobre los principios...”. Ob. cit., 3.

no deben entenderse los principios del Derecho Natural³¹. Y que: “[o]tras interpretaciones, según las cuales por ‘principios generales del Derecho’ debe entenderse el Derecho Romano, o el Derecho Común, han sido ya refutadas muchas veces con argumentos que pueden considerarse como definitivos”³².

Sin embargo, él se opone firmemente a la contradicción que aquella doctrina mayoritaria hallaba entre los principios del Derecho Natural y los principios generales del Derecho, sosteniendo que estos últimos se refieren a las verdades supremas del Derecho *in genere*, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos³³.

Por lo pronto, la redacción de muchos de esos Códigos conlleva una nueva perspectiva respecto de la utilización de estos principios: los vuelve supletorios e integradores. Supletorios, pues aquellos “principios generales del Derecho” ya no están a mano del juez siempre que este quiera utilizarlos o fundar en ellos su decisión –o, incluso, juzgar la justicia de una ley–, sino que solo podrá acudir a ellos a falta de fuentes del Derecho superiores; más específicamente, a falta, insuficiencia, oscuridad, ausencia, laguna, de la principal fuente del Derecho al momento de la codificación: la ley.

Todas estas hipótesis que autorizan al juez a acudir a aquellos principios, a partir de su incorporación en los Códigos, no comprenden, sin embargo, uno de los principales escenarios en el que, como se verá, son utilizados los principios neoconstitucionalistas: la equivocación o el error de la ley. Una ley tan absoluta y perfecta como la que se concebía en aquella época jamás podría ser modificada mediante la interpretación judicial de los principios. Esto es, además, producto de la disímil concepción acerca de la función judicial que primaba en la era de la codificación y su profunda diferencia con la concepción actual neoconstitucionalista. El juez de aquel entonces no tenía a su cargo una actividad comparativa o convalidatoria entre principios y normas, sino que utilizaba los principios cuando las normas no bastaban. Del Vecchio deja este escenario bien en claro:

“En ningún caso puede ser permitido al juez contravenir las normas precisas de la ley; confirmar esto, como lo ha hecho el legislador, significa simplemente remachar el concepto fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la función judicial se halla subordinada a la legislativa³⁴. [...] Las normas sancionadas por el Derecho Positivo pueden también no corresponder de un modo absoluto a los principios derivados de la razón, y contradecirlos en parte o modificarlos o restringirlos de diversas formas. Cuando una de tales contradicciones tiene lugar es indudable que al reconstruir el sistema

31 Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del Derecho*. Osorio Morales, J. (trad.). Barcelona. Librería Bosch, 3.

32 Ídem, 3, nota al pie n° 4.

33 Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 8. El intento de Del Vecchio de rescatar la influencia del Derecho Natural y de la razón jurídica natural en la formulación de estos principios queda, no obstante, a mitad de camino entre un iusnaturalismo racionalista y un contractualismo moderno. Por otro lado, llega a confundir la aplicación de los principios generales del Derecho con la equidad. Véase Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 67 y ss.

34 Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 10.

jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debieran ser según los puros principios. Un método distinto conduciría inevitablemente a infringir la unidad del sistema, confundiendo a cada momento el *jus conditum* con el *condendum* y la función del juez con la del legislador³⁵.

Por otra parte, el hecho de que estos principios generales del Derecho hayan sido incorporados –si bien no en su contenido individual sino con carácter general, como fuente de Derecho– en el texto expreso de los Códigos da cuenta de que la concepción de aquella época consideraba necesario positivizarlos para que estos valieran y que el juez los pudiese utilizar³⁶.

En relación con esto, la metodología para alcanzar el contenido de estos principios también difiere en esta época, como se verá, respecto de su uso actual por la teoría neoconstitucionalista. Mientras la doctrina mayoritaria de la era codificadora proponía llegar a los principios mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares positivizadas, el neoconstitucionalismo transita, la mayoría de las veces, el camino contrario: parte de su positivización en las Constituciones.

Por último, en lo que al contenido de estos principios se refiere, cabe destacar que se asemejan tanto a los *principia iuris* romanos como a los principios o directrices políticas neoconstitucionalistas, más allá de que realzan, como se verá, el papel de la ley –entendida como expresión de la voluntad general³⁷– por encima del Poder Judicial. Así, algunos de los que menciona Del Vecchio como principios generales del Derecho serían: el principio de la división de poderes, el principio de la soberanía de la ley, el principio de la igualdad de todos ante la ley³⁸, nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene, a la fuerza es lícito oponer la fuerza, las utilidades de toda cosa deben corresponder a aquel sobre quien pesan las pérdidas, nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro, etcétera³⁹.

III.V. Los principios jurídicos en el positivismo

Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamações de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el Derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad”. Dichas normas tendrían “una importancia exclusivamente política

35 *Ibidem*, 69-70.

36 En contra de esto, Del Vecchio entendía que no podía prescindirse de dicho recurso a los principios generales aunque faltase una referencia formal a él. Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 67.

37 *Ibidem*, 34.

38 *Ibidem*, 35.

39 *Ibidem*, 67.

y virtual”. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente⁴⁰.

El análisis de la obra de Kelsen parece adecuado para lograr una acabada perspectiva de la postura positivista sobre el reconocimiento y la función de los principios jurídicos en el Derecho.

