

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO*

LEGAL PRINCIPLES AND
NEOCONSTITUTIONALISM

JORGE GUILLERMO PORTELA

Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de introducción al Derecho,
Universidad de Buenos Aires, Argentina

jg_portela@yahoo.com.ar



* Este artículo, que es de reflexión, tiene su origen remoto en una investigación sobre los valores jurídicos, fruto de lo cual es el libro del autor, *Una introducción a los valores jurídicos*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008.

RECIBIDO AGOSTO 24 DE 2009, ACEPTADO SEPTIEMBRE 28 DE 2009

RESUMEN

El presente trabajo trata de aclarar el significado de la noción de “principio jurídico”, que no ha sido utilizada siempre en el mismo sentido por diversos autores “neoconstitucionalistas”. Así mismo, se ha procurado efectuar una distinción entre el significado que el término posee en el neoconstitucionalismo, y la noción de “*principia iuris*”, tal como era conocida en el Derecho romano. A juicio del autor, una distinción entre ambos términos, el moderno y el romanista, tiene que ver con una división más profunda que cabe efectuar entre entendimiento teórico y entendimiento práctico.

PALABRAS CLAVE

Principios, reglas, neoconstitucionalismo, positivismo jurídico, filosofía práctica, valores jurídicos.

ABSTRACT

This paper seeks to clarify the notion's meaning of "legal principle", which has not been used always in the same way by different "neoconstitutionalist" authors. Also, it has sought to establish a difference between the meaning given to the term in neoconstitutionalism, and the notion of "principia iuris", as it was known in Roman law. For the author, a distinction between the two terms, the Modern and the Roman, has to do with a deeper division that could be made between theoretical and practical understanding.

KEY WORDS

Principles, rules, neoconstitutionalism, legal positivism, practical philosophy, legal values.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA; 2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIOS; 3. ¿PRINCIPIOS O VALORES?; 4. NEOCONSTITUCIONALISMO, VALORES Y DERECHO NATURAL; 5. LOS PRINCIPIOS, LA MORAL Y EL DERECHO; 6. ANÁLISIS DEL CASO PARTICULAR Y FUNCIÓN DEL JUEZ; 7. LOS PRINCIPIOS EN EL SENTIDO CLÁSICO DEL TÉRMINO; 8. PRINCIPIOS DE DERECHO E INTERPRETACIÓN JUDICIAL; 9. EL DERECHO COMO CIENCIA PRÁCTICA Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS; 10. SÍNTESIS: DIFERENCIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS NEOCONSTITUCIONALISTAS Y LOS PRINCIPIA IURIS ROMANISTAS; BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

¿Presupone el neoconstitucionalismo una teoría que se asienta, como uno de sus ejes principales, en la noción de “principio jurídico”? La cuestión no es menor, ni pequeña. Recordemos cómo Genaro CARRIÓ estigmatizaba precisamente esa noción, al caracterizarla como una “masa amorfa” en cuyo nombre se podía invocar prácticamente cualquier cosa. El positivismo jurídico podía así anteponer el concepto de norma al de *principio*, pretendiendo demostrar por esa vía que el Derecho es una verdadera ciencia, cuyo constitutivo eficaz es la certeza.

Y es que si efectuamos un repaso somero acerca del significado de “principio jurídico”, nos encontramos con un conjunto de ideas connotadas por esa denominación que, sin embargo, carecen de un sentido preciso.

Recuerda al respecto OTERO PARGA, en efecto, que el término comenzó a utilizarse a comienzos del siglo XIV, encontrándose relacionado con contextos éticos. Sin embargo, son de grandísima utilidad para la función interpretativa del Derecho, así como para integrar las posibles lagunas que se hayan producido en las leyes. Con cita de ATIENZA y RUIZ MANERO, nuestra autora advierte que en la actualidad existen diversos sentidos o significados del término “principios jurídicos” que deben ser tenidos en cuenta: 1) como una norma muy general, 2) como una norma redactada en términos particularmente vagos, 3) como norma programática o directriz, 4) como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, y 5) como norma sobre la solución y la interpretación de la norma aplicable¹.

Quizás haya contribuido mucho a esta verdadera “dispersión” de significados, el clásico estudio sobre los principios jurídicos de Giorgio DEL VECCHIO, quien concluía que los mismos poseen un carácter *ideal* y *absoluto*, como consecuencia de lo cual superan el sistema concreto del que forman parte. Pero, continuaba sosteniendo el ilustre iusfilósofo italiano, por esa misma razón los principios no pueden prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso; aunque tienen valor, sin embargo, *sobre y dentro* de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa².

¹ Cfr. Milagros OTERO PARGA, *Las fuentes del derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001, p. 79.

² Cfr. Giorgio DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1933, p. 85

2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIOS

El positivismo jurídico, en consecuencia, desconfió absolutamente de la noción de “principio jurídico”. Y esa desconfianza se reabrió cuando, en la década de los sesenta, DWORKIN comenzó a exponer sus tesis acerca de la endeblez de esa teoría en la resolución de problemas prácticos: los casos difíciles (*hard cases*). Sin embargo, la misma definición proporcionada por DWORKIN de los principios jurídicos, no contribuyó en nada a despejar las dudas acerca del alcance de este concepto. Recordemos que este autor sostenía que podía hablarse de principios en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas.

Pero específicamente, explicaba que el “principio” es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”³.

En consecuencia, tal como puede notarse, la noción de “principio jurídico” tiene que ver con algo “vago”, “ideal”, “absoluto”, “programático” y que constituye básicamente una especie de puerta que comunica al derecho con la moral, a partir de invocaciones genéricas a la equidad y a la justicia.

Recordemos, sin embargo, que detrás de la tesis de DWORKIN referida a los principios jurídicos se esconde una crítica a quien considera como uno de los máximos exponentes del modelo positivista: HART. El autor de *Los derechos en serio*, que sucedería precisamente a HART en su cátedra en Oxford, comete una especie de “parricidio”, al arremeter y hacer blanco predilecto de sus críticas al profesor oxoniense, concluyendo que su concepto de derecho es puramente normativo y pasa por alto el importante papel que juegan en la dinámica misma de lo jurídico aquellos estándares que no son normas: los principios. La crítica fue atinada. Tan ajustada y contundente que llevó al mismo HART a plantear una nueva versión de su obra principal, *El concepto de Derecho*, en la que habla ahora –en su *Postscriptum*⁴– de *soft positivism*: positivismo suave; un positivismo que años más tarde tomará el nombre de “incluyente” porque admite referencias a la moralidad, que antes eran impensadas.

