

PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Paolo Comanducci
Universidad de Génova (Italia)

1. Introducción

Quisiera en primer lugar declarar cuales son mis presupuestos metodológicos (si queréis: mis prejuicios metodológicos) y el objeto de mi trabajo. La necesidad de una aclaración previa sobre la metodología usada deriva no solo de mi personal simpatía por el imperativo meta-científico weberiano, según el cual en las ciencias sociales, en aras de lograr un enfoque lo menos valorativo posible, siempre el científico tiene que declarar sus valores y sus opciones de partida, también las metodológicas. Deriva sobre todo de la convicción de que mis conclusiones solo tienen sentido, y quizás puedan resultar acertadas, si adoptamos los presupuestos metodológicos que ahora voy a indicar. Presupuestos en favor de los cuales, por falta de tiempo, no presentaré ningún argumento explícita y extensamente. Se trata en efecto de dos presupuestos bien conocidos, y que encuentran respaldo, en mi opinión firme aunque no unánime, en la literatura contemporánea de teoría del derecho.

El primer presupuesto está constituido por la distinción entre enfoque teórico y enfoque de política del derecho, que es análoga, aunque más elaborada filosóficamente, a la distinción, común entre los juristas, entre consideraciones *de iure condito* y *de iure condendo* (o bien entre consideraciones *de lege* y *de sententia data*, por un lado, y *de lege* y *de sententia ferenda*, por el otro). Mi enfoque será teórico, a diferencia de los enfoques que, en mi opinión, comparten autores como, por ejemplo, Dworkin o, en menor medida, Alexy, que calificaría como de política del derecho. Un enfoque teórico pretende, en palabras de Bobbio¹, dar cuenta del derecho como es, y no como debería ser.

¹ Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2a ed., Comunità, Milano, 1972, p. 105.

El segundo presupuesto está constituido, en el interior de un enfoque teórico, por la elección de un punto de vista externo moderado (en el sentido de Hart, así como interpretado por Bulygin²) y no de un punto de vista interno en la descripción de los fenómenos jurídicos. Este segundo presupuesto está estrictamente conectado al primero, en el sentido de que ambos son afectados por la tesis central del positivismo metodológico, según la cual la descripción del derecho es algo distinto de su evaluación y de la propuesta de su modificación, y no tiene necesariamente por qué estar afectada por juicios de valor, morales o políticos, o bien por un sentimiento de adhesión frente al derecho del cual estamos dando cuenta.

Respecto al objeto de mi trabajo, procederé de esta forma: a) primero, identificaré los principios jurídicos, y analizaré la supuesta diferencia entre principios y reglas, criticando a la tesis de la separación fuerte y defendiendo la utilidad heurística de la tesis de la separación débil; b) luego, me ocuparé de la noción de indeterminación del derecho, ofreciendo algunas precisiones al respecto; c) y, al final, trataré de las relaciones entre los principios jurídicos y el fenómeno de la indeterminación del derecho.

2. Principios jurídicos: naturaleza, fuente, clasificación

2.1. Naturaleza

Bajo el rótulo tradicional del problema de la «naturaleza» de los principios, se encuentra más sencillamente el problema de una definición conceptual de los principios. Creo que, al menos hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y detrás de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de las normas jurídicas, y los principios morales como una clase de las normas morales. En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta. Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) no son exhaustivas del conjunto de las normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o los valores y/o las directrices, etc.

Si se admite que los principios son una clase de normas, entonces parecería razonable ofrecer de los principios (y respectivamente de las reglas) una definición *per genus et differentiam*. Se define primero el genus (las normas), y luego se identifica la *differentia* específica de principios y reglas de conducta.

² Cfr. E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), ahora en Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, esp. pp. 101-110.

Esta definición, en el nivel teórico, no puede ser más que de tipo estipulativo (mejor dicho: una redefinición), pues una definición léxica tendría muy poca utilidad, ya que recogería sencillamente la pluralidad de usos, al menos parcialmente contradictorios, de los respectivos términos.

Aun si, en la literatura, no se ha prestado demasiada atención al problema, me parece importante decidir si cuando hablamos de «normas», de «principios» y de «reglas» estamos haciendo referencia a enunciados todavía no interpretados o bien a enunciados ya interpretados, es decir a enunciados que son producto o resultado lingüístico de una previa interpretación.

