

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

UNA APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DESDE SU FUNCIÓN DE FUNDAMENTACIÓN

AN APPROACH TO LEGAL PRINCIPLES FROM ITS JUSTIFICATION FUNCTION

Juan Bautista ETCHEVERRY

Resumo

El presente trabajo busca iluminar algunos aspectos del debate sobre la caracterización de los principios jurídicos y sobre sus diferencias con las reglas. En esta oportunidad, se propondrá caracterizar a los principios y distinguirlos de las reglas no con base en sus diferencias estructurales, sino principalmente en las de tipo funcional. En concreto, se buscará mostrar que los distintos tipos de preceptos que son denominados como principios tienen en común el ser utilizados a fin de ejercer una particular función de fundamentación del razonamiento jurídico. Tomando como punto de partida la propuesta de caracterizar a los principios jurídicos por la especial función de fundamentación que desempeñan se propondrán nuevos modos de clasificar los principios y de explicar su relación con las reglas.

Palavras-chave: Principios jurídicos, Derechos fundamentales, Principios generales del derecho, Reglas, Función de fundamentación

Abstract/Resumen/Résumé

This work intends to throw light upon some aspects of the debate on the characterization of legal principles and on their differences when compared to rules. This analysis will propose a characterization of the different types of principles, and of what distinguishes them from rules, that is based not on their structural differences, but on their functional ones. Specifically, this work will try to show that the different types of precepts known as principles all have in common the fact of being used to perform the particular function of justifying legal reasoning. Taking as starting point this proposal to characterize legal principles according to the special justification function they perform, this work will suggest new ways to classify principles and to explain its relations with legal rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal principles, Fundamental rights, General principles of law, Rules, Justification function

UNA APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DESDE SU FUNCIÓN DE FUNDAMENTACIÓN*

Juan B. Etcheverry
jbetcheverry@austral.edu.ar

RESUMEN: El presente trabajo busca iluminar algunos aspectos del debate sobre la caracterización de los principios jurídicos y sobre sus diferencias con las reglas. En esta oportunidad, se propondrá caracterizar a los principios y distinguirlos de las reglas no con base en sus diferencias estructurales, sino principalmente en las de tipo funcional. En concreto, se buscará mostrar que los distintos tipos de preceptos que son denominados como principios tienen en común el ser utilizados a fin de ejercer una particular función de fundamentación del razonamiento jurídico. Tomando como punto de partida la propuesta de caracterizar a los principios jurídicos por la especial función de fundamentación que desempeñan se propondrán nuevos modos de clasificar los principios y de explicar su relación con las reglas.

PALABRAS CLAVE: principios jurídicos, derechos fundamentales, principios generales del derecho, reglas, función de fundamentación.

AN APPROACH TO LEGAL PRINCIPLES FROM ITS JUSTIFICATION FUNCTION

ABSTRACT: This work intends to throw light upon some aspects of the debate on the characterization of legal principles and on their differences when compared to rules. This analysis will propose a characterization of the different types of principles, and of what distinguishes them from rules, that is based not on their structural differences, but on their functional ones. Specifically, this work will try to show that the different types of precepts known as principles all have in common the fact of been used to perform the particular function of justifying legal reasoning. Taking as starting point this proposal to characterize legal principles according to the special justification function they perform, this work will suggest new ways to classify principles and to explain its relations with legal rules.

KEY WORDS: legal principles, fundamental rights, general principles of law, rules, justification function.

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Técnica de Argentina y la Universidad Austral (PICTO-Austral 2016-0095). El autor es investigador del CONICET y profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral. Agradezco los comentarios de P. Zambrano, P. Rivas y Federico De Fazio a versiones preliminares de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Los extensos debates que existen sobre cuál es la estructura que caracteriza a los principios jurídicos y si dicha estructura es sustancialmente diferente a la de las reglas corren el riesgo de transformarse en un diálogo de sordos, principalmente debido a que quienes participan de dichos debates no están de acuerdo ni siquiera sobre cuáles serían los ejemplos paradigmáticos de cada uno de tales preceptos.