En primer lugar, cabe advertir que este autor no utiliza frecuentemente el término “principio” en su obra célebre, *Teoría pura del Derecho*. Más bien, a lo largo de su camino hacia la depuración del Derecho, aparecen dos principios con una función específica, metodológica, delimitada y concreta: explicar la esencial diferencia entre las ciencias naturales y las sociales. Se trata del principio de causalidad y del principio de imputación, respectivamente.

De estos dos, el “principio jurídico” sería el de imputación. Su formulación consiste en la relación entre dos hechos: “si A, entonces B”. Difiere así de la fórmula de los *principia iuris* y también de la de los principios neoconstitucionalistas. El propio Kelsen afirma: “Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia”⁴¹.

En el Derecho, la imputación juega, para Kelsen, el papel de un esquema⁴² o modelo, conforme al cual el legislador crea la norma o regla. Pero ese modelo es –como todo en la teoría de Kelsen– puramente formal, es decir, no otorga a aquella norma ningún tipo de contenido. El contenido de las normas quedará, entonces, sujeto a la voluntad: “Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho Privado, si se trata de normas individuales”⁴³.

Es evidente que el término *principio*, utilizado por Kelsen, para referirse al principio jurídico de imputación, difiere absolutamente de los *principia iuris* del Derecho Romano o del significado de los principios en el neoconstitucionalismo. Si acaso, prescindiendo de la terminología, se preguntara sobre la existencia de algunos principios, en tanto fórmulas inspiradoras o guías para la solución justa, su respuesta sería predecible: de admitir su existencia, sostendría que estas guías carecen de valor absoluto –la propia justicia carece de valor absoluto– y que, además, son metajurídicas: están fuera del Derecho y no forman parte de él.

A ello se refiere, en cierto modo, al sostener: “Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral,

40 Calamandrei, P. (1968). “La Costituzione della Repubblica italiana”. En *Opere giuridiche III*. Napoli. Jovene, 245, cit. en Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, Marina (trad.). Madrid. Trotta, 112-113.

41 Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., 9ª reimp., Buenos Aires. Eudeba, 25.

42 *Ibidem*, 23, 40.

43 *Ibidem*, 112.

a la justicia o lo que se denomina ‘bien público’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’. Si miramos desde el punto de vista del Derecho Positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior”⁴⁴.

Kelsen profundiza esta concepción de los principios en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*. Allí, vuelve a hacer referencia a la existencia de principios de la moral (tales como la “libertad individual”), la política (poniendo como ejemplo el de la “separación de poderes”) y las costumbres, y los contrapone a las normas jurídicas.

Asimismo, afirma que todos estos principios serán principios del “Derecho” en la medida en que influyan en el contenido o generación del orden jurídico o Derecho Positivo por medio de las autoridades jurídicas competentes⁴⁵.

De cualquier modo, aclara que su carácter de principios del Derecho no significa que sean Derecho, es decir, los considera metajurídicos⁴⁶. Se trata de meras motivaciones que influyen sobre los generadores de normas positivas, pero que carecen de vinculatoriedad⁴⁷: simples inspiradores de las normas jurídicas, así como también lo son los intereses de ciertos sectores de la sociedad.

El reconocimiento por parte de Kelsen de que estos principios pueden influir en el contenido del Derecho es un avance respecto de su obra anterior, pero el hecho de que no explique el origen, contenido y necesidad de estos principios morales o políticos pone de manifiesto la tendencia que lo caracteriza en contra de la posibilidad de verdad objetiva de la norma.

Esta tendencia se exterioriza con claridad cuando rechaza tajantemente la incorporación de principios abstractos y generales a las constituciones, por el amplio margen de discrecionalidad que ello representa a favor del intérprete. En efecto, Kelsen pretende eliminar de las constituciones no solo los principios de derecho natural, sino también todo principio abstracto, general o indeterminado que pudieran contener, pues entiende que la incorporación de principios de tales características representa un peligro de arbitrariedad subjetiva en el ejercicio del control constitucional o de la actividad legislativa. Así, sostiene: “Las cortes constitucionales no deben ser llamadas a decidir con base en algo como los principios de Derecho Natural, un Derecho en el que cada quien es libre de ver los contenidos que quiere. Pero la situación sólo es diferente cuando, tal como ocurre frecuentemente, la misma Constitución se refiere a estos principios recordando a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar mínimamente de qué se trata. Si estas fórmulas sólo sirven para cubrir la ideología política común con la

44 Ibidem, 133-134.

45 Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. Delory Jacobs, Hugo (trad.). México. Trillas, 124.

46 “La afirmación de que los principios de la moral, la política o las costumbres se “personifican” por medio de actos que generan derecho, sólo puede significar que el contenido de las normas jurídicas generadas por actos legislativos coincide con el contenido de los principios jurídicos. Pero esa no es razón suficiente para considerar estos principios como Derecho Positivo, es decir, extender el concepto del Derecho Positivo a tal grado que también abarque estos principios”. Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. Ob. cit., 125.

47 Ibidem, 125.

que cada ordenamiento trata de revestirse, el llamado a la equidad, a la libertad, etcétera, con falta de precisión sólo significa que tanto el legislador como los órganos antepuestos a la ejecución de la ley están autorizados a llenar discrecionalmente el espacio dejado por la Constitución⁴⁸.