Al respecto quisiera subrayar que, en mi opinión, lo que generalmente se entiende como «interpretación» de enunciados es, desde un punto de vista conceptual, más bien una actividad, un proceso, que un acto singular. Cabe por lo tanto distinguir, en lo que se refiere a nuestro sujeto, entre diferentes etapas de una secuencia interpretativa: 1) la primera etapa está constituida por la identificación del enunciado como entidad de un lenguaje (podríamos llamarla identificación lingüística del enunciado); 2) la segunda etapa está constituida por la identificación del enunciado como una norma, en virtud de su carácter prescriptivo (podríamos llamarla identificación pragmática del enunciado); 3) la tercera etapa está constituida por la identificación de la norma como principio o como regla (podríamos llamarla configuración de la norma); y 4) la cuarta etapa está constituida por la identificación del sentido de, o -como yo prefiero decir- por la atribución de sentido a, la norma, o sea al principio o a la regla (podríamos llamarla interpretación *stricto sensu* de la norma, del principio o de la regla).

Esta cuarta etapa, como es bien sabido, puede a su vez ser dividida en varias sub-etapas, que consisten en eventuales relieves de los significados previamente atribuidos al enunciado (por la dogmática o por otras autoridades normativas, especialmente jurisdiccionales), en reinterpretaciones sucesivas del principio o de la regla a la luz del sentido atribuido a otros principios o reglas, pertenecientes al mismo sistema, y que concurren con el principio o la regla objetos de interpretación a la solución de un caso, o de un conjunto de casos.

Ahora bien, si las cosas están así, después de las primeras dos etapas (identificación lingüística y pragmática), ¿es o no necesaria la tercera etapa? Ya tenemos, por así decir *ictu oculi*, principios y reglas, o hace falta una etapa de configuración de la norma para identificar si es (o expresa) un principio o bien una regla?

Me parece que hay dos razones fuertes para convencerse de la necesidad de la etapa de configuración:

a) Primero, en el marco jurídico, nadie, ni siquiera los formalistas más duros y puros, estaría dispuesto a afirmar que sólo deben ser considerados

principios aquellos que así son llamados por el legislador. Generalmente se opina que, por un lado, unos supuestos «principios», así llamados por el legislador, no son efectivamente tales, y, por el otro y sobre todo, que muchos enunciados jurídicos son (o expresan) principios, aun si el legislador no lo dice explícitamente. En otras palabras, el *nomen iuris* de «principio» no es condición ni necesaria ni suficiente para identificar un principio jurídico.

b) En segundo lugar, este criterio sintáctico nominalista no encuentra, por supuesto, ninguna aplicación en el marco moral, y por lo tanto no tiene un alcance general.

Cabe entonces concluir que, para poder distinguir, en el conjunto de las normas, entre principios y reglas hace falta una etapa de configuración de las normas: principios y reglas son, desde luego, enunciados ya interpretados. Con mayor precisión: la identificación de un enunciado como norma (en lugar, por ejemplo, que como aserción), o como principio (en lugar, por ejemplo, que como regla), o como regla (en lugar, por ejemplo, que como principio), es siempre dependiente de la interpretación. En mis términos, es dependiente, en el primer caso, de la identificación pragmática, en el segundo y en el tercero de la configuración.

Volvemos al problema de la definición *per genus et differentiam* de los principios como clase de normas. Esto se ha convertido ahora en el problema de la configuración de una *differentia* específica de los principios en el marco de las normas y, en particular, frente a las reglas de conducta.

No quiero, por razones de brevedad, problematizar aquí la definición del *genus* (las normas). Asumimos una definición genérica según la cual las normas son enunciados con función prescriptiva, que tienden a afectar la conducta de los hombres. Por supuesto, soy consciente de que la definición de «norma», y de «norma jurídica» en particular, y la identificación de un enunciado como norma levantan una multitud de cuestiones teóricas. Estoy, por lo tanto, sencillamente dejando de lado el problema de la identificación del *genus* (por medio de una definición genérica de «norma»), para concentrarme en lo de la identificación de las *species*.

Ahora bien, el problema que aquí se plantea me parece el siguiente: ¿la configuración de las normas como principios o como reglas es una actividad cognoscitiva o (al menos parcialmente) discrecional? Hay dos respuestas contradictorias.

