

**Voces:** PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ~ ESTADO DE DERECHO ~ CONSTITUCIONALISMO SOCIAL ~ PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

**Título:** Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)

**Autor:** Vigo, Rodolfo Luis

**Publicado en:** LA LEY 08/02/2011, 08/02/2011, 1 - LA LEY2011-A, 1129

**Cita Online:** AR/DOC/266/2011

En tiempos del Estado de Derecho Constitucional uno de los temas que más interesa a la doctrina jurídica es el de los "principios". Sin duda que han contribuido en buena medida a ello las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. El primero, en su polémica con Hart, rechazando la alternativa de reducir el derecho a un "sistema de reglas" y proponiendo centralmente a los principios ("Principles"), o sea "exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad", cuyo contenido son los "derechos individuales", y estableciendo entre los diferentes criterios distintivos entre normas y principios, el que aquéllas sí es posible someterlas al test de origen o pedigrée en orden a establecer su origen y paternidades, pero éste es inviable respecto a los principios dado que ellos están en el derecho y los juristas lo que hacen es descubrirlos y aplicarlos. El segundo con su concepto del derecho no positivista en donde se postula para el mismo límites morales infranqueables ("la injusticia extrema no es derecho"), y al mismo tiempo se insiste de que más allá de aquella situación excepcional, lo habitual es que circule por el derecho la moral bajo el rótulo de los principios ("Prinzipien"), pues para Alexy hay una cierta identidad entre ellos y los valores, y su característica central es que son "mandatos de optimización" (las normas son "mandatos definitivos") en tanto pretenden la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. También para el profesor de Kiel como para Dworkin los derechos humanos pueden ser reconstruidos con la estructura característica de los principios.

Hemos recordado algunas de las particularidades que ofrecen los principios incorporados a la agenda del Estado de Derecho constitucional y los autores neoconstitucionalistas, atento a que el propósito de esta columna es señalar hasta dónde ellos tienen poco o nada que ver con los "principios generales del derecho" que aparecen invocados en los Códigos decimonónicos. Uno de los ejemplos típicos lo puede constituir nuestro Código Civil en su art. 16, donde Vélez, apartándose del Code napoleónico, que ningún supuesto de "laguna" contemplaba, admite esta alternativa y ofrece como mecanismo de integración de la ley a los aludidos "principios generales del derecho". Más allá de que dicha fórmula fue interpretada de distinta manera, procuraremos ceñirnos a la que pensamos más funcional al Estado de Derecho Legal.

De manera esquemática indiquemos a continuación los rasgos distintivos entre aquellos "principios" (p.) propios del Estado de Derecho Constitucional y los principios generales del derecho (p.g. del d.) invocados por los Códigos típicos de la matriz del Estado de Derecho Legal: 1) los p.g. del d. se los encontraba en la ley (más específicamente en los Códigos); los p. están en la Constitución (Zagrebelsky) o en los Tratados de Derechos Humanos; 2) se pretendía que los p.g. del d. no violentaban la visión juricista o insular (Nino) del derecho, mientras que los p. explícitamente suponen admitir la ineludible conexión entre derecho y moral, y otras dimensiones de la realidad social; 3) se puede recurrir a los p.g. del d. porque ellos están establecidos implícitamente por el legislador o el codificador; los p. suponen exigencias indisponibles para el legislador en tanto su violación compromete la validez o la juridicidad de su propósito creador; 4) el recurso a los p.g. del d. es de carácter excepcional en tanto sólo funcionan para el supuesto de ausencia de ley o laguna; a los p. el jurista debe recurrir siempre dado que permiten establecer la validez de la ley o la mejor respuesta jurídica; 5) el interés por la doctrina jurídica decimonónica acerca de los p.g. del d. fue escaso, en cambio para el mundo académico actual le resultan insoslayable ocuparse de los p. atento a las funciones validadora, expansiva o correctiva que ellos cumplen respecto a todo el derecho; 6) para la comprensión de los p.g. del d. bastaba el estatus epistémico propio de las ciencias jurídicas o dogmáticas que estaban representadas por las "ramas" del derecho; el contenido básicamente moral de los p. obliga a recurrir a la filosofía jurídica, moral o práctica; 7) la adopción de los p.g. del d. era plenamente compatible con una teoría jurídica positivista; el reconocimiento de los p. exige o se facilita desde teorías no positivistas; 8) la capacidad de generar respuestas jurídicas desde los p.g. del d. es muy limitada y acotada en tanto requiere el supuesto de laguna de la ley y no violentar la voluntad del legislador; los p. abren enormes posibilidades para que el jurista encuentre nuevas respuestas jurídicas a partir del derecho concentrado en los mismos; 9) los p.g. del d. son funcionales a la soberanía de los Estados nacionales con capacidad para crear libérrimamente al derecho; los p. suponen poner en crisis o acotar esa clásica soberanía de raigambre bodeniana y facilita el encuentro entre los diferentes derechos nacionales; 10) los p.g. del d. ratifican que la competencia jurígena o creadora del derecho —explícita o implícita— la tiene el Poder Legislativo; los p. importan un desplazamiento del poder estatal a favor del Poder Judicial —nacional o supranacional—; 11) los p.g. del d. confirman la decimonónica enciclopedia jurídica que visualizaba al derecho como un conjunto de ramas; los p. apelan privilegiadamente al derecho constitucional o internacional; 12) los p.g. del d. remitían al predominio de visiones iusprivatistas dado el papel central o troncal que tenía el código civil; los p. conforme a su contenido, importan una pronunciada publicización del derecho; 13) los p.g. del d. no perturbaban a la teoría decimonónica de las fuentes del derecho centrada en la principalidad de la ley; los p. implican una fuerte atención a la jurisprudencia en donde se explicitan a los mismos; 14) los p.g. del d. no