Las normas constitucionales que un tribunal está llamado a aplicar y, en particular, aquellas que establecen el contenido de las futuras leyes –como las disposiciones sobre los derechos fundamentales y similares– no deben ser formuladas en términos demasiado genéricos⁴⁹.

Los párrafos que a continuación se transcriben manifiestan con claridad ese dualismo formulado por Kelsen entre principios (pertenecientes a la moral, política o costumbres) y normas (pertenecientes al Derecho) así como el relativismo moral que diluye toda real positividad de contenido ético objetivo en la norma jurídica: “[...] tales principios no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el Derecho Positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual sólo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del Derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el Derecho Positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política⁵⁰. [...] Es completamente irrelevante para la vigencia de una decisión judicial si ésta corresponde a una norma moral o una supuesta norma del Derecho Natural, ya que también es válida en el caso de estar en contradicción con las normas”⁵¹.

En suma, para Kelsen no existen principios o valores que constituyan criterios de justicia de las normas y aquí reside la manifestación principal de su formalismo. Como se ha dicho anteriormente, ni a él ni al Derecho, en su concepción, les interesa el contenido de las normas, sino únicamente su forma, su legitimidad de origen, que hayan sido dictadas por la autoridad competente.

Su validez no resulta de su contenido. El Derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el Derecho Positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene⁵².

48 Kelsen, H. (1928). “La garanzia giurisdizionale della Costituzione [la giustizia costituzionale]”. En *La giustizia costituzionale*. Milán. Giuffè, 189 y ss., cit. por Zagrebelsky, G. (2008). “El juez constitucional en el siglo XXI”. En *I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (trad.). México, 4.

49 Kelsen, H. (1981). “Chi deve essere il custode della Costituzione?”. En *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffè, 253 y 254, cit. por Zagrebelsky, G. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 5.

50 Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. Ob. cit., 125.

51 *Ibidem*, 128.

52 Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Ob. cit., 112.

El neoconstitucionalismo, como se verá más adelante, pretende ser superador de esta visión formalista, incorporando en el Derecho principios determinativos del contenido de las normas, sin dar la debida atención, no obstante, al verdadero contenido de aquellos principios.

En otras partes de su obra, Kelsen hablará de un principio de legalidad o legitimidad, pero se trata asimismo de un criterio formal y no de contenido: “Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución”⁵³.

III.VI. Los principios jurídicos en el neoconstitucionalismo

Antes de abocarse al estudio de los principios en el neoconstitucionalismo, es conveniente explicar qué se entiende por neoconstitucionalismo. Como punto de partida, vale decir que no hay unanimidad doctrinaria sobre esta teoría e incluso hay quienes afirman que no existe un único neoconstitucionalismo, sino que se trata de una doctrina que comprende múltiples posturas iusfilosóficas, con autores cercanos al positivismo y otros cercanos al iusnaturalismo⁵⁴.

Desde mediados de siglo pasado, se ha sostenido la existencia de un cambio de paradigma: el “Estado de Derecho” habría cedido su lugar al “Estado Constitucional de Derecho”⁵⁵. Este último ya no tendría como objetivo prioritario garantizar el respeto por el principio de división de poderes, como máxima expresión de la limitación de la autoridad estatal, sino la protección de los derechos fundamentales⁵⁶, consagrados en Constituciones cosmopolíticas⁵⁷ o globales⁵⁸.

53 El control es siempre de forma y no de contenido, pues aun cuando la norma inferior (ley) debe respetar el contenido de la norma superior (Constitución) esto no es así por referencia a un criterio objetivo de verdad o bien, en tanto el mismo contenido –contrario a la Constitución– habría sido válido de haber sido materia de una norma constitucional. El control, entonces, no responde a un juicio sobre lo que esa norma dice, sino a la forma elegida para sancionar esa norma.

54 Sobre el particular, véase Ferrajoli, L. (2011). “El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica”. En *Doxa*, N° 34, Alicante, 15-53; Vigo, R. “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”. En *La Ley*. Buenos Aires, 2014-A, 925 y Vigo, R. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, 187-218. En Chávez-Fernández Postigo, J.; Santa María D’Ángelo, R. (coords.) (2014). *Derecho natural y iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho*. Palestra. Santa Rosa de Lima.

55 Cf. Bandieri, L. (2012). “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”. En *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, Palazzo, E. (dir.). Buenos Aires. *El Derecho*, 1-2. En igual sentido, Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil...* Ob. cit., 34; Vigo, R. “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional”. En *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires. *La Ley*. Volumen: 2010-A, 1165-1176; García Pelayo, M. (2009). “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”. En *Obras completas*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Volumen: II, 3025-3039; Santiago, A. (h.). “Neoconstitucionalismo”. Ob. cit., 241-264, entre otros.

56 Cf. Santiago, A. (h.). “Neoconstitucionalismo”. Ob. cit., 241-264.

57 Es decir, globalizadas, que incorporan tratados internacionales y están sujetas a revisión por parte de tribunales internacionales.

58 Pisarello, G.; Suriano, R. (1998). “Entrevista a Luigi Ferrajoli”. En *Isonomía*, N° 9. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 191.

Uno de los principales puntos de quiebre en el cambio de concepción del Derecho ha sido, como comúnmente se afirma, la finalización de la Segunda Guerra Mundial. El nacimiento de los tratados internacionales de Derecho y las reformas constitucionales en gran parte de la Europa Continental son ejemplos de este fenómeno de transición.