Volvamos ahora a nuestro punto inicial. Porque si el neoconstitucionalismo posee un fundamento teórico en los principios jurídicos que han sido contemplados o recogidos en las correspondientes constituciones, es de rigor que nos preguntemos qué son para esta posición, o más bien, en qué consisten para dicha postura los aludidos principios. Tomemos por caso a una de las principales espadas del neoconstitucionalismo, ZAGREBELSKY. En todo momento este autor insiste en el carácter plural que poseen dichos “principios”. Ellos deben asumir un carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir⁵. Pero esa con-

³ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 7

⁴ Cf. Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, especialmente pp. 238 y ss.

⁵ Cf. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, p. 14.

vivencia ha de ser “dúctil”: la condición espiritual del tiempo en que vivimos, asegura ZAGREBELSKY, podría describirse como la aspiración no a uno, sino a muchos principios o valores que conforman la conciencia colectiva. Si cada principio o valor se entendiera como concepto absoluto sería imposible admitir otros junto a ellos. Es más: de hecho es altamente deseable, en la práctica, la prevalencia no de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente⁶.

Nuestro autor describe una característica propia de los principios, pero continúa en deuda con nosotros: no nos dice lo que ellos son. De todas formas, expresa que un rasgo característico del constitucionalismo es la fijación, mediante normas constitucionales, *de principios de justicia material destinados a informar a todo el ordenamiento jurídico*.

Ahora bien, quien expresa ni más ni menos que una “justicia material” ha de cubrir como una especie de reaseguro a todo el ordenamiento jurídico, admitiendo por otra parte que la justicia es un “principio”, no sólo se aleja de las concepciones puramente procedimentales, como la de RAWLS, sino que además tiene perfectamente en claro lo que es o lo que significa precisamente esa misma justicia.

En efecto, en cuanto a la lejanía de las posturas procesales, el mismo ZAGREBELSKY ha asegurado que el error de las tesis de RAWLS consiste en que se ha intentado establecer no “qué es” la justicia sino “cómo es posible” que los individuos puedan llegar a definirla sin caer en el error. *La convicción de que la justicia es una idea bella y lista para brotar de la cabeza de los hombres tan pronto como se les proteja de las perturbaciones conceptuales es la quintaesencia del más ingenuo racionalismo. No es en una aséptica “posición original” y sobre la fría mesa de la anatomía de los conceptos donde la justicia muestra su verdadero rostro (desfigurado), sino en las desgracias sociales y desde allí grita al cielo y a los hombres*⁷.

Sin embargo, en cuanto a la noción del concepto de justicia, ZAGREBELSKY se manifiesta incapaz de poder llegar a una idea clara. Así reconoce su impotencia:

También las teorías que se refieren a los derechos humanos, como cualquier otra teoría de la justicia, no se sustraen a la pluralidad de los puntos de vista y de las creencias y no están libres de la acusación o de la sospecha de enmascarar meros intereses [...]. Así, en el mundo occidental ni siquiera los derechos humanos valen pacíficamente como fundamento objetivo e indiscutido de la justa convivencia entre los hombres⁸.

Lo anterior nos hace recordar al KELSEN de *¿Qué es la Justicia?*, donde se aseguraba que cualquier intento de fundar objetivamente un valor (y la justicia lo es, ciertamente), estaba destinado al más completo de los fracasos, ya que lo que es

⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 15.

⁷ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en Gustavo ZAGREBELSKY y Carlo María MARTINI, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 22.

⁸ *Ibidem*, p. 20.

justo para uno, es injusto para el otro. La justicia no es de este mundo: es un ideal inalcanzable, afirmaba el jurista vienés⁹.

En otras palabras, nos encontramos en presencia de un “derecho dúctil”, en la medida en que ningún principio ha de prevalecer sobre otro y teniendo en cuenta, sobre todo, que una Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. Ello convierte a dichos principios en algo propiamente jurídico: la ley expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer de ese modo los puntos irrenunciables de cualquier combinación. Para ZAGREBELSKY, la ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución¹⁰.

3. ¿PRINCIPIOS O VALORES?

Sin embargo, otros autores adscritos a la corriente neoconstitucionalista, como es el caso de ALEXY, tienen una visión un poco más rigurosa de los principios jurídicos. Para ALEXY, los *principios* son normas (*sic*) que *ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus 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. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario¹¹.

En consecuencia, para ALEXY los principios son completamente equiparables a las normas (“son normas”). Pero al sostener que además constituyen “mandatos de optimización”, las consecuencias saltan a la vista a la hora de contestar afirmativamente acerca de la vinculación existente entre Derecho y Moral. Según ALEXY, donde esto está más claro es en los principios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social. A su juicio, si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que se han incorporado a ella las formas principales del derecho racional de la modernidad. *El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización* que, en cuanto al fondo, es moral *a causa de su contenido moral*¹².

Las tesis de ALEXY resultan particularmente interesantes si se tiene en cuenta que en la enumeración de principios efectuada más arriba existe una especie de reducción de la noción de “principio” al concepto de valor, hecho éste particularmente notorio también en los estudios de ZAGREBELSKY quien, como hemos visto,

⁹ Cfr. Hans Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 78.

¹⁰ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 97.

¹¹ Cfr. Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, p. 14.

¹² Cfr. ibidem, p. 15.

se refiere indistintamente a “muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva”¹³.

De todas maneras, esa identificación entre principios y valores parece común en el neoconstitucionalismo. Ello se torna particularmente evidente en PECES BARBA, quien nos habla de lo que denomina los “valores superiores” para referirse, precisamente, al conjunto de principios que fueron colectados en la Constitución española de 1978 (de la cual él fuera uno de sus redactores). Sólo que esa “amalgama” o “conjunción” de valores y principios posee ahora rango normativo. Nos encontramos frente a un hecho decisivo: los “valores superiores” tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede la misma y hunde sus raíces en la moralidad. Sin embargo, el significado jurídico de los valores superiores supone necesariamente su incorporación a normas¹⁴. El término “principios” es entendido aquí *como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo*¹⁵.