Si existieran características, estructurales o funcionales, de algunas normas que las diferenciaran de las demás -que tendrían características estructurales o funcionales distintas-, entonces (primera tesis) la actividad de configuración podría ser concebida como sencillamente cognoscitiva, y podríamos decir que una configuración es verdadera y otra falsa, o bien que una es correcta y otra incorrecta.

Si en cambio (segunda tesis) se niega que existan esos rasgos con independencia del sujeto que opera la configuración, entonces la configuración resultaría dependiente del sujeto que la opera. Un mismo enunciado, identificado como norma, sería un principio o una regla según la elección hecha por el sujeto. Hay, sin embargo, en el marco jurídico, sujetos que son socialmente considerados más aptos o más influyentes en la actividad de configuración, y cuyas configuraciones son aceptadas por todos o por muchos en la sociedad: el legislador (cuando, por ejemplo, caratula expresamente una norma como principio), los órganos de la administración, los jueces, la dogmática. Para los partidarios de esta segunda tesis habría una compleja interacción entre estos sujetos institucionales que puede contingentemente determinar que en algún momento se configuren, de manera unánime o casi, unas normas como principios y otras como reglas, aunque puedan quedar zonas de penumbra o de contraste respecto a un tercer conjunto de normas (que no se sabe o se disputa si son principios o reglas). Pero esto no quiere decir que, aun cuando el acuerdo está generalizado, la distinción entre principios y reglas sea necesaria, y no contingente. Para los partidarios de esta segunda tesis, cualquier configuración, también la más firme y compartida, podría en abstracto ser cambiada por algún sujeto institucional, e incluso por todos. Y esto sería así porque, como veremos, la configuración sería siempre relativa con respecto a otras normas, así que también lo que ahora se considera un principio general podría ser configurado después como una regla frente a otro principio más general, o bien lo que ahora se considera una regla específica podría ser considerada después como un principio frente a otra regla más específica.

Veamos desde otra perspectiva estas tesis contrapuestas que, en la literatura contemporánea³, son llamadas a menudo respectivamente tesis de la separación fuerte y tesis de la separación débil entre principios y reglas.

Según la tesis de la separación fuerte, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios o a partir de reglas, y de la diversidad en la solución de los conflictos entre principios y entre reglas. Estas últimas diferencias son variables dependientes de la diversa tipología de las normas.

En cambio, según la tesis de la separación débil, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y

³ Véase por ej. L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.

en la solución de los conflictos. Estas últimas diferencias son condiciones disyuntivamente suficientes, pero quizás no necesarias⁴, de la diversa tipología de las normas.

En la primera tesis, la tipología parece presuponer una ontología de las normas, así que una norma, desde el comienzo (desde su producción si es una norma jurídica), o bien es un principio o bien es una regla. Cada norma es necesariamente o un principio o una regla (o un *tertium quid*, si se admite que la pareja principios/reglas no agota el universo de las normas).

En la segunda tesis, la tipología no parece presuponer una ontología de las normas: las normas son (configuradas como) principios o reglas en función de la manera de su interpretación y aplicación, en función de la manera de argumentar a partir de ellas, o de solucionar los conflictos entre ellas. Cada norma es contingentemente o un principio o una regla (o un *tertium quid*, si se admite que la pareja principios/reglas no agota el universo de las normas), o puede ser un principio, en un tiempo y con referencia a un caso, y una regla, en otro tiempo y con referencia a otro caso.

Por lo tanto, según la tesis de la separación débil, la diferencia entre principios y reglas:

a) primero, es relacional (es decir, relativa y no absoluta), ya que un enunciado sólo puede ser configurado como un principio frente a otros enunciados que son configurados como reglas; y

b) segundo, es gradual (y no tajante), ya que es dependiente de la mayor presencia de características que también las reglas poseen (como la fundamentalidad, la importancia, la generalidad, la vaguedad, etc.).

Por consiguiente, la configuración de una norma como principio o como regla es generalmente, en el marco jurídico, sucesiva a la producción de la norma y conectada con su uso por parte de los operadores del derecho y de la dogmática.

Distintas versiones de la tesis de la separación fuerte han sido presentadas por autores como Ronald Dworkin⁵, Robert Alexy⁶, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁷. En mi opinión esta tesis, en todas sus versiones, aun las más refinadas, no logra defenderse de los ataques a los cuales en los últimos

⁴ Cfr. L. Prieto, *Sobre principios y normas*, p. 54.