A fin de ilustrar el problema que acaba de mencionarse, nos remitiremos a la crítica y defensa que, por un lado, Atienza y Ruiz Manero y, por el otro, Peczenik hacen respectivamente a la caracterización de los principios jurídicos como *mandatos de optimización*. Al respecto, Atienza y Ruiz Manero, partiendo de la premisa de que la norma recogida en el art. 14 de la Constitución española que establece que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” resulta un ejemplo paradigmático de un principio jurídico, critican la propuesta de Alexy de caracterizar a tales principios como mandatos de optimización. Esta crítica advierte que el precepto constitucional español que recoge la prohibición de discriminación no parece tener la estructura de un mandato de optimización, ni parece que pueda aplicarse gradualmente¹. Contra esta crítica, por su parte, Peczenik defiende la caracterización de los principios como mandatos de optimización simplemente arguyendo que preceptos como el art. 14 de la Constitución española no sirven como contraejemplo de dicha caracterización porque, en realidad, en este caso no estaríamos frente a un principio jurídico sino, más bien, frente a una regla².

A nuestro juicio, esta falta de acuerdo no solo acerca de qué es lo característico de un principio, sino también sobre cuáles son sus ejemplos paradigmáticos (a partir de los cuales deberían buscarse sus características fundamentales) puede explicarse en el hecho de que existe más de un significado o sentido de la expresión “principio jurídico”. Por ejemplo, hablamos de principios jurídicos tanto para referirnos a una norma que prohíbe todo tipo de discriminación por razones de sexo, raza o religión, como para

¹ En palabras de estos autores, el principio de igualdad, recogido en el art. 14 de la Constitución española, es un “mandato de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación (...); pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno”. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”, *Doxa* 10 (1991), 110.

² En palabras de Peczenik, “el ejemplo *no* falsa la teoría de Alexy, dado que el artículo 14 de la Constitución española es una *regla* (vaga), no un principio en el sentido de Alexy”. A. PECZENIK, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa* 12 (1992), 330.

referenciar un precepto que establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano o para remitirnos la norma que establece que nadie puede enriquecerse sin una causa legítima.

Con el objetivo de iluminar el debate sobre la caracterización de los principios jurídicos, en este trabajo proponemos buscar lo característico de los principios, no teniendo especialmente en cuenta su estructura sino, en cambio, la función que cumplen en el razonamiento jurídico³. En concreto, intentaremos explicar la característica común que tienen todos los preceptos denominados “principio jurídico” teniendo en cuenta la especial función de fundamentación que cumplen. Dicha característica se encuentra particularmente receptada en la (muchas veces olvidada) definición que Roscoe Pound ofreció de los principios jurídicos como “puntos de partida del razonamiento jurídico”⁴.

Explicar lo característico de los principios jurídicos mostrando la especial función de fundamentación que desempeñan en el razonamiento jurídico tiene, al menos, dos ventajas. Por un lado, ayuda a comprender el sentido del apelativo de “principio” que reciben dichos preceptos. Por el otro, explica cómo tipos de normas tan diversos reciben el mismo nombre de “principio”.

A su vez, desde la perspectiva de la especial función de fundamentación que desempeñan los principios en el razonamiento jurídico se pueden proponer nuevos e iluminadores modos de clasificarlos y nuevos modos de explicar la relación entre los principios y las reglas jurídicas.

II. LA ESPECIAL FUNCIÓN DE FUNDAMENTACIÓN QUE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS

a) El lugar de los principios en el razonamiento jurídico: el punto de partida desde donde el derecho se hace, conoce y aplica

Un rasgo que tienen en común todos los preceptos que habitualmente denominamos “principios jurídicos” (y que no ha sido tan estudiado como la estructura de este tipo de

³ En una versión más larga de este trabajo ponemos de relieve al menos dos desafíos que deben enfrentar los intentos de caracterizar a los principios (o de diferenciarlos de las reglas) basados únicamente en su estructura. Por un lado, dichos intentos deben explicar por qué muchos de los preceptos que habitualmente son denominados como principios jurídicos (incluso algunos de sus ejemplos paradigmáticos) no poseen el tipo de estructura que se le atribuye a tales principios. Por el otro, la distinción entre principios y reglas parece al final de cuentas más gradual de como en algunos casos es presentada.