Ello permite la independencia del derecho positivo frente al derecho natural, porque los valores constituyen moral crítica incorporada a normas. Los valores, según lo entiende PECES BARBA, engloban el concepto de principios: los valores superiores como moralidad legalizada, y presionados por la moralidad crítica que suponen, son una orientación sobre dónde debe ir el Derecho, y señalan un *indirizzo* político del ordenamiento¹⁶. En fin, el verdadero pórtico de entrada de los valores jurídicos es el artículo 1.1 de la Constitución Española: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Nótese que si cotejamos dichos denominados “valores superiores” de los que nos habla la constitución española, con los que mencionaba ALEXY párrafos más arriba, la coincidencia será más que evidente. Sólo que ALEXY se refiere a ellos como “principios”, tal como hemos visto. Hay una coincidencia, empero, que se presenta a la hora de mostrar un cierto punto de conexión de la Moral con el Derecho.

Más allá de lo expuesto, resulta difícil dejar de lado la objetividad de los valores. El mismo PECES BARBA lo ha asegurado en un trabajo anterior, al sostener que los valores que aparecen en la historia como derechos humanos —aunque no sean derecho sin su incorporación al sistema positivo— tienen una sustantividad propia, una realidad propia, un contenido objetivo que no se pueden cambiar caprichosamente por la voluntad de un gobernante¹⁷.

¹³ Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 16.

¹⁴ Cfr. Gregorio PECES BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 36.

¹⁵ Cfr. Gregorio PECES BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASIS, *Curso de teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 167.

¹⁶ Cfr. ibídem, p. 41. Aquí PECES BARBA se torna particularmente confuso, porque su idea de los “principios jurídicos” parece que tiene que ver con lo que FULLER denominaba la “moral interna del derecho”, y que son descritos en el artículo 9.3 de la Constitución española: principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, seguridad jurídica, etc.

¹⁷ Cfr. Gregorio PECES BARBA, *Derechos Fundamentales*, Madrid, Biblioteca Universitaria Guadiana, 1984, p. 30.

4. NEOCONSTITUCIONALISMO, VALORES Y DERECHO NATURAL

Esta última idea, la de la admisión de una esfera objetiva de valores, no es admitida –empero–, por buena parte de los autores neoconstitucionalistas, salvo en lo concerniente a la “positivización” de los mismos, es decir, la encarnación de los principios en normas de derecho positivo. Como hemos visto, ello implica una negación rotunda del derecho natural: el legislador constitucional logra así situar el Derecho en el mundo de la cultura, es decir, en el ámbito de la obra humana en la sociedad y, de esta manera, se supera tanto al positivismo cerrado a valores, como al iusnaturalismo idealista, que desconsidera al Derecho positivo, a través de la positivización de valores, que son guía y límite para el desarrollo del ordenamiento¹⁸.

En el mismo sentido se pronuncia ZAGREBELSKY. Ahora, en presencia de los principios, la realidad expresa valores y el Derecho funciona *como* si rigiese un derecho natural. De nuevo, y ahora por un motivo atinente al igual modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el derecho por principios se encuentra con el derecho natural. De esta manera, el neoconstitucionalismo pretende salvar la falacia naturalista: el que la justicia deba ser realizada no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertido de los valores. En los ordenamientos jurídicos basados en los principios, en cambio, aquel paso no depende de un valor reconocido *a priori*, como sucedería a su juicio con la doctrina del derecho natural, sino de normas de derecho positivo. Aunque no se establezca expresamente, en todo principio se sobreentiende el imperativo: “tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamo”. El resultado es el mismo en ambos casos: por una razón teórica, en el primero; por una razón dogmática, en el segundo¹⁹.

Sin embargo, como veremos más adelante, la operación que procede a positivar al principio, incluyéndolo en una norma, puede propender a que ambos, principio y norma, se confundan de modo fatal diluyendo así la distinción verdadera que existe entre ambas realidades jurídicas. Esto permite al neoconstitucionalismo “salvar” la aporía de la falacia naturalista y, de paso, criticar la postura positivista a ultranza que niega este punto de unión entre el ser y el deber ser. Ahora puede considerarse que del “ser” –iluminado por los principios– nace el deber ser que es propio de la norma.

Similares referencias encontramos en otra de las figuras prominentes del neoconstitucionalismo: LUIGI FERRAJOLI. Este autor también insiste en el denominado “cambio de paradigma del derecho” que se ha producido por la constitucionalización de ciertos *principios* (centralmente, el de división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de todos). Ahora, la legalidad resulta caracterizada por la del *ser* del derecho, es decir, de su “existencia” –ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, “puesto” por el legislador–, y también

¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 52 y 54.

¹⁹ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 119.

la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de “validez”, así mismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.

5. LOS PRINCIPIOS, LA MORAL Y EL DERECHO

En consecuencia, a juicio de FERRAJOLI, esto sirve para completar la idea de Estado de Derecho. No sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de Derecho. Esta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino así mismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados²⁰. FERRAJOLI llama así *principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial)* al sometimiento también de la ley a vínculos, ya no sólo formales, sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones²¹.

En todo caso, podemos advertir que en la postura neoconstitucionalista puede notarse un ligero cambio de discurso respecto de las tradicionales concepciones paleopositivistas, como las de AUSTIN o Kelsen, que no admitían la existencia de valores en la esfera jurídica. Esta distinta posición afecta, indudablemente, tal como hemos visto, la visión que se tiene respecto de los principios, por un lado, y la conexión entre Derecho y Moral, por otra parte. Pero ambos extremos (el de los principios y el de la relación existente en todo caso entre normas morales y jurídicas), son como las puntas de un mismo lazo.