⁵ Cfr. sobre todo R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard UP, Cambridge, Mass., 1977.

⁶ Cfr. sobre todo R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (1978), trans. by R. Adler - N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989.

⁷ Véase ahora M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

años ha sido sometida por autores como Luis Prieto⁸, Riccardo Guastini⁹, Juan Carlos Bayón¹⁰, Letizia Gianformaggio¹¹, José Juan Moreso¹², y otros. Por razones de brevedad, y como se trata de asuntos bien conocidos, me limito aquí a hacer reenvío a esta literatura y a ofrecer lo que me parece un resumen sintético, pero adecuado a mis fines, de la falsación de la tesis fuerte. Podríamos decir que la tesis de la separación fuerte, concebida como tesis teórica, no parece superar el test de la verificación empírica, ya que no siempre aquellas normas que son configuradas como principios por los partidarios de la tesis fuerte presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se le atribuyen, y, al revés, a veces incluso aquellas normas que son configuradas como reglas por los partidarios de la tesis fuerte presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se atribuyen a los principios.

La tesis fuerte, si no es aceptable en el plano teórico, podría, ya lo veremos, ser reinterpretada, sin embargo, como una tesis de política del derecho.

Dejada de lado, en el nivel teórico, la tesis fuerte, quedamos con una alternativa: negar la distinguibilidad entre principios y reglas, o bien aceptar la tesis de la separación débil. Me parece preferible la segunda opción, pues creo que, al menos en el marco jurídico, la tesis débil tiene una útil función heurística: permite, en efecto, dar cuenta de los distintos usos de las normas en la fase de la aplicación, en la fase del razonamiento jurídico, y especialmente en la interpretación y en la argumentación de la interpretación.

En resumen, según la tesis de la separación débil, los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam*, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nomen de principios), o en la fase de la aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por la dogmática). Esta configuración, en la aplicación del derecho y en el razonamiento jurídico, está generalmente motivada: es decir, el órgano de la aplicación o el intérprete justifi-

⁸ Cfr. L. Prieto, *Sobre principios y normas*, cit.

⁹ Cfr. por ejemplo R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, esp. pp. 115-45.

¹⁰ Cfr. J. C. Bayón Mohino, *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

¹¹ Cfr. por ejemplo L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986.

¹² Cfr. J. J. Moreso, *Comefar combaciare i pezzi dei diritto*, en R. Comanducci - R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998.

can la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema. (Si la configuración es firme en el tiempo, generalmente la motivación falta, y se hace implícitamente reenvío a la justificación ofrecida por otros en el pasado).

Ilustraré esta conclusión desarrollando unas rápidas observaciones ejemplificativas. No obstante, quiero antes subrayar que, en el nivel conceptual, y como consecuencia de los presupuestos metodológicos mencionados al comienzo, el empleo de la noción «principio», en el interior de una teoría descriptiva, como la que estoy procurando presentar, es distinto del empleo en el interior de los procedimientos de producción, aplicación e interpretación dogmática del derecho. Mientras que, en el primer caso, la noción «principio» sirve, como dije, para dar cuenta de los distintos usos de las normas jurídicas, en el segundo caso la noción tiene empleos eminentemente prácticos, y no teóricos: es un instrumento de política del derecho, usado contingentemente por el legislador y por los operadores. Solo haciendo referencia a estas motivaciones prácticas de los actores institucionales del juego del derecho -es decir solo prestando atención a las creencias y a las actitudes, al punto de vista interno, de los operadores-, la teoría puede intentar ofrecer un cuadro realista del derecho vigente.

Vamos ahora a presentar unos ejemplos.