exigieron una atención pronunciada sobre las particularidades de los casos y su conocimiento verdadero; los p. con su contenido moral o axiológico requieren una respuesta jurídica ajustada a las características irrepetibles de los hechos por lo que se torna imprescindible un conocimiento adecuado de los mismos; y 15) los p.g. del d. no conmovían el propósito central de la seguridad jurídica; los p. importan una preocupación central por la equidad o una respuesta justa o correcta para cada problema jurídico.

Somos conscientes que los criterios precedentes pueden resultar sobreabundantes y algo superpuestos, pero no obstante ello, los mantenemos para potenciar el propósito diferenciador que anima a esta nota. De todas maneras es importante no perder de vista que tanto los p. y los p.g. del d. cumplen funciones equivalentes para el operador del derecho, dado que al ser tanto unos como otros "derecho concentrado" brindan la posibilidad de obtener desde ellos las respuestas jurídicas que se necesitan para los casos en cuestión. En buena medida esa función coincide con la definición que Aristóteles le atribuye al término "principio" ("arje") al decir en su *Metafísica* que es "el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce" (*Met.*, L.V, c.1) Sin perjuicio de esas coincidencias, las matrices de los tipos de Estados que estamos aludiendo terminan potenciando las diferencias entre los p. y los p.g. del d. hasta hacer a aquéllas irreconocibles y convertirlos en realidades muy distintas, a pesar de coincidir parcialmente en el nombre. En efecto, las notas típicas del Estado de Derecho Legal, en particular su legalismo (el derecho era lo contenido en la ley), estatismo (sólo el Estado nacional hacía el derecho), cientificismo (el saber jurídico sigue al modelo de las ciencias teóricas y descriptivas) y juridicismo (el derecho no debía contaminarse con la moral ni otras dimensiones de la realidad social) generan que los p.g. del d. pierdan sus notas propias de principios. Desde un plano más filosófico y yendo a una semántica realista de raigambre aristotélica, podríamos decir que el término y el concepto de "principio" es analógico, así los p. y los p.g. del d. en algo coinciden pero en algo se diferencian, de ese modo aquéllos (los p.) son el "analogado principal" (o principios en sentido estricto) en tanto expresan de la mejor y más completa manera lo que se quiere decir con principios. Los principios en definitiva son aquello de donde la "cosa" es, se hace o se conoce como derecho, y los p.g. del d. a instancias del Estado de Derecho Legal se transforman dejando de ser un concepto analógico secundario o derivado de "principio", para tomar tanta distancia como para dejar de ser —en términos estrictos— reconocidos como tales.

Nos interesa insistir en la relevancia que han adquirido los p. en el marco del actual Estado de Derecho Constitucional, lo que obliga a cualquier jurista a interesarse por ellos, si pretende estar a la altura de estos tiempos; aunque es cierto que la inercia de nuestras Facultades de Derecho en el grado, pocas posibilidades ofrecerá para una capacitación adecuada al respecto. El modo habitual y más extendido de suplir esa deficiencia son los posgrados, que en líneas generales muestran un derecho más vinculado con la matriz de un Estado y un Derecho principializado o constitucionalizado.