Ha sido ATIENZA, por ejemplo, el que al caracterizar con doce rasgos las posiciones más comunes al neoconstitucionalismo, indicara, entre ellas, la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario –además de las reglas– para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico y, en particular, de los de las sociedades contemporáneas. Pero también advertía, como otros de sus puntos más evidentes, la tendencia a considerar las normas –reglas y principios–, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico. Existe, pues, un debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.

Esto último resulta particularmente relevante a la hora de comparar la noción de principios jurídicos empleada por el neoconstitucionalismo y la de los *principia iuris*, utilizada tan comúnmente por el derecho romano.

²⁰ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 54.

²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 53.

En fin, ATIENZA indica como otra característica relevante del neoconstitucionalismo, la tesis de que entre el Derecho y la Moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual²². En última instancia, una conexión necesaria, que puede ser interpretada en los siguientes términos: “cualquier decisión jurídica y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral”²³. Pero esa consecuencia se deriva del carácter protagónico que deben asumir los jueces en la teoría neoconstitucionalista, en donde la tarea interpretativa asume un rol central, conformador del derecho. Precisamente, lo que permite la aplicación del derecho basada en principios es la posibilidad de que los jueces acudan a las razones morales que *justifican regular los casos de determinada manera*. Ponderar principios, a juicio de MORESO, conduce inevitablemente al razonamiento moral²⁴. En efecto, no olvidemos que, siguiendo la conocida explicación de DWORKIN, los principios poseen una dimensión de peso o de importancia de la cual carecen las normas. Y es precisamente esta dimensión la que hace que los principios deban ser comparados entre sí, y el caso resuelto según el peso relativo atribuido a los diversos principios concurrentes²⁵. En todo caso, se hace ver que el encargado de “sopesar” dichos principios en juego es el juez, quien debe efectuar la ponderación *en el marco de un caso particular*. La apelación a la razón práctica es más que evidente: si bien hay un sustento teórico, el derecho se decide en el aquí y ahora, en el contexto del caso que el juez debe resolver.

6. ANÁLISIS DEL CASO PARTICULAR Y FUNCIÓN DEL JUEZ

Así las cosas, de la idea de ponderación se derivan consecuencias en relación con el fortalecimiento de la posición del juez, cuya actividad adquiere un mayor protagonismo desde el momento en que ya no es válido exclusivamente el esquema silogístico propio de la escuela de la exégesis, en el que la premisa mayor se identifica con el enunciado normativo, la premisa menor con el caso, y la conclusión con la decisión. En relación con los principios, la argumentación jurídica se asemeja a la argumentación moral, ya que en ella se tienen en cuenta criterios materiales, valorando su importancia en el caso concreto. Por ello se afirma que es este ámbito uno de aquellos en los que se percibe que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación práctica²⁶.

La cuestión, sin embargo, no es pacífica. Indudablemente un derecho basado en principios ha de privilegiar la función judicial (y en este sentido puede hablarse, con toda propiedad, de un cambio de paradigma), así como un sistema jurídico basado en la protección de los derechos individuales a partir de la ley, tal como pregona LOCKE, privilegia la función legislativa. El problema se plantea con esta

²² Cfr. Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 309.

²³ José Juan MORESO, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf [fecha de consultada: 12 de agosto de 2009]. De todas maneras, MORESO piensa que el neoconstitucionalismo puede contemplarse como una teoría del Derecho, compatible con el positivismo jurídico.

²⁴ *Ibidem*, pto. 5.

²⁵ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 77.

²⁶ Cfr. Gregorio PECES BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ y Rafael DE ASIS, *Curso de teoría del Derecho*, ob. cit., p. 172.

especie de confusión que hemos examinado más arriba, entre los conceptos de *principio* y *valor*, porque –tal como ha demostrado HABERMAS–, de ello depende un enfoque diferente que se le esté dando a la tarea del juez.

En efecto, HABERMAS retoma la calificación de ALEXI de los principios como “mandatos de optimización”, cuya intensidad permanece abierta. Si los principios sientan un *valor* que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues ni la norma lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, HABERMAS asegura que con tal operación de ponderación o sopesamiento, la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores* que concretiza a estos orientándose por el caso concreto²⁷.

Sin embargo, la posición de este autor es ciertamente crítica respecto de esta “confusión” entre principios y valores: “Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles”²⁸. Los principios o las normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico; los valores, en cambio, un sentido teleológico. Así, el hecho de que en el caso particular yo deje me determinar en mi acción por normas o por valores, tiene en cada caso por consecuencia una orientación distinta de la acción. La cuestión de qué debo hacer en una situación dada se plantea y se responde de forma distinta en ambos casos. A la luz de normas puede decidirse qué es obligatorio hacer, a la luz de valores puede decidirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos la selección de la acción correcta. Pero “correcta” es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena para todos por igual; en cambio, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, “correcto” es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es bueno para nosotros²⁹.

En suma, en la medida en que un tribunal constitucional adopta la “teoría de los valores” y la pone en la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta para HABERMAS el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.

Obviamente, este autor parte de una concepción no objetivista acerca de los valores, lo que lo lleva a calificar que los correspondientes juicios de valor puedan

²⁷ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 327.

²⁸ *Ibidem*, p. 329.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 326.

resultar “irracionales”, y quizás esto ocurra por cierto prejuicio que el mismo HABERMAS posee respecto del pensamiento clásico. No es éste el lugar para ensayar una refutación de su postura, que toca más bien un nivel gnoseológico que surge a partir de que demos respuesta a la pregunta axiológica fundamental: ¿tienen las cosas valor porque las deseamos o las deseamos porque tienen valor? Pero ciertamente, de los valores se puede discutir, y si se puede discutir de los valores es que a la base de la discusión está la convicción profunda de que son objetivos, de que están ahí, y de que no son simplemente el peso o residuo de agrado o desagrado, de placer o de dolor que queda en mí mismo después de la contemplación del objeto. Los valores se descubren y ese descubrimiento parece ser no precisamente irracional³⁰.

Las referencias aportadas por HABERMAS son empero importantes a la hora de fijar con cierta rigidez una diferencia realmente existente entre los valores y los principios. Pero hemos llegado de nuevo a un punto interesante, y es el de que estos principios juegan (se sopesan) en la decisión de un caso particular.