⁴ Cfr. R. POUND, *Jurisprudence*, Vol. II, Minnessotta, West Publishing Co., 1959, 124.

normas) es el lugar que ocupan en el razonamiento jurídico. Los principios jurídicos o bien surgen porque quienes tienen funciones legislativas buscan concentrar las principales razones o motivos por los que se crean las distintas partes del sistema jurídico, o bien resultan de juicios concretos formulados por la razón práctica de los intérpretes, que son adoptados como criterios de resolución de casos en virtud de su propia racionalidad⁵. Dicho de otro modo, sea que surjan de una u otra manera, los principios transparentan los motivos y las razones que fundamentan y justifican al resto de los preceptos y de las decisiones judiciales⁶.

Autores como Pound ya caracterizaron a los principios por el relevante papel que juegan en la fundamentación del razonamiento jurídico. Para el profesor norteamericano, los principios son los “*puntos de partida* autoritativos del razonamiento jurídico a partir de los cuales se buscan pautas para la decisión de las controversias jurídicas”⁷. Justamente, este tipo de definiciones, basadas en la especial función de fundamentación que cumplen los principios en el razonamiento jurídico son las que permiten explicar el apelativo que reciben: son el punto de partida desde el que el derecho se hace, conoce y aplica.

b) La especial capacidad de los principios jurídicos para fundar y justificar las decisiones jurídicas

Apelar a estas razones receptadas en principios resulta especialmente útil para fundar y justificar las decisiones jurídicas. Esto es así, al menos, por tres motivos.

⁵ Cfr. P. SERNA, *Jurisprudencia de principios*, cit., 44. Alexy expresamente advierte que los principios pueden ser tanto razones para reglas como razones para juicios concretos de deber ser. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 102.

⁶ Resulta adecuado aclarar que Alexy expresamente advierte que existe una conexión entre el nivel de las reglas y el de los principios. En concreto, sostiene que dado que resolver los conflictos entre principios supone crear una regla de prioridad de un principio sobre el otro en unas circunstancias concretas, necesariamente los principios son razones para las reglas. Cfr. R. ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, cit., 297. A su vez, reafirma esta idea al decir que los principios suelen recoger las razones que sostienen a las reglas, lo que supone que las reglas y los principios estén “intrínsecamente conectados”. Cfr. R. ALEXY, “Two or Three?”, cit., 14. Sin embargo, Alexy ha centrado su atención en la diferente estructura de estas clases de preceptos, en lugar de concentrarse en el diferente papel que juegan en la fundamentación del razonamiento jurídico.

⁷ Cfr. R. POUND, *Jurisprudence*, II, cit., 124. En un sentido similar, Finnis habla de los principios del razonamiento práctico como valores últimos capaces de proporcionar el punto de partida para razonar qué hacer, orientando nuestro razonamiento práctico en un número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos. Cfr. J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., 95-96 y n. III.3.

i) Los principios permiten fundar y justificar la resolución de casos no expresamente previstos

En primer lugar, porque los preceptos denominados como principios transparentan las razones o motivos que justifican o pretenden justificar el resto de los preceptos de modo tal que los principios son capaces de abarcar situaciones o casos para justificar su solución de una forma que no lo logran el resto de los preceptos. Dicho de otro modo, sin esta clase de preceptos no podría justificarse adecuadamente la regulación de una amplia variedad de casos que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social *sólo* con preceptos que indican de forma precisa un curso de acción concreto dadas determinadas circunstancias, no logra prever todas las situaciones que se necesitan regular⁸. Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del derecho para ordenar la vida de la comunidad. Por esto, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas precisas y concretas se utilizan principios⁹.