Por lo que se refiere a la fase de producción del derecho, podemos observar que, al menos en la Europa continental desde la posguerra hasta hoy, se asiste a un aumento constante de la formulación de normas expresamente designadas como principios por el legislador, o, de todas maneras, a un aumento de la producción de normas que fácilmente pueden ser configuradas como principios por los intérpretes. Esto no depende solo de la promulgación, en todos los países, de constituciones ricas en principios expresos, sino, más bien, de aquel procedimiento que ha sido llamado de «constitucionalización» de todo el derecho. Se trata de un procedimiento generado por la obra combinada del legislador, de los tribunales constitucionales, de una parte de la jurisdicción y de sectores importantes de la dogmática. El procedimiento, una vez llevado a cabo completamente, conduce a concebir la legislación (primaria y secundaria) como actuación y concretización de los principios constitucionales, que así realizan una presencia penetrante en cada rama del derecho. Ya que la administración y la jurisdicción están también concebidas como actividades de actuación y concretización de la legislación, y, por lo tanto, directa o indirectamente, de los principios constitucionales, todo el sistema jurídico está caracterizado por una fuerte presencia de elementos estáticos, al lado de los tradicionales elementos dinámicos. Si se representa el derecho como un sistema (también) estático, en

el cual las relaciones dominantes entre las normas que lo integran son de contenido, es fácil entender que se pueda hablar de un derecho «principlista»: en un sistema estático cada norma superior -superior desde el punto de vista de cualquier jerarquía axiológica- es configurable como principio frente a las normas inferiores. En abstracto, cualquier norma, a parte aquellas de grado ínfimo, es potencialmente configurable como un principio. Y cada fuente de producción de normas sería, a la vez, limitada en su competencia normativa por principios superiores, y limitaría, a través de la producción de principios, la competencia normativa de las fuentes subordinadas.

Si a esta representación del sistema jurídico, hoy en día muy común al menos en una parte de la dogmática y de la jurisdicción, agregamos algunas premisas adecuadas -relativas a la fuente de los principios fundamentales en una moral objetiva, y a la específica función de los principios en la interpretación del derecho-, es fácil llegar a la conclusión, que Dworkin ha hecho célebre, de que en un derecho «principlista» la indeterminación desaparece, y los órganos de aplicación podrían encontrar, para cada caso, la única respuesta correcta, o al menos la mejor posible. En la última parte de mi exposición discutiré esta conclusión.

Por lo que se refiere a la fase de la interpretación (y de su argumentación), se puede observar que la configuración de una norma como principio, por parte del intérprete, es generalmente funcional a la utilización de técnicas interpretativas y argumentativas que se consideran justamente persuasivas si son empleadas sobre los principios y no sobre las reglas, y, al revés, la no configuración de una norma como principio es funcional al rechazo de técnicas interpretativas y argumentativas que no se consideran «aptas» para los principios si no solo para las reglas. Un único, y bien conocido, ejemplo: la configuración de una norma como principio sirve para favorecer interpretaciones «adecuadoras» del derecho, y a desacreditar las interpretaciones «literales». No configurar la misma norma como un principio tiene efectos exactamente opuestos.

Cabe, sin embargo, confirmar que las diversidades observables en la interpretación de normas, previamente configuradas como principios, frente a la interpretación de normas, previamente configuradas como reglas, son de tipo cuantitativo y no cualitativo: es decir que no son utilizables como parcial verificación empírica de la tesis de la separación fuerte entre principios y reglas.

Por lo que, al final, se refiere a la fase de la aplicación, la configuración de principios desarrolla normalmente un doble papel: por un lado, el papel de permitir una aplicación «ponderada» o «balanceada» de cada norma configurada como principio frente a otras normas configuradas en la misma manera; por el otro, y por consiguiente, el papel de evitar la emersión de anti-

nomias del tipo total-total o total-parcial entre las normas así configuradas¹³. Aun si es empíricamente falso lo que afirma la tesis de la separación fuerte -es decir, que todos y solo los principios se aplican a través de una ponderación, mientras que las reglas se aplicarían a la manera del «todo o nada»-, es estadísticamente verdadero que, sobre todo en la jurisprudencia constitucional, la configuración de principios en la fase de la aplicación es funcional al uso de la técnica de la ponderación.

Podríamos quizás añadir que, mientras que en algunos casos es posible detectar una antinomia entre reglas solo sobre la base de sus formulaciones, generalmente esto no es posible con los principios: podríamos decir, extendiendo ahora el discurso más allá del marco jurídico, que para averiguar la presencia de una incompatibilidad entre principios es preciso examinar la justificación de los mismos principios, en el interior del sistema al cual pertenecen. Me explico.