Los peligros denunciados por HABERMAS han sido puestos también de manifiesto por BOTERO BERNAL, al advertir acerca de que los riesgos de la jurisprudencia de valores y del principialismo son, básicamente, su indeterminación de contenidos y la dificultad de aplicabilidad al caso concreto que genere cierta seguridad en el propio sistema jurídico³¹.

7. LOS PRINCIPIOS EN EL SENTIDO CLÁSICO DEL TÉRMINO

Ahora bien, luego de tener una idea acerca del significado y la función de los principios jurídicos para el neoconstitucionalismo, resulta conveniente preguntarnos si esas nociones son similares para el pensamiento clásico y, más particularmente, si los llamados *principia iuris* del Derecho romano tienen alguna equivalencia con las descripciones que hemos estudiado más arriba.

Un ejemplo quizás pueda servirnos como punto inicial en nuestro análisis. En una obra tradicional, escrita por Víctor-José HERRERO LORENTE, el *Diccionario de expresiones y frases latinas*³², donde se han recopilado más de cinco mil aforismos, máximas, refranes y pensamientos, el autor nos dice que compuso el libro recogiendo todo este universo de ideas a las que agrega: “frases de uso corriente en la terminología del derecho”. A la hora de exponer esas “frases”, como por ejemplo: “*ad impossibilia nemo tenetur*” (nadie está obligado a lo imposible), o “*exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis*” (la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados), nuestro compilador, al citar la fuente, se limita a consignar: “principio jurídico”.

³⁰ Cfr. Jorge G. PORTELA, *Una introducción a los valores jurídicos*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 15 y 47.

³¹ Cfr. Andrés BOTERO BERNAL, “Buscando el gris: monólogo para evitar una radicalización en el derecho”, en AA.VV., *Vivencia y pervivencia del derecho natural*, Medellín, Universidad de Medellín, 2007, p. 33.

³² Víctor-José HERRERO LORENTE, *Diccionario de expresiones y frases latinas*, Madrid, Gredos, 1980.

En otras palabras: salvo situaciones muy puntuales, los principios jurídicos son anónimos: carecen de autor. Constituían un centón, un universo de lugares comunes en materia jurídica, que se encontraban a disposición de los juristas y de los jueces y que se utilizaban argumentalmente para solucionar con un criterio de justicia los casos particulares. A veces, como ocurre con el Digesto (las *regulis iuris* consignadas en el Libro 50, t. 17), estos “principios” se agrupaban en catálogos, listos para encontrarse a disposición de los litigantes.

Tal como ha enseñado MANS PUIGARNAU, los denominados principios jurídicos poseen un valor intrínseco o *per se*; una virtualidad propia e imparticipada, imperio efectivo o fuerza de inducción a su observancia, poder de persuasión y dominio de la conciencia jurídica, transmisibilidad tradicional, estabilidad y persistencia, fecundidad para sucesivos desdoblamientos, en cuanto son normas de normas o “leyes de leyes” (*legum leges*), más allá de que poseen una cierta propensión a la glosa y al comentario, resistencia a la sofisticación y, finalmente, su especial capacidad para su formulación en locuciones breves, compendiosas, sobrias y concisas que se denominan *reglas de derecho*³³.

Este conjunto de opiniones, reglas y brocárdicos jurídicos, constituía en el Derecho romano una real fuente de derecho: la interpretación de los jurisconsultos jugó un papel central en el desarrollo de este sistema jurídico. En primer lugar, por el carácter extremadamente conciso de la ley de las XII Tablas, que requerían ser interpretadas, llenando sus vacíos; posteriormente, por la enorme consideración de la que gozaban los jurisconsultos, que no hizo más que progresar con el Imperio, a través de las *responsa prudentium*.

Ha sido VILLEY el que ha puesto luz sobre la tarea del jurista romano. Su tarea era la de guiar al juez y al proceso formulando las reglas del Derecho. Pero el Derecho no es un conjunto de “reglas” (o de normas, para emplear la terminología positivista): el Derecho no debe ser deducido de la regla sino, por el contrario, es del Derecho, que existe previamente, de donde se deducirá la regla: *ius non a regula sumatur sed a jure, quod est, regula fiat*. El *ius*, o como dicen también y con más gusto los romanos, los *jura*, no son normas que tienen su asiento en el pensamiento o en el discurso de los hombres, sino cosas que radican en el mundo de la naturaleza –el matrimonio, la filiación (D. 1.1.1.)– o instituciones sociales –los reinos, los límites de los campos, las instituciones de comercio (D. 1.1.1.5)– o bien, lo que descubrimos en el seno de cada acción –*ius in causa positum est* (D. 9.2.52.2)–³⁴.

VIEHWEG nos enseña que los juristas romanos eran muy aficionados a estas reglas, y comentando precisamente los textos del Digesto que ya hemos mencionado (L. 50, t. 17) advierte que se trata, evidentemente, de un apretado repertorio de puntos de vista, muy importantes y largamente aceptados, en forma de citas de juristas, pero sin ningún propósito sistemático y en un orden descuidado³⁵. Ellos no están dominados por un nexo deductivo, lo que permite que puedan ser ampliados y

³³ Cf. Jaime MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. xxix.

³⁴ Cf. Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, p. 107.

³⁵ Cf. Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1963, p. 75.

completados sin dificultad. Precisamente el espíritu deductivo está completamente alejado del método propio utilizado por los juristas romanos para la solución de los problemas jurídicos.

Para ellos, el punto de partida es *el caso* que ha de decidirse, tal como afirmara SAVIGNY: “es como si un caso cualquiera fuese el punto de arranque de toda la ciencia”. Esto, en fin, permite a los juristas entender el derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable³⁶.