En lo que a los principios respecta, su rescate y reaparición –conjuntamente con la concientización de las limitaciones del positivismo– suelen relacionarse con los tribunales de Nuremberg⁵⁹. Desde la concepción neoconstitucionalista, los principios, sumados a la ley –y por encima de ella– forman el Derecho. De tal modo, la ley puede contradecir al Derecho y será entonces rectificadas por medio de los principios.

Toda esta transformación operada en los ordenamientos jurídicos tiene como trasfondo esta nueva corriente de pensamiento conocida como “neoconstitucionalismo”. Se considera que sus principales exponentes son autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso y Comanducci⁶⁰. Los principios jurídicos juegan –para la mayoría de aquellos autores– un papel central: su consagración en las Constituciones es el eje de esta nueva concepción del Derecho.

En tanto no todos los representantes del neoconstitucionalismo coinciden en la definición y efectos jurídicos de los principios, sus teorías merecen un tratamiento separado y distintivo. Sin perjuicio de ello, hay un aspecto que parece ser común entre los neoconstitucionalistas –y que ha valido que muchos lo relacionen y lo acerquen, con o sin acierto, al iusnaturalismo–: a través del reconocimiento de principios con contenido sustancial y consagración constitucional, se pretende abrir la barrera que el positivismo había trazado entre Moral y Derecho, y otorgarse así a este último un contenido ético sustancial.

a) *Dworkin*

El pensamiento de Dworkin en torno a la función de los principios se comprende solo desde el reconocimiento de su búsqueda de la única solución justa existente. Este autor se opone al sistema de reglas que su predecesor y maestro –Hart– había propuesto, y define al Derecho como un sistema de reglas y principios. Así, en este sistema los principios vienen a proporcionar aquella única solución justa –siempre que exista un juez Hércules capaz de encontrarla– cada vez que las reglas resultan insuficientes⁶¹. Son el salvavidas que cubre esta laguna jurídica y devuelve al Derecho la objetividad y la materialidad que el positivismo había negado.

59 Delucchi, M. L. “Algunas consideraciones en torno a los principios”. En UNLP 2009-2010, disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21138/Documento_completo.pdf?sequence=1, última visita el 31-1-2015, 597.

60 Vigo, R. “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”, 925.

61 Alexy, R. (1998). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En *IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas*. San Sebastián. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>, última visita el 31-7-2014, 139.

Para este autor, entonces, las normas y los principios conforman el Derecho⁶². Pero no son la misma cosa: los principios, para Dworkin, no son normas. Son estándares que operan como directrices políticas y otros tipos de pautas, en aquellos casos difíciles en que los problemas con los derechos y las obligaciones jurídicas parecen agudizarse⁶³.

Por otro lado, “principios” y “directrices políticas” (*policies*) tampoco son la misma cosa. Los principios son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁶⁴”. Por ejemplo, principio es la afirmación de que “ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia”. Las directrices políticas son, en cambio, un estándar que “propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”. Una directriz política, por ejemplo, es “disminuir los accidentes de automóvil”.

Esta diferenciación es la que le permite a Dworkin contrarrestar el afamado “argumento contramayoritario”⁶⁵. En efecto, él sostiene que si bien los jueces están autorizados a fundar su decisión en normas y principios, no pueden hacerlo sobre la base de directrices políticas⁶⁶. Además, los jueces no *crean* los principios, sino que los *encuentran*, pues estos ya estaban implícitos.

Es válido observar que la fórmula de los principios dworkinianos se acerca más a los *principia iuri* que a las normas, aunque el autor parezca negarlo. Esto así pues si bien sostiene que la forma del estándar, “Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos” (norma), no es una proposición muy diferente en su forma de “Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito” (principio), rápidamente puede observarse que la abstracción es considerablemente menor en el primer caso que en el segundo, y también la discrecionalidad que uno y otro otorgan a su intérprete —o la posibilidad de excepciones a la generalidad del enunciado. Con esto no quiere decirse que la generalidad o apertura del enunciado es el único criterio de distinción entre reglas y principios, pero sí que es uno de los más relevantes y que, en tal virtud, ha merecido especial atención⁶⁷.

Dworkin recupera esa función confirmatoria —argumentativa, justificadora— de los principios que tenían los aforismos romanos, y en ella radica la primordial distinción entre principios y reglas. Las reglas son aplicables a todo o nada. Los principios, en cambio, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión, criterios que

62 Esta afirmación es importante pues llevará a Dworkin a admitir que los principios —si bien no *determinan* un resultado— son obligatorios, de aplicación obligatoria (jurídica y no solo moralmente) para los jueces. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel, 88 y ss.

63 *Ibidem*, 72.

64 *Ídem*.

65 Sobre el particular, véase Bickel, A. (1978). *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis. Bobbs-Merrill Educational Publishing.

66 Portela, J.; Brandi, S. “De la justicia animada...”. *Ob. cit.*, 7.

67 Prieto Sanchís, L. (1996). “Diez argumentos a propósito de los principios”. En *Jueces para la Democracia*, N° 26, 43, entre muchos otros.

determinan a inclinarse en uno u otro sentido⁶⁸. Por otro lado, introduce la cuestión del peso o importancia que tiene cada principio, y cómo ello debe ser tenido en cuenta en caso de conflicto entre ellos.