ii) Los principios favorecen que el derecho logre los fines que se propone

En segundo lugar, transparentar las razones o motivos que justifican o pretenden justificar a los preceptos que mandan realizar una determinada conducta favorece a que el derecho logre los fines que se propone o persigue. Si bien los preceptos precisos son necesarios porque ofrecen algunos beneficios —v. g., la previsibilidad—, también hay que reconocer que necesitan ser complementados por las razones que explican su existencia y que buscan justificarlos¹⁰. Por ejemplo, establecer por medio de un precepto un límite preciso de edad —v. g., mayor de 18 años— para admitir una donación de órganos hace caso omiso de las circunstancias de quien pretende donar —por ejemplo, si sólo le falta un mes para cumplir dicha edad y muestra signos de

⁸ Hay que reconocer que existe un tipo de principios que suele ser bastante preciso. Este tipo de principios suelen recoger prohibiciones que no admiten argumentos o razones en contra. Así, por ejemplo, art. 18 de la Constitución argentina que establece que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Si bien este tipo de principio no adquiere su especial capacidad de fundamentación de su capacidad para regular una amplia variedad de situaciones que de otro modo podrían quedar no previstas, lo hacen al asegurar unas exigencias nucleares o mínimas que derivan de otros principios. De este modo, transparentan las razones que hacen que no se admitan razones o argumentos en contra.

⁹ Cfr. T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 190 ss. y “El Derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81. Alexy sugiere un sistema de reglas, principios y procedimientos. Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, 172 ss.

¹⁰ Cfr. T. ENDICOTT, “El derecho es necesariamente vago”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81.

madurez suficientes para tomar tal decisión— y, por ello, puede acabar ignorando el objetivo de la ley de fomentar, permitir y regular determinado tipo de donaciones de órganos realizadas por personas maduras para salvar vidas humanas. Esto no quiere decir que una regla que fije de modo preciso un límite de edad no esté justificada. Sino que además de dichas reglas han de existir principios que admitan en casos puntuales mitigar la aplicación de tales reglas¹¹. A esta dificultad han hecho mención algunos autores —v. g., Schauer— al advertir que debido a que las reglas (o, al menos, su mayoría) están formadas por generalizaciones, su predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a sus objetivos o justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a sus objetivos —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—. Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla genera un resultado no derivado de sus propósitos o justificación. Como puede verse, a causa de la precisión de las reglas muchas veces se disminuye la capacidad del derecho para dar efecto a los fines que persigue¹².

En definitiva, en muchos casos la propia legislación remite a los principios jurídicos a fin de lograr regular adecuadamente la vida social y para favorecer que el derecho logre los fines que persigue.

iii) Los principios son el fundamento último de las decisiones jurídicas

En tercer lugar, en otras ocasiones los principios jurídicos surgen como juicios prácticos formulados por la razón práctica de los intérpretes, que son adoptados como criterios de resolución de casos no expresa o unívocamente previstos por la ley y que descansan sobre su propia racionalidad¹³. Una racionalidad que se impone por sí misma, como la de estos principios solo puede ser moral¹⁴. Más específicamente, tratan “de modo directo o indirecto sobre la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la

¹¹ Existe un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que admite una excepción a dicho límite de edad teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso. Principalmente se tuvo en cuenta que: i) sólo faltaban un par de meses para que la menor que solicitó la autorización judicial para donar cumpliera con la mayoría de edad requerida; ii) quien tenía que recibir la donación corría grave riesgo de esperar esos meses; y iii) la donante mostró al tribunal su capacidad para tomar la decisión de donar. Cfr. Saguir y Dib, Fallos 302:1284 (1980).

¹² Esto genera lo que Schauer denomina “experiencias recalcitrantes”. Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 31-34 y 39. A esto mismo Endicott lo llama “arbitrariedad”. Cfr. T. ENDICOTT, “El derecho es necesariamente vago”, 74 ss.