Frente a la rigidez de la norma, nos encontramos pues con la flexibilidad del intérprete. El jurista romano jamás pensó que el Derecho fuera algo acabado, cerrado, que pudiera concentrarse en una ley; antes bien, el *ius* es un producto de la confrontación de opiniones a favor y en contra, pero siempre desde el caso, desde lo particular. Como podemos apreciar, se trata de una manera completamente distinta de entender lo jurídico, si hemos de compararla con nuestra formación, surgida a la sombra del normativismo. El Derecho romano desconfía de las generalizaciones pero su mayor arte consistió, sin embargo, en extraer de la consideración de un caso específico la regla general. Y sin embargo, esas reglas eran puntualmente observadas incluso en situaciones análogas futuras. En este sentido, los *principia iuris* poseían un indudable valor propio en el desenvolvimiento del derecho. Tal como lo ha enseñado VILLEY, citando a CICERÓN, sólo la experiencia de la vida judicial puede llevar a poseer la ciencia del derecho³⁷. No es así, sin embargo, como operan los principios jurídicos de los que nos habla el neoconstitucionalismo. La sola enunciación del principio en el texto constitucional no basta: es necesaria la ley posterior que lo recoja y le dé vida concreta en la dinámica jurídica. En consecuencia, los *principia iuris* tienen vigor propio. Los principios jurídicos neoconstitucionalistas, con toda la fuerza programática que poseen, y a pesar del tremendo peso que tienen al haber nacido ni más ni menos que en la Constitución, requieren el texto legal de menor jerarquía normativa que los haga plenamente operativos.

En una concepción como la romanista, los principios adquieren una importancia fundamental pero también un sentido completamente diverso del que les otorgan las teorías modernas, como el neoconstitucionalismo, para la cual ese mismo principio sólo adquiere vigor *desde* la norma constitucional. No antes. Para completar esta idea: *desde y para* la norma constitucional. Los principios propios del derecho romano, en cambio, existen *desde y para* el Derecho en su conjunto.

8. PRINCIPIOS DE DERECHO E INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Desde el punto de vista romanista y clásico, el principio entonces se encierra generalmente en un refrán, proverbio o brocárdico jurídico. Hay así, cientos de aforismos, de refranes que poseen una aplicación concreta y práctica en el arte del Derecho. Como lo hemos sostenido en otro trabajo, los hay para tratar cuestio-

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 74.

³⁷ Cfr. Michel VILLEY, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 22.

nes concernientes a aspectos particulares del Derecho civil, como la propiedad y el dominio, o para solucionar conflictos que puedan presentarse en la órbita del Derecho penal, y también, desde luego, los hay de un contenido muy general, lo que los hace aplicables a diversos aspectos de la realidad jurídica³⁸. Ello permite destacar un aspecto central: el principio está en el Derecho, no fuera de él. No necesitamos inventar una metafísica especial de la cual extraigamos principios que luego nos serán de utilidad para dar una correcta solución a nuestro caso. Ahora, si hemos de insistir en la relación existente entre aforismos y principios podríamos sostener, tal como lo afirmáramos en aquella oportunidad, que el aforismo es el medio por el que se conoce el principio. *El principio es la electricidad; el aforismo es el cable que conduce el fluido merced al cual podemos obtener la luz.*

En todo caso, el principio es una eficaz herramienta del jurista que, utilizada en el momento apropiado, tiene mucho que aportar a la hora de evaluar las vías posibles de solución a los casos que se nos presentan. Principalmente, los principios o las máximas jurídicas eran utilizadas (y ciertamente, *son* utilizadas por los juristas) para fundamentar de manera adecuada una posición sostenida en un razonamiento. Por ello puede decirse que tienen una finalidad confirmatoria: 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 Derecho. Los principios y las máximas que los enuncian no solucionan el conflicto, pero en todo caso constituyen una guía adecuada: son como las señales de tránsito que permiten al conductor atento dirigirse correctamente a la dirección que desea tomar.

Ahora bien, la relación existente entre principios y máximas, y en todo caso su natural eficacia argumental se ponen en evidencia cuando analizamos el significado del término “máxima”, de acuerdo con nuestro diccionario patrón. Allí vemos, en efecto, que nuestro concepto significa “regla, *principio* o proposición generalmente admitida por todos los que profesan una facultad o ciencia”, mientras que en la segunda acepción, leemos: “sentencia, apotegma o doctrina buena para la dirección de las acciones morales”. Finalmente, en una tercera acepción, el término se emplea como “idea, norma o designio a que se ajusta la manera de obrar”³⁹.

Hemos advertido ya que parece evidente que el significado principal de nuestro concepto de “máxima”, reenvía al de “principio” (“regla, *principio* o proposición...”), y que las restantes acepciones aluden en forma clara a contextos en los que tiene que ver la idea de norma o de regla moral, es decir, una noción próxima a la de acción humana buena. Así, podríamos preguntarnos si puede dudarse entonces del importante rol que cumplen, en la sinergia propia de la argumentación jurídica, las máximas y los proverbios, en cuanto ellas expresan principios.

³⁸ Cfr. Jorge G. PORTELA, *Aforismos y principios jurídicos*, en AA.VV., *Temas de Filosofía del Derecho*, Universidad de Medellín, 2003, p. 81.

³⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 22 ed., 2001, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=máxima.

En efecto, ¿cómo es posible soslayar, o considerar que cumplen tan sólo un papel accidental, cuando acabamos de ver que ellas condensan “primeras proposiciones”, “doctrinas buenas”, “proposiciones generalmente admitidas por todos los que profesan una facultad o ciencia”?⁴⁰.

De todas maneras advertimos aquí que, al contrario de lo que ocurre con los principios jurídicos de los que hablan los neoconstitucionalistas, los *principia iura* romanistas poseen una adaptabilidad al caso mucho más destacable. Siendo universalizables, gozando en abstracto de una gran adhesión de parte de los juristas, es en el *casus* en donde son utilizables argumentalmente, a favor y en contra. El Derecho se presenta aquí, en muchos casos, como un conjunto de respuestas a problemas concretos. Y en relación al caso, desde luego, el problema es qué sea lo justo aquí y ahora. Así vistas, puede decirse que los principios jurídicos, desde el punto de vista clásico, son como las grageas de esa fuente inagotable de creación que es el arte del Derecho.

Es que el Derecho, en esta concepción que podemos llamar “tradicional”, constituye una *ciencia práctica*. Nunca podrá decirse de ella que sea una ciencia axiomática, un conjunto abstracto de proposiciones lógicamente deducibles de unos postulados primarios, sino una ciencia orientada hacia el análisis y la resolución de problemas concretos.