La diferencia sustancial entre principios y normas está, entonces, en su potencial obligatoriedad o consecuencia jurídica. En una norma que indique que todo contrato que restrinja el comercio será nulo, cualquier contrato que provoque dicha restricción debe ser anulado *sine die*. En cambio, un principio con tal contenido será una razón que podría llevar a anular esos contratos, pero no es aquella una consecuencia necesaria de ese principio, y podría aparecer otro que tenga un peso suficiente para dejar de lado el primero⁶⁹.

Por último, si el propósito de Dworkin es loable, no así sus resultados. Y esto, debido a su subjetivismo moral: para este autor, el fundamento de los principios, su origen, “no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”⁷⁰. El contenido material de estos principios parece ser entonces histórico, concreto, sociológico, sin indicios de conexión con la verdad o realidad de las cosas.

b) Alexy

Robert Alexy ofrece una teoría de los principios distinta de la de Dworkin pero, sin embargo, toma muchos de sus elementos⁷¹: la teoría de la argumentación jurídica. Para Alexy, el mero reconocimiento de principios dentro del sistema jurídico no basta para llegar a esa única solución justa que busca el jurista⁷². Propone, como complemento, un exhaustivo análisis metodológico del uso judicial de los principios.

Introduce así una nueva noción de principios, como una especie del género “norma”, que tiene por objeto los derechos (tanto individuales como colectivos). Se refiere expresamente a “principios legales”, tales como “la libertad de expresión” o “la protección de la personalidad” y “el derecho a la vida del *nasciturus*” o “el derecho

68 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Ob. cit., 74-77.

69 *Ibidem*, 79.

70 Y así, “si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos [...] estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados”. *Ibidem*, 95.

71 El mismo autor reconoce esta distinción: “No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo sustancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos (‘trumps’). Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”. En *Doxa*, N° 24, Alicante, disponible en <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148678RD22661887.pdf>, última visita el 31-1-2015, 12.

72 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Ob. cit., 140.

a la personalidad de la mujer”. Y aún más: frente a los conflictos de estos principios-derechos, introduce dos términos específicos que definirán su doctrina: optimización y ponderación (*weighing*), o balanceo. La ponderación frente al conflicto entre dos o más derechos es, para Alexy, el camino hacia la optimización⁷³.

Los principios son los objetos del balanceo que se efectúa mediante la argumentación moral. Llevan en ellos un hecho jurídico dentro del cual se subsume la realidad concreta en su juzgamiento. Así como para Dworkin el Derecho se formaba de principios y normas, para Alexy el concepto de norma abarca el de reglas y principios. En otras palabras, los principios son normas.

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas [...] En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados [...] Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”⁷⁴.

La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁵.

De este modo, cada caso concreto determinará hasta dónde puede ser realizado ese principio o, en otras palabras, protegido ese derecho. Al sostener que los derechos fundamentales no son reglas sino principios, la relación conflictual entre ellos requerirá, tal como se da entre los principios, la ponderación.

“[...] he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los

73 Alexy, R. “Sobre reglas y principios. (Entrevista a Robert Alexy)”. En *La Ley*, Supl. Act., 30-10-2008.

74 Alexy, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Ob. cit., 143.

75 El principio de adecuación exige el sacrificio impuesto al ejercicio de un derecho idóneo para proteger otro derecho. El de necesidad implica que no exista otro sacrificio menos lesivo que el utilizado –que dicho sacrificio sea el necesario–, p. 127.

derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación”⁷⁶.

Los principios de Alexy son abstractos, pero su concretización tiene un criterio objetivo: todos los principios deben realizarse en la mayor medida posible (optimización), y el límite de esa medida viene dado por la asignación racional de peso a cada uno de ellos en el caso que se presenta.

Para él, ni la teoría de las reglas ni la teoría de los principios permiten alcanzar la única solución justa en el caso concreto. Estas deben complementarse con una teoría de la argumentación jurídica, que es el punto fuerte de la doctrina de Alexy y el que le ha merecido su fama.

Se trata de una teoría procedimental del discurso práctico racional que, en definitiva, reduce el Derecho a fórmulas matemáticas. Así, en cada caso concreto el juez deberá ponderar cuál de los principios en juego tiene más peso (si la vulneración es leve, moderada o grave) y definir, mediante el principio de proporcionalidad, cuál es el sacrificio justo al principio de menos peso. La particularidad del caso es, entonces, protagónica en el hallazgo de la justicia, y eso parece un buen indicio a primera vista y un retorno a la concretización romana del Derecho.

Alexy abandona así el formalismo *procedimental* del positivismo jurídico, en tanto pretende superar el mecanismo de subsunción a partir del reconocimiento de que los principios plantean una tarea de optimización que es moral en cuanto a su metodología. Pero el verdadero abandono del formalismo exigiría no solo una metodología moral, sino un contenido –materia– moral.

c) Ferrajoli

Ferrajoli describe los principios mediante dos afirmaciones precisas: a) son normas; b) su rasgo distintivo es que no admiten vulneración o violación. Así, afirma: “Son principios todas las normas que indican programas, objetivos políticos, de los cuales no es identificable una violación. Por ejemplo, el ‘principio de igualdad’ es un principio cuya violación es una discriminación; frente a su violación se comporta como una regla: de prohibición de discriminaciones. [...] En sentido contrario, ‘Italia es una República basada en el trabajo’, ‘es misión de la República alcanzar el pleno empleo’, ‘la ocupación plena’ [...] son normas de las cuales no es configurable una concreta observancia o violación, sino solamente un determinado grado de violación. Esto significa que solamente debemos considerar principios (yo les llamo principios directivos o directivas) a todas las normas de las que no es posible identificar una precisa violación”⁷⁷.