¹³ Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1985, 36.

¹⁴ Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Trad. de M. Guastavino, Barcelona, 1989, 72.

moralidad”¹⁵. Esto ayuda a explicar y reforzar la especial capacidad de fundamentación y justificación que caracteriza a estos principios. Por un lado, porque como advierte MacCormick, “si una norma *n* es valiosa en sí misma o como un medio para un fin valioso, entonces mostrar que una regla específica puede subsumirse bajo tal norma supone que ella es una buena regla”¹⁶. Por el otro, como explica Nino, todo intento de explicar la capacidad justificativa del derecho de forma completamente autónoma de la moral fracasa porque el derecho no puede justificar su obligatoriedad por sí mismo¹⁷.

En última instancia, el único modo en que el derecho puede finalmente justificar su obligatoriedad es apelando a algunos principios morales últimos, válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios. Esto supone, como advierte Alexy, que el discurso jurídico termina siendo un caso especial del discurso moral¹⁸. Por esto, cuando un juez invoca una norma para justificar su decisión, no se refiere a esa norma como práctica social observable como un hecho desde el punto de vista externo, sino que se refiere a ésta desde el punto de vista interno como si fuese una proposición normativa o moral¹⁹.

c) La relación entre principios y reglas desde la perspectiva de la función de fundamentación del razonamiento jurídico

Desde la perspectiva de la especial función de fundamentación que ejercen los principios jurídicos, la imagen que parece explicar mejor la relación entre principios y reglas es la que advierte que ambos tipos de preceptos forman parte de un mismo proceso jurídico de determinación continuo que comienza con las normas fundamentales de un sistema jurídico, como su Constitución, y sigue luego por la legislación, su reglamentación, etc., finalizando con una decisión judicial que aplica todas estas normas para resolver un caso concreto. En dicho proceso la regla es una concreción/determinación de un principio y, por lo tanto, cuando se aplica una regla, en

¹⁵ P. SERNA, *Jurisprudencia de principios*, cit., 44.

¹⁶ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 152.

¹⁷ Cfr. C. S. NINO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en R. VIGO (coord.), *En torno a la democracia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 97 ss. A nuestro juicio, esta última razón de por qué los principios tienen una especial capacidad para fundar las decisiones jurídicas permite explicar cómo algunos preceptos relativamente específicos, definitivos y con fuerza concluyente (v. g., el que establece que “nadie debe ser sometido a torturas”) puedan ser calificados como “principios”.

¹⁸ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 206 ss.

¹⁹ C. S. NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2009, 44.

realidad, se está aplicando también el principio que la fundamenta. Regla y principio, de este modo, se necesitan mutuamente. La regla precisa del principio para ser correctamente comprendida y fundada y el principio de la regla para ser lo suficientemente concreto para poder solucionar problemas de coordinación, ofreciendo un grado de previsibilidad necesario a tal fin²⁰.

Es necesario aclarar que la necesidad que tiene la regla de ser comprendida a la luz de uno o varios principios, no la vuelve irrelevante, porque ella concreta o determina un modo posible (entre otros) de lograr los objetivos propuestos por tales principios. Dicho de otro modo, si bien no hay forma de comprender y justificar lo que manda una regla si no es por referencia al o a los principios que pretende concretar o determinar²¹, tal regla es capaz de definir cuál de las distintas concreciones posibles o legítimas de ese o esos principios es la jurídicamente relevante²². Poner en relación las reglas que fijan los plazos procesales con los principios que pretenden concretar puede ayudar a explicar, por medio de un ejemplo, lo que acaba de proponerse. Si bien el establecimiento de los plazos procesales por parte de las reglas responde a la búsqueda de celeridad en los procesos que resulte respetuosa del derecho de defensa u otros bienes, normalmente, cuando es necesario establecer dichos plazos, existen muchas posibles opciones *aceptables* de concretar tales principios, porque todas ellas satisfacen los bienes mencionados —celeridad y defensa—. Así, es una cuestión indiferente desde la perspectiva de los principios de celeridad procesal y defensa en juicio si el plazo para contestar una demanda civil es de 20 o 25 días. Simplemente es conveniente que quien tenga la autoridad para regular tal cuestión, lo haga de forma precisa. Sin embargo, esto no implica que dicho plazo podría ser de cualquier tipo, pues si es demasiado breve puede lesionar el derecho de defensa y si es demasiado largo atentar contra la celeridad procesal.