En efecto, tal como ha enseñado con precisión MARTÍNEZ DORAL, así como la sentencia no es una simple reproducción de la ley, sino un intento de llegar hasta la singularidad del conflicto de intereses que se intenta resolver, el contenido de una decisión normativa no se hace prudente porque la voluntad esté firmemente orientada a la justicia, sino porque el que va a tomar esa decisión *conoce* realmente la situación concreta que ella va a regular y *sabe* valorarla con rectitud, en función de los principios y las normas universales que esa situación requiere⁴¹.

Aquí tiene mucho que ver, indudablemente, la utilización de la prudencia en la ponderación de los diversos principios jurídicos que han de aplicarse para solucionar el caso concreto. Pero ello nos reenvía de nuevo a la consideración del Derecho como ciencia práctica, tópico que procederemos a estudiar seguidamente.

9. EL DERECHO COMO CIENCIA PRÁCTICA Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

El conocimiento jurídico es un saber práctico, pues su objeto es la justicia y ésta, como lo ha señalado muy acertadamente MARTÍNEZ DORAL, lleva consigo una tendencia inexorable a la realización, se trata de un intento de conformación y configuración de situaciones concretas y de sociedades determinadas.

⁴⁰ Jorge G. PORTELA, “Máximas, principios jurídicos y argumentación”, en AA.VV., *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 330.

⁴¹ Cfr. José María MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963, pp. 75 y 107.

En consecuencia, la idea de *realización*, la referencia a la acción, se encuentra siempre presente en el arte del Derecho. Pero, ciertamente, esto nos lleva a efectuar una distinción previa, que es uno de los pilares sobre los que se asienta la comprensión de lo jurídico desde la perspectiva clásica: la división del entendimiento en especulativo y práctico, respectivamente.

El primero conoce en función del conocimiento, aspira sólo a ver, y la verdad constituye la única meta de sus esfuerzos. El otro conoce, pero en función de la acción y de la conducta; no trata sólo de captar esencias sino de dirigir la actividad del hombre; la meta de su esfuerzo creador es el modo de orientar la acción humana en el cumplimiento de las múltiples tareas de la vida. No conoce, pues, para descansar en el conocimiento y gozar de la contemplación, sino para servirse del conocimiento con miras a la actividad⁴².

De suyo, no se trata de dos facultades distintas, sino de una sola y la misma facultad ejerciendo en modos típicamente diferentes su única actividad. No son dos mundos radicalmente distintos sin posibilidad de comunicación o al menos con una conexión muy problemática, sino un solo universo de conocimiento que, adoptando formas y ejerciendo funciones sumamente heterogéneas entre sí, establece sin embargo, entre el conocer, el querer y el obrar del hombre, una continuidad efectiva⁴³.

Así, el objeto del entendimiento práctico es un “operable”: algo que todavía no ha sido *hic et nunc*, y a lo cual debe darse forma, algo que está aún por realizar o en lo que la idea de realización interviene de manera decisiva. Si el entendimiento conoce entonces ese objeto, no es sólo para entenderlo y descansar en su contemplación, sino para utilizar ese conocimiento con vistas a la acción.

Ahora bien, como aclara MARTÍNEZ DORAL, a quien venimos siguiendo en esta parte de nuestro estudio, el objeto del conocimiento jurídico es por cierto un operable, jamás una realidad simplemente especulable; no algo que ya es, que está ahí y puede ser objeto de nuestra contemplación, sino algo que todavía no es, que aún no ha sido realizado en su existencia concreta, y que ha de ser puesto en obra. Precisamente, los *principia iuris* romanistas llevan en sí mismos esa necesidad de realización concreta a partir de su aplicación al caso. El “casus”, por otra parte, adquiere sentido en el *opus justum*, la realización de la justicia concreta en el aquí y el ahora.

De todas maneras, es importante insistir en esa “comunicación” que debe existir entre el intelecto teórico y el práctico, el juego conjunto y recíproco que ha de presentarse siempre entre ambos modos de conocer. Juego armónico que explica el significado de uno de los más conocidos adagios escolásticos: *operatio sequitur esse*. La operación es una consecuencia del ser. Adagio reinterpretado por el genio

⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 14.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 15.

de GOETHE a partir de una bella imagen poética: *la rectitud de la tendencia pende de la verdad del conocimiento.*

Lo expuesto tiene importantes consecuencias a la hora de hacer mínimamente aplicativos los postulados de los que nos habla el neoconstitucionalismo, y la influencia que ejerce dicha postura a la hora de conjugar los principios con el vasto desarrollo que la misma ha tenido a la hora de construir la doctrina referida a los derechos humanos. Porque, en efecto, si el fundamento último por el que existe el Derecho es la persona humana, resulta sintomático que hoy casi nadie habla de las *personas humanas* sino de los *derechos humanos*. Claro que desde el punto de vista puramente normativista (y el neoconstitucionalismo es en última instancia un normativismo a ultranza), los derechos humanos presentan la ventaja de poder recurrir a ellos sin mencionar al ser humano que subyace y hace posibles esos derechos. Por esa razón, los neoconstitucionalistas son tan afectos a afirmar “principios” tales como que todos tenemos derecho a un trato sin discriminaciones, o a la vida, porque así lo dispone la declaración universal de los derechos del hombre, o determinado texto constitucional, simples leyes o normas positivas. *Pero eso es como declarar que la tierra es redonda porque así lo dispone un atlas geográfico*⁴⁴.