Como puede verse, el autor habla de principios directivos o directrices, al igual que lo hacía Dworkin, pero se enfila hacia la dirección opuesta: mientras este último

76 Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”. Ob. cit., 15.

77 Sosa Sacio, J. M. “Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender y discutir los aportes del Principia iuris (y su singularidad frente al ‘neconstitucionalismo’)”. En *Gaceta Constitucional*, N° 65, 228.

las identificaba –y distinguía de los principios– para quitarlas del ámbito de la decisión judicial, relegándolas al ámbito político, Ferrajoli sostiene, en cambio, que son estas directrices las que constituyen los verdaderos principios.

Las normas, para Ferrajoli, podrán ser principios o reglas, de acuerdo a la perspectiva o el objeto desde el cual se las considere: “[...] frente a su violación son reglas, frente a su respeto son principios”⁷⁸. En este sentido, sostiene que todas las normas importantes son ambivalentes, en tanto pueden operar como principios o reglas. Pero hay normas, sigue diciendo, que son siempre principios, pues no se puede distinguir un comportamiento específico que configure su violación⁷⁹.

Pese a la clasificación intrincada de normas, lo fundamental es tener en claro que son las normas como principios –y no como reglas– las que son utilizadas como herramienta para juzgar la validez de las reglas. Dentro del uso del término “principios”, a su vez, Ferrajoli distingue los *principia iuris et in iure* (propios del Derecho Positivo) y los *principia iuris tantum* (son principios lógicos, propios de la Teoría del Derecho)⁸⁰. Estos últimos son los que operan como límites y parámetros sustanciales –esto es, de contenido– de la ley. Así, Ferrajoli postula el reemplazo de la fórmula positivista *autoritas facit legem* por una exigencia de validez de las leyes en base a su respeto por los principios⁸¹.

El avance respecto del positivismo consiste en aceptar la existencia de un derecho ilegítimo, cuando contraría las nociones de la Teoría del Derecho. Ahora bien, en tanto esa Teoría del Derecho es, según este autor, “artificial” y “construida por el teórico”⁸², compuesta de nociones formales que no tienen correlación con la noción de verdad formulada por el realismo aristotélico-tomista ni con la realidad o el ser de las cosas ni con la noción de persona⁸³, dicha ilegitimidad no queda subsanada sino que, por el contrario, queda expuesta a mayores peligros, tales como la arbitrariedad subjetiva del constructor de la Teoría o la discrecionalidad de los jueces.

d) Zagrebelsky

Zagrebelsky es otro de los autores que afirma la existencia de una clasificación de normas, según su estructura, en reglas y principios. Para él, las normas legislativas son prevalecientemente reglas, mientras que las constitucionales son principios.

Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley⁸⁴.

En contra de lo que propugnaba Kelsen, quien pretendía evitar la incorporación de principios abstractos, generales, abiertos, en las Constituciones –como se vio más arriba–, Zagrebelsky elogia la existencia de estas “normas constitucionales

78 *Ibidem*, 229.

79 *Ibidem*, 229.

80 *Ibidem*, 226.

81 Pisarello, G.; Suriano, R. (1998). “Entrevista a Luigi Ferrajoli”. *Ob. cit.*, 187.

82 Sosa Sacio, J. M. “Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender...”. *Ob. cit.*, 226.

83 Es habitual que Ferrajoli se refiera a “seres humanos o ciudadanos capaces de obrar”. *Ídem*.

84 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. *Ob. cit.*, 110.

abiertas” en las Constituciones actuales, pues solo ellas son aptas –sostiene– para hacer frente a situaciones constitucionales pluralistas, perdurar a lo largo del tiempo y atravesar fronteras⁸⁵.

El Estado Constitucional de Derecho que describe se sustenta sobre la base de la unidad del Derecho –frente al pluralismo y a la heterogeneidad de las leyes–, lograda a través de un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio⁸⁶.

Estas normas constitucionales abiertas conforman un derecho material superior del monismo legislativo propio del positivismo y fundado, dice Zagrebelsky, en el dualismo de *ius* (sustancia) y *lex* (fuerza). La Constitución es, así, “un conjunto de principios en el que operan reenvíos y recepciones a un derecho material prepositivo”. Comienza a entenderse, pues, el rol central que estos principios contenidos en la Constitución tienen en el Derecho para Zagrebelsky⁸⁷.

En lo que hace a la formulación de estos principios, su estructura, carecen de supuesto de hecho, por lo cual solo poseen un significado operativo frente a un caso concreto y no en abstracto⁸⁸. Zagrebelsky reconoce su formulación universalista y abstracta, que los asemeja a los principios de Derecho Natural⁸⁹, pero niega que lo sean⁹⁰. Su única cercanía con el Derecho Natural es en cuanto al método, funcionan *como*, al igual que, un Derecho Natural. Además, no requieren interpretación –a diferencia de las leyes–, pues “su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas ‘de principio’ son a menudo expresiones un tanto banales [...]”⁹¹.

En cuanto a la metodología que requieren, Zagrebelsky afirma: “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”⁹².