Me parece que la incompatibilidad entre principios puede ser distinguida entre fuerte y débil. Hay incompatibilidad fuerte si los dos principios son opuestos, en el sentido de que no es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir no es posible subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético (moral o jurídico). Hay incompatibilidad débil si los dos principios son divergentes, en el sentido de que, aun si es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético, las consecuencias de su aplicación práctica son, entre ellas, a veces contradictorias. En este caso, para solucionar el conflicto, haría falta recurrir a la jerarquía interna del sistema ético al cual pertenecen, siempre que haya una.

Este último sería el caso del conflicto entre principios jurídicos, según la opinión de muchos tribunales constitucionales y teóricos del derecho. Los principios jurídicos fundamentales, en efecto, serían a menudo incompatibles en sentido débil entre sí, y puestos en el mismo nivel jerárquico. La actividad de ponderación, desde luego, se desarrolla caso por caso, sobre la base de una jerarquía entre los principios que solo es relativa al caso en cuestión, y está decidida por el órgano de aplicación, o por el intérprete, «a la luz de los intereses en juego», es decir, para una teoría realista, sobre la base de las opciones valorativas de quien decide la aplicación o la interpretación. Esto será un elemento de gran importancia en la parte final de mi exposición, relativa a la conexión entre configuración de principios e indeterminación del derecho.

2.2. Fuente

Para acabar esta visión panorámica sobre los principios jurídicos, me queda por decir algo sobre los debatidos problemas de la fuente (o de las fuentes) y de la clasificación de los principios.

¹³ Cfr. R. Guastini, *Distinguendo*, cit., pp. 142 ss.

Respecto a la fuente, me interesa solo tratar brevemente una cuestión.

Para la vulgata positivista, la fuente de los principios jurídicos no representa ningún problema, ya que no puede ser más que el mismo derecho: los principios o son el significado de una disposición de derecho válido, o bien son sacados, por medio de una generalización, de un conjunto de disposiciones de derecho válido.

El desafío al positivismo, propuesto por Dworkin y otros, consiste, en cambio, en afirmar que la fuente última de los principios jurídicos (al menos de los principios fundamentales) es la moral y no el derecho. Con una doble consecuencia, supuestamente teórica: a) que derecho y moral, a través de los principios fundamentales, formarían un sistema único; y b) que el positivismo jurídico, con la caída de uno de sus aspectos centrales, lo de la separación entre derecho y moral, no sería más una postura teórica defendible, ya que no sería capaz de describir en forma acabada lo que justamente pretende que es su objeto, o sea el «derecho como es».

En otra ocasión he sostenido¹⁴ -y en los mismos términos se ha expresado Bulygin¹⁵- que este desafío al positivismo no da en el centro del blanco. En efecto el positivismo metodológico, el único defendible en mi opinión, a diferencia de la vulgata positivista, solo afirma aquella que llamaría la tesis de la no conexión identificativa necesaria entre derecho y moral: en otras palabras, la tesis según la cual no hace falta que el teórico, para identificar el derecho, asuma un punto de vista moral. Para el positivismo metodológico, siguiendo a Kelsen, es la teoría que debe ser pura, no el derecho, que de hecho puede tener y tiene muchas conexiones con la moral. Por ejemplo, un positivista metodológico puede admitir sin dificultad que hoy, en la praxis de los tribunales, especialmente de aquellos constitucionales, se recurre a principios morales. Esta praxis está estimulada por los partidarios de la tesis de la separación fuerte, la cual, probablemente, más que como una teoría, es interpretable como una doctrina normativa que sugiere, entre otro, a los jueces, según la expresión del último Dworkin¹⁶, una «lectura moral de la constitución».

Pero, desde el punto de vista del positivismo metodológico, aun si en la praxis de los tribunales constitucionales se realiza a veces la que podríamos llamar conexión justificativa entre derecho y moral, esta conexión no se realiza siempre: no es necesaria, si bien contingente. En cambio, en las orga-

¹⁴ Cfr. P. Comanducci, *Diritto, morale e politica*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII 2, 1997, pp. 365-78.

¹⁵ Cfr. E. Bulygin, *Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?*, en A. Aarnio, K. Pietilä, J. Uusitalo (eds.), *Interests, Morality and the Law*, University of Tampere, Tampere, 1996.

¹⁶ Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford UP, Oxford, 1996.

nizaciones jurídicas contemporáneas, todavía hoy en día es necesario, aun cuando se usan en la argumentación algunos principios morales, hacer referencia explícita a una fuente de derecho válido. Ninguna decisión solo está justificada por referencia a unos principios morales: ellos, desde un punto de vista jurídico, solo son instrumentos retóricos empleados para fundamentar una decisión, que es generalmente reconocida como jurídica solo por el hecho que fue tomada por órganos del Estado.