Nuestra distinción respecto del conocimiento teórico y el práctico tiene que ver con este modo de entender la realidad. En efecto, la pérdida de la razón teórica implica que la razón práctica, desasistida de la razón que ante todo conoce, tiene que decidir por sí sola sin fundamento alguno en el mundo del ser. Entonces, no basta con la sola invocación de los principios, o su inclusión en algún texto normativo. CARPINTERO lo ha enseñado con gran precisión: los hombres que dialogan no se mueven sobre una absoluta indeterminación ontológica. El lenguaje, si quiere ser verdaderamente racional, está condicionado y orientado por los datos que provienen del mundo del ser. De suyo, el hombre no es un ser proteico. Un individuo, a solas consigo mismo, puede ser radicalmente indeterminado, pero no es indeterminado el hombre que constituye hipotecas, que compra, que vende, que tiene hijos, etc., porque todo esto le lanza exigencias objetivas, reales⁴⁵. Todo lo cual nos remite nuevamente a la relación entre teoría y práctica, y a considerar que la filosofía práctica presenta necesariamente una vertiente casuista, porque gira en torno a bienes concretos y no a reglas generales.

Lo expuesto, incluso, había sido ya descubierto por los juristas romanos a través de uno de los más sugestivos principios jurídicos, el expuesto en el título XVII, libro 50 del Digesto, que ya estudiáramos más arriba (supra, 7): *Non est regula ius sumatur; sed ex iure, quod est, regula fiat* (el Derecho no se obtiene desde las reglas, sino que éstas se inducen desde el Derecho)⁴⁶; lo que también sin duda

⁴⁴ Cfr. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, “Los principios fundamentales y el razonamiento práctico”, en AA.VV., *Manual de Filosofía del Derecho*, Madrid, Colex, 2000, p. 212, bajo la coordinación de Francisco PUY MUÑOZ y Ángeles LÓPEZ MORENO.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 224.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 259. El autor cita la autoridad de Álvaro D’ORS: “Como el acto de juicio tiene siempre por objeto un caso concreto, toda la actividad jurídica será eminentemente casuística”.

fue plasmado en uno de los más conocidos brocárdicos jurídicos: *Ex facto oritur ius* (del hecho, nace el derecho).

En suma, el principio no era algo puramente apriorístico: se encontraba imbuido de realidad.

10. SÍNTESIS: DIFERENCIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS NEOCONSTITUCIONALISTAS Y LOS *principia iuris* ROMANISTAS

De todo lo expuesto se infiere que el jurista romano tenía una mentalidad distinta a la de su par moderno. Y en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, la naturaleza de los principios, podemos señalar algunas de estas diferencias:

- a) Los principios jurídicos neoconstitucionalistas poseen una naturaleza jurídico-política. Son más universales que concretos. Los *principia iuris*, si bien tienen un grado de abstracción, nacen para funcionar en el contexto del caso, al cual suministran siempre una pauta de solución.
- b) Los principios jurídicos neoconstitucionalistas se plasman siempre en el plano del texto normativo. Sin texto, no hay principio. Los *principia iuris* no siempre forman parte de un texto legal.
- c) Como una consecuencia de la diferencia anterior, puede decirse que los principios jurídicos utilizados por el neoconstitucionalismo tienen un autor: el legislador positivo que les da vida. Los principios del Derecho romano son generalmente anónimos y pertenecen al patrimonio común de la sabiduría jurídica universal.
- d) Los principios jurídicos utilizados por el neoconstitucionalismo se presentan generalmente como conquistas políticas propias de los sistemas democráticos. Los *principia iuris* poseen una absoluta neutralidad política. Se aplican a la solución de conflictos originados en relaciones y situaciones jurídicas específicas.
- e) Los principios jurídicos neoconstitucionalistas tienen como protagonista principal la figura del juez, que es considerado el actor más importante de la escena jurídica. Los *principia iuris* romanistas eran (son) utilizados indistintamente por el jurista, el científico del derecho, el litigante, el juez. Su campo personal de utilización es más vasto.
- f) Los *principia iuris* poseen una mayor variedad, y un grado más alto de concreción en la solución de problemas específicos. Los principios jurídicos neoconstitucionalistas son más escasos y genéricos. Son programáticos, en el sentido que enuncian a menudo un plan de acción que se debe seguir por la legislación común.

- g) Como una derivación de lo expuesto anteriormente, los principios jurídicos utilizados por el neoconstitucionalismo están orientados más bien a la creación del derecho; los *principia iuris*, en cambio, están pensados para la acción jurídica, una de cuyas facetas más importantes es la decisión del caso.
- h) Los *principia iuris* invaden todas las ramas del Derecho. Los principios jurídicos neoconstitucionalistas, en cambio, son propios del Derecho constitucional o del Derecho político. Sólo desde allí se aplican (informan) al resto del ordenamiento jurídico.

Las diferencias que estamos marcando, naturalmente, no agotan el riquísimo universo de distinciones que pueden existir entre ambos tipos de principios, las que sin duda surgen a partir de que hagamos un estudio cada vez más afinado de los aportes neoconstitucionalistas y los efectuados por los juristas romanos.

Pero sin duda, estudiar profundamente las distinciones y, sobre todo, algunos cánones a partir de los cuales ambas formas de concebir el Derecho cobran vida, nos servirá a la hora de evaluar las aportaciones que dichas posturas han realizado en el ámbito del desarrollo de la Filosofía del derecho. Quizás este trabajo contribuya a esa evaluación y estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- BOTERO BERNAL, Andrés, "Buscando el gris: monólogo para evitar una radicalización en el derecho", en AA.VV., *Vivencia y pervivencia del derecho natural*, Medellín, Universidad de Medellín, 2007.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "Los Principios fundamentales y el razonamiento práctico", en AAVV., *Manual de Filosofía del Derecho*, Madrid, Colex, 2000, bajo la coordinación de PUY MUÑOZ, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1933.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1994.

- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.
- MORESO, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf, [fecha de consulta: 12 de agosto de 2009].
- OTERO PARGA, Milagros, *Las fuentes del derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001.
- PECES BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Biblioteca Universitaria Guadiana, 1984.
- PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PECES BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASIS, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- PORTELA, Jorge G., “Aforismos y Principios Jurídicos”, en AA.VV., *Temas de Filosofía del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2003.
- PORTELA, Jorge G., “Máximas, principios jurídicos y argumentación”, en AA.VV., *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- PORTELA, Jorge G., *Una introducción a los valores jurídicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, trad. de L. Díez Picazo, 1986.
- VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- VILLEY, Michel, *Derecho Romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en ZAGREBELSKY, Gustavo, y MARTINI, Carlo Maria, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.