Por otro lado, mientras que a las reglas “se las obedece”, a los principios “se les presta adhesión”⁹³. Estos principios configuran el *ser* que luego se transformará en un *deber ser* a partir de la formulación de una regla derivada de ese principio. A su vez, cada principio contiene un valor que funciona como límite de la regla, pues no puede contrariarlo⁹⁴.

85 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 5.

86 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 40.

87 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 7.

88 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 111.

89 *Ibidem*, 115.

90 “[...] los principios establecidos en la Constitución no son, por supuesto, Derecho Natural”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 114. “[...] se podría incluso decir que las Constituciones reflejan el ‘orden natural’ histórico-concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un Derecho Natural con fundamento teológico ni racionalista”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 115. “Así, pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es Derecho Natural sino más bien la manifestación más alta de Derecho Positivo”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 116.

91 *Ibidem*, 110.

92 *Ibidem*, 125.

93 *Ibidem*, 110.

94 *Ibidem*, 118.

Las normas constitucionales de principios son definidas por Zagrebelsky como “un patrimonio de contenidos fundamentales que se encuentran con notable solemnidad en las Constituciones estatales vigentes: por ejemplo, la igualdad y la no discriminación de los seres humanos, su dignidad y la prohibición de tratos degradantes, la protección de las minorías, los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales, la democracia y el derecho al autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales, etcétera, principios que actúan en el cuadro de los metaprincipios de la racionalidad y la proporcionalidad de la ley”⁹⁵.

Su contenido depende, para Zagrebelsky, del contexto cultural al que pertenece⁹⁶, y allí reside precisamente la principal crítica que puede formularse a este autor. El contenido consensual, constructivista, que otorga a los principios vuelve prácticamente inútil todo intento de anclaje en la realidad y superación del positivismo que él pretende.

Zagrebelsky sostiene: “La Constitución, en efecto, aunque trasciende al Derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los Derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia –como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo–, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los Derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”⁹⁷.

Como si esto fuera poco, la última palabra respecto de estos principios fundamentales “pertenece al Derecho y a los jueces, no a la ley y a los legisladores”⁹⁸.

Tan central es el papel de estos principios que hasta pareciera que otorgan valor a la realidad –negando, a contrario sensu, que la realidad tiene valor por sí misma– y en tanto no son absolutos, exigen una relativización de la ética: “La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor”⁹⁹. [...] es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. Desde este punto de vista, se distinguen tanto de la ética como de las reglas jurídicas [...] El Derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética. Puede parecer una renuncia pero, en la época del pluralismo, relativizar una ética no significa considerar que la supervivencia del mundo es condición necesaria para la realización del propio proyecto ético”.

Para comprender correctamente el pensamiento de Zagrebelsky es necesario tener en claro sus objetivos internacionalistas, su visión cosmopolita y pretendidamente superadora del positivismo legiscentrista. En este escenario, los principios constitucionales abiertos, indeterminados, son el camino hacia el constitucionalismo

95 *Ibidem*, 16.

96 *Ibidem*, 128.

97 *Ibidem*, 114.

98 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. *Ob. cit.*, 10.

99 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. *Ob. cit.*, 118. Debe interpretarse esta realidad a la que hace referencia Zagrebelsky como la realidad concreta de la controversia jurídica a dilucidar, pues si estuviera refiriéndose a la realidad de las cosas en sentido abstracto, sus afirmaciones serían entonces mucho más graves.

común, cosmopolita, global, ultraestatal, que el autor defiende y alienta. Son un núcleo común que permite conexiones constitucionales interestatales, que combate al chauvinismo, que pone fin al “Derecho constitucional cerrado”¹⁰⁰.

IV. Crítica

Los peligros de la postura neoconstitucionalista en torno a los principios son, como se ha visto, considerables, y semejantes a los que traía aparejado el positivismo. No solo porque deja un amplísimo margen a la discrecionalidad, subjetividad y arbitrariedad judicial, sino porque propone un Derecho estructurado sobre principios consensuales y anclados en una voluntad política. La abstracción de esos principios y la subordinación absoluta de las leyes a la interpretación que de ellos hagan los jueces ya ha dado acabadas muestras de injusticia. Y el ropaje jurídico de superación del positivismo con el que la teoría se presenta es, quizás, lo que la vuelve más atractiva y, por ende, riesgosa.

De nada sirve la positivización constitucional de principios –tan aclamada como garantía de un Estado de Derecho Constitucional– si estos son tan abstractos que las posturas más contradictorias pueden verse amparadas por ellos. Creer que la incorporación de principios al texto constitucional garantizará per se la justicia es erróneo, pues, por poner solo un ejemplo, el estandarte de “derecho a la integridad física” podrá servir –y lo ha hecho–, en manos de un juez pro-abortista, para atentar contra la vida del no nacido. Fórmulas con tal grado de abstracción y sin una relación concreta con la realidad no proporcionan ninguna directiva –y tampoco límite alguno– para resolver conflictos de derechos, dejando esto librado a un doble arbitrio: a) en primer lugar, el del legislador, quien podrá decidir cómo concretizará esos principios y cómo los armonizará unos con otros; b) en segundo lugar, el del juez, quien no solo juzgará la norma legislativa sino que definirá en cada caso concreto el contenido, significado y alcance de cada principio, o ponderará, es decir, decidirá qué principio debe primar sobre otro cuando exista un conflicto entre ellos¹⁰¹.