2.3. Clasificación

Un argumento ulterior que ha sido presentado (sobre todo por Guastini¹⁷) en general en contra de la tesis de la separación fuerte, y en particular en contra de Dworkin, es aquel de la heterogeneidad de los principios. En efecto, si examinamos la jurisprudencia y la dogmática, es fácil darse cuenta que se reúnen, bajo el nombre de principios, normas que tienen distinta estructura lógica y que desarrollan funciones diferentes. Desde luego, las supuestas características comunes, que tendrían que distinguir los principios frente a las reglas, son en realidad propias, según los casos, solo de algunos de ellos, y no de los demás.

La pluralidad y la heterogeneidad de los principios, sin embargo, plantea también el problema de su clasificación. Pero no quiero aquí ocuparme de esto. Me limito a señalar, como especialmente fecundas desde el punto de vista teórico, las clasificaciones basadas sobre la función, el alcance y la fundamentalidad de los principios¹⁸. Como siempre pasa con las clasificaciones, sin embargo, su utilidad es directamente dependiente de los fines por los cuales están elaboradas. No tiene sentido, por lo tanto, comparar entre sí dos distintas clasificaciones, si son diferentes los fines para los cuales han sido construidas (por ejemplo, una para fines teóricos, la otra para fines prácticos), y si son diferentes sus usos.

3. Indeterminación del contenido del derecho

Pasamos ahora a presentar una sencilla noción de determinación/indeterminación del derecho, para concluir después con un análisis de como la

¹⁷ Cfr. por ej. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 1992; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993; Id., *Il principio di diritto*, en *Il diritto dei nuovi mondi*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 193-207; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; Id., *Principi di diritto*, en *Digesto IV Edizione*, vol. XIV Civile, UTET, Torino, 1996, pp. 341-55.

¹⁸ Cfr. N. Bobbio, *Principi generali di diritto* (1966), ahora en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 257-79.

configuración de principios afecta la determinación/indeterminación del derecho.

Reitero que, en coherencia con los presupuestos metodológicos enunciados al comienzo, he tomado frente a la cuestión un punto de vista externo moderado, que tiene que ser cuidadosamente distinguido del punto de vista práctico (por ejemplo de un juez que tiene que justificar una decisión).

Ahora bien, me parece que el problema de la determinación/indeterminación del derecho es el problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción. Desde luego, el derecho está parcialmente determinado (o, lo que es lo mismo, parcialmente indeterminado) si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de algunas acciones, pero no de otras.

Son dos los momentos conceptualmente relevantes: el primero es anterior al cumplimiento de una acción (o, en abstracto, de cada acción futura); el segundo es sucesivo. Respecto a estos dos momentos, podemos individualizar una determinación/indeterminación *ex ante* y una *ex post*. El contenido del derecho está determinado/indeterminado *ex ante* si son seguramente previsibles/no previsibles las consecuencias jurídicas de acciones futuras; está determinado/indeterminado *ex post* si se pueden/no se pueden reconstruir las consecuencias jurídicas de acciones pasadas.

Por supuesto el problema interesante aquí es lo de la determinación/indeterminación *ex ante*. Kelsen y Hart, como todo el mundo sabe, han afirmado ambos la tesis de la parcial indeterminación *ex ante* del derecho: el primero ha puesto el acento sobre la estructura dinámica del sistema jurídico, que lleva el derecho a desarrollarse en el tiempo, sobre la base de actos de voluntad cuyo contenido no es completamente previsible; el segundo ha puesto el acento sobre la *open texture* del lenguaje jurídico, que deja un margen de discrecionalidad a los jueces en la solución de los casos difíciles, generando, de nuevo, la parcial imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

El contenido del derecho está, desde luego, al menos parcialmente indeterminado *ex ante*, aun si es determinable (y por lo tanto generalmente determinado *ex post*). Es más: en las organizaciones jurídicas modernas, los jueces tienen la obligación de determinar el contenido del derecho, frente a una acción o a un conjunto de acciones sometidas a su juicio. Para los jueces, en-

tonces, y para los que adoptan un punto de vista interno, el derecho no solo es determinable, sino tiene que serlo. Pero este punto de vista no es el externo, *detached*, de la teoría. Insisto: no tenemos que confundir la actividad cognoscitiva, en este caso predictiva, de la teoría, con la actividad práctica de quien, en una cultura todavía impregnada por la ideología positivista, tiene que determinar el derecho, y motivar su actividad, y por lo tanto tiene que actuar *como* si el derecho fuera completamente determinado *ex ante*.