²⁰ Dworkin utiliza una doble distinción que puede ser útil para los fines de lo que se propone en este trabajo entre derechos básicos (*background rights*) y derechos institucionales y entre derechos abstractos y concretos. De esta última distinción concluye que los derechos abstractos ofrecen argumentos para los derechos concretos, pero las reclamaciones sobre derechos concretos son más definitivas que las puedan hacerse sobre los derechos abstractos. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., 161 ss. Más adelante sostendrá que los principios de la dignidad enuncian derechos muy abstractos y que todos los derechos derivan de estos derechos. Esto supone decir que todos los derechos surgen al preguntarnos qué exige la igualdad de consideración y respeto. Cfr. R. DWORKIN, *La justicia para erizos*, Trad. de H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, 402.

²¹ Cfr. P. ZAMBRANO, “El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis”, *Problema* 4 (2010), 336, 358-360.

²² Cfr. J. B. ETCHVERRY, “La relevancia del derecho que remite a la moral”, *Problema* 4 (2010), 233-234 y “La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa”, *Dikaion* 24 (2015), 66-85.

Por último, resta precisar que el mencionado proceso continuo de determinación del derecho no es de un solo paso: de un principio a una regla. Más bien dicho proceso es escalonado. La práctica social del derecho surge por medio de una cadena de acciones que se explican por fines (en realidad, sub-fines o sub-principios) que a su vez se explican por otros fines superiores y así hasta llegar a unos fines (o principios) que no necesitan o admiten más fundamentación, explicación o justificación²³. Algunos sub-fines, si bien son parte del fundamento de una rama del derecho (v. g., principio de legalidad), al no ser fines últimos, no tienen necesariamente la característica de tener una capacidad de guía limitada o solo orientadora o directiva hacia un bien, ni su aplicación necesariamente admite gradualidad o precisa ser concretado. Esto permitiría explicar por qué existen principios jurídicos (en realidad, sub-principios) que tienen una fuerza normativa más concluyente que otros. Si bien estos sub-principios con capacidad de guiar el razonamiento de modo concluyente cumplen una función de fundamentación con respecto a otras reglas y, por ello, parecen recibir el apelativo de “principios”, a su vez, ellos mismos se explican y fundamentan en otros principios que en último término suelen perder esa capacidad de guiar concluyentemente al razonamiento jurídico. Ejemplificando lo que acaba de sugerirse, puede decirse que el principio de legalidad, sub-principio sobre el que reposa buena parte del Derecho Penal, se explica y fundamenta, a su vez, en otro principio como el de la dignidad de la persona humana que si bien tiene la mayor capacidad justificadora, posee menor capacidad de guiar concluyentemente al razonamiento jurídico²⁴.

d) Los principios según el tipo de función de fundamentación que cumplen

²³ La idea del que la práctica jurídica es un proceso encadenado ha sido popularizada por Dworkin con su comparación con una novela encadenada escrita por varios autores. Al respecto cfr. R. DWORKIN, *Laws Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 228 ss.