100 “Este tipo de normas [las normas constitucionales de principio], formuladas con el recurso de concepciones que, para valer, tienen que ser conceptualizadas por medio de concepciones, constituyendo el salvoconducto para la circulación de las experiencias constitucionales entre órdenes distintos y por su recepción en tribunales constitucionales”, Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 18.

101 El peligro de la incorporación de estos principios indeterminados y abstractos ya lo planteaba el propio Kelsen. En efecto, como relata Díaz Revorio, Kelsen “alude específicamente a las referencias valorativas (invocación a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera) contenidas en ocasiones en las Constituciones, sin precisar la forma en que deben entenderse. Afirma que las concepciones en torno a esas ideas son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que ‘si el Derecho Positivo no consagra una de entre estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a alguna de ellas’. Kelsen ya preveía el papel protagónico que adquirirían los jueces en base a la recepción constitucional de estos principios: ‘si existe un principio constitucional de justicia, y el Tribunal Constitucional anulase una ley por considerar que su contenido es injusto, su poder habría que considerarlo simplemente insoportable’. Por todo ello las normas constitucionales no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc.”, pues de lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto en la Constitución”. Díaz Revorio, J. M. (2006).

En última instancia, la peligrosidad de la incorporación de valores al ordenamiento jurídico quedará sujeta a la postura gnoseológica del juez. Si este parte de una concepción realista y objetivista, anclada en la verdad, que reconoce la universalidad del valor y la imposibilidad de otorgarle significados contradictorios, el peligro no será tal. En cambio, será un peligro inconmensurable en manos de un relativista o subjetivista que, tomando dicho valor como bandera, pretenderá legitimar una norma o una decisión judicial totalmente contraria a los fines del hombre.

Esto deja en evidencia que los derechos en abstracto no pueden ser la base o la cima de la pirámide del ordenamiento jurídico, pues su concreción podrá desviar el contenido de ese ordenamiento conforme la desviación de los intereses políticos, sectoriales o, incluso, individuales. La base del ordenamiento jurídico debe ser moral y objetiva: el bien común, la perfección del hombre. Solo eso garantizará no solo el derecho en abstracto sino su correcta concreción.

Tampoco logran estos principios la conexión del Derecho con la moral que el positivismo tanto se preocupó por combatir. Aun cuando muchos pretendieran otorgarles un contenido ético a estos principios, más allá de que ese contenido sea objetivo o subjetivo, la metodología de su aplicación queda sujeta, en última instancia, a la moralidad del aplicador.

Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico¹⁰².

Por último, la subordinación del reconocimiento de un principio como tal a su incorporación al texto constitucional da cuenta de un escenario idéntico al positivista, con variación de escala normativa. Mientras que se siga viendo a la Constitución atada a la “voluntad creadora de los hombres”, seguirá tratándose de un positivismo, en vez de legal, constitucional.

V. Conclusión

El neoconstitucionalismo en algo se asemeja y en algo se diferencia del positivismo. Se diferencia porque abandona la pura formalidad de la ley y pone límites a su contenido. Al juicio de validez de la norma se suma el juicio de concordancia con los principios. Se asemeja porque, en tanto ese contenido es tal en cuanto es puesto por el legislador —aunque sea el constitucional—, no se juzga con parámetros morales objetivos ni se compara su legitimidad de acuerdo a estos sino en base a la historia o contexto social concreto.

Lo único que queda claro es que el universo de principios neoconstitucionales no es claro. Como dice Prieto Sanchís: “Tal vez los principios sean uno de los últimos

“Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el Derecho Constitucional”. En *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N° 8, 33-66, disponible en http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F_Javier_Diaz_Revorio.pdf, última visita el 31-1-2015.

102 Prieto Sanchís, L. (1996). “Diez argumentos a propósito de los principios”. Ob. cit., 49.

juguets fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas”¹⁰³.

En definitiva, aun cuando la bandera de los principios sea enarbolada por el neoconstitucionalismo como superadora del positivismo y purgadora de todos los defectos jurídicos existentes mediante la construcción del Estado de Derecho Constitucional, es evidente que no hay nada nuevo bajo el sol. O, mejor dicho, hay nuevos peligros que requieren especial atención tanto de parte de los juristas como de la ciudadanía entera, que ve sus derechos expuestos a los malabares judiciales de turno.

La función del juez no es definir en cada caso concreto los límites de un derecho idealmente contenido en la norma o un principio, porque estos no son una mera expresión de deseos. La norma, entendida como ley positiva, recepta derechos y deberes que se desprenden de la ley natural. Y si bien es cierto que no todo lo contenido en la norma positiva está determinado por la ley natural –según la doble derivación de Santo Tomás, por determinación o conclusión–, la esencia de los derechos no es una de las cosas que el hombre derive por conclusiones. La labor del juez será, entonces, encontrar esa verdadera esencia y, una vez que haya descubierto la esencia de los derechos en juego, armonizar su ejercicio de modo que nadie reciba más o menos de lo que le corresponde.

Es importante recordar que si cualquier principio jurídico que pretenda incorporarse al sistema jurídico se desliga de las nociones de bien, fin y naturaleza humana, no hay esperanza de que dicho sistema sea justo. Ningún principio destinado a iluminar o ser guía de la razón práctica puede desprenderse de esos conceptos.

103 *Ibidem*, 41.