Las causas, bien conocidas, de la parcial indeterminación del derecho son, fundamentalmente, aquellas, estructurales y lingüísticas, indicadas por Kelsen y Hart. Quizás a éstas podríamos añadir una causa, por así decir, «subjetiva»: el legislador, pero también las jurisdicciones supremas¹⁹, formulan a menudo las normas de una manera que hace indeterminable *ex ante* su contenido. Y esto no pasa solo por incapacidad técnica, o por razones de acuerdo político: a veces se trata de una elección consciente, que tiende a delegar en otras instancias normativas el poder de reducir la indeterminación.

4. Principios e indeterminación

Ha llegado el momento de combinar lo que dije sobre los principios jurídicos y la noción de indeterminación, y de preguntarse de que manera la configuración de algunas normas como principios afecta la indeterminación del derecho.

Como es bien conocido, y como he mencionado antes, Dworkin afirma la tesis de que un derecho, formado, además de reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la unidad de solución justa, o correcta, criticada, entre otros, por Aarnio). Me parece que así Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

Desde el punto de vista teórico, que es el que he escogido, y dejando a un lado la cuestión de la determinación *ex post*, el único problema interesante es el de la determinación *ex ante*: ¿cuál es el efecto de la configuración de principios en la determinación/indeterminación *ex ante*? Desde esta perspectiva, la respuesta de Dworkin es inaceptable, ya que la configuración de los principios, que son una *species* del *genus* normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la par-

¹⁹ Cfr. por ej. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

cial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntarnos si podría disminuirla.

Creo que la indeterminación podría quizás disminuir si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiera una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y cumplida por los jueces); 2) si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo esas condiciones la promulgación de principios, hecha por el legislador, o la configuración de principios, hecha por los jueces y la dogmática, podrían disminuir la indeterminación *ex ante* del derecho.

Pero, en la realidad, estas condiciones no se dan. Y esto es así no tanto por discutidas razones meta-éticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. En efecto: a) aun si existiera, la moral objetiva no es conocida o compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, se caracterizan por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera sea el sentido, aun el más débil, de esta palabra).

Bajo condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus decisiones, pero no parece disminuir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y esto me parece que es así por tres razones principales:

1) porque uno de los rasgos más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad frente a las otras normas, y por lo tanto este rasgo incrementa en vez de disminuir la indeterminación *ex ante*;

2) porque, y por consiguiente, la promulgación y la configuración de principios, en ausencia de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias, y subjetivas, concepciones de la justicia, y esto también, por supuesto, acrecienta la indeterminación *ex ante*;

3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, es decir la ponderación de los principios caso por caso, en ausencia de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta, ella

también, la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho.

5. Conclusión

De lo que he dicho no quisiera que se saque la conclusión de que no haya buenas razones para promulgar principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que hay buenas razones para hacerlo.

Pero lo que no creo es que, en la situación actual, promulgar o configurar principios sean actividades que persiguen directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la seguridad jurídica. Estas actividades persiguen, en mi opinión, otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones «al por mayor»²⁰, el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente, la éter y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo, etc.

Lo que he dicho hasta aquí, adoptando un punto de vista teórico, por supuesto no responde a la pregunta central que se plantean los operadores del derecho y los participantes: ¿Qué hacer? En particular: ¿Qué hacer con los principios? ¿Tenemos o no que configurarlos? ¿Cómo debemos interpretarlos y aplicarlos? etc. Pero espero que ofrezca instrumentos conceptuales y elementos empíricos que puedan servir al momento de tomar decisiones jurídicas.

Quizás todo esto parezca muy poco para quienes esperan de la teoría del derecho soluciones prácticas, pero creo que esto es todo lo que una teoría no valorativa puede ofrecer, si no quiere perder su *status* teórico, y hacer, además a escondidas, política del derecho.

²⁰ La expresión es de M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 5.