²⁴ Sieckmann considera que los principios son exigencias de validez irrestrictamente iteradas. Cfr. J-R. SIECKMANN, “Principles as normative arguments”, en C. Dahlman y W. Krawietz (eds.), *Values, Rights, and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtslehre*, Beiheft 21, Duncker & Humblot. Berlin, 2005, 198 ss. Esta idea parece compatible con la idea de que existen varios niveles de fundamentación de la decisión jurídica. Sin embargo, consideramos que el único modo en que el derecho puede finalmente justificar su obligatoriedad es apelando a algunos principios morales últimos, válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios. Dworkin considera que el principio de la dignidad (que exige que se trate a los miembros de una comunidad con igual consideración y respeto) es el más abstracto de todos y, por tanto, de él derivan el resto. Sin embargo, considera que este concepto es interpretativo, lo que supone que su conocimiento exigirá una justificación que no tiene un límite (salvo el agotamiento, la falta de tiempo o imaginación), ya que expresamente se advierte que no existe un principio rector fundamental que sea de por sí mismo verdadero. Cfr. R. DWORKIN, *La justicia para erizos*, cit., 150-151.

Teniendo en cuenta lo anterior es posible distinguir entre los principios que cumplen una función de fundamentación a partir de o por medio de la condensación de los motivos de una determinada regulación, de aquellos que valen en sí mismos o cuya fundamentación se encuentra en su razonabilidad intrínseca²⁵. Como explica Cianciardo, los principios “prescriben desde sí mismos” y “su existencia no depende de que hayan sido reconocidos en una Constitución” o Tratado (aunque sea conveniente dicho reconocimiento). Esto es así porque los principios “reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios”. Esta capacidad de prescribir desde sí mismos supone que su validez no depende meramente del derecho positivo, lo que no significa que puedan existir y ser eficaces al margen de su positivación. Que su existencia y eficacia dependa de su reconocimiento histórico, no quiere decir que deriven por completo de quien lo positiva²⁶. Normalmente, esta clase de principios recogen derechos fundamentales, aunque es posible que en las Constituciones o Tratados de Derechos Humanos se reconozcan además de esta clase de principios, algunos otros que no prescriben primariamente por su intrínseca razonabilidad, sino principalmente por haber sido emitidos por la autoridad competente para la creación de tal tipo de normas.

III. CONCLUSIONES

Por medio de este trabajo proponemos buscar lo característico de los distintos tipos de principios jurídicos en la especial función de fundamentación que desempeñan en el razonamiento jurídico. Esta propuesta, por un lado, permite explicar el apelativo de “principio” que reciben dichos preceptos y, por el otro, da cuenta de por qué tipos de normas tan diversos reciben ese mismo apelativo.

Sucede que los principios jurídicos parecen especialmente útiles para justificar las decisiones jurídicas sea porque logran abarcar más situaciones o casos para justificar su solución, o porque al transparentar las razones o motivos que están detrás de los distintos preceptos facilitan que las decisiones que los siguen logren más acabadamente

²⁵ Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, 123-124. Vigo considera que esta cuestión es una de las diferencias que pueden encontrarse entre los “principios generales del derecho” y los “principios constitucionales”. A nuestro juicio, esto dependerá, sobre todo, de si entendemos o no a los “principios generales del derecho” como la materialización del espíritu con que se sistematizó el derecho continental a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Cfr. R. VIGO, “Principios generales del derecho y principios constitucionales (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, *La Ley* 2011-A, 1129.

²⁶ Cfr. J. CIANCIARDO, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 904-905.

cumplir con los fines que se propone el derecho, o porque su fuerza obligatoria descansa sobre su propia razonabilidad.

Entender a los principios jurídicos como puntos de partida del razonamiento jurídico a partir de los que el derecho se hace, conoce y aplica también permite diferenciar a los principios según el lugar o nivel que ocupan en la fundamentación del derecho. En concreto, permite distinguir entre los principios que cumplen una función de fundamentación por medio de la condensación de los motivos de una determinada regulación, de aquellos que valen en sí mismos o cuya fundamentación se encuentra en su razonabilidad intrínseca. Además, este abordaje permite explicar la relación entre los principios y las reglas como un proceso de determinación continuo en el que la regla es una concreción de un principio y, por tanto, cuando se aplica una regla, en realidad, también se está aplicando el principio que la fundamenta.