

AFORISMOS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

JORGE GUILLERMO PORTELA *

I. Mi propósito es mostrar que existe una relación posible entre los denominados “principios jurídicos” y los aforismos o máximas jurídicas. La finalidad de este trabajo, por otra parte, consistirá en tratar de acreditar que la conexión aludida más arriba no ha sido advertida, mal que les pese, a iusfilósofos de indudable influencia en el desarrollo de la teoría general del derecho contemporánea, tales como Lon Fuller y Ronald Dworkin, respectivamente.

Por último, intentaré aportar algún elemento que pueda servir para enriquecer el estudio puntual de las principales características que poseen los principios y los aforismos jurídicos.

II. Una alusión a Pedro Salinas. En un admirable ensayo titulado “La Vida literaria en España”¹, el notable Salinas llegaba a la conclusión que el analfabeto español, el pobre hombre de campo que no sabe leer ni escribir, es uno de los tipos más interesantes de España. Ello porque existe allí una larga y profunda tradición oral, algo como una filosofía y una poesía que se aprende por el oído, de padres a hijos, por herencia; un gran arte literario popular: el refrán. Desde antaño, el refrán representa en labios del pueblo su experiencia de vida, y aunque un hombre no sepa leer, no es un inculto, no es un

* Abogado. Titular de Introducción al Derecho-UCA.

¹ SALINAS, Pedro, *Ensayos de Literatura Hispánica*, Madrid, Aguilar, 1966, pág. 309. El tema es retomado en *El Defensor*, Madrid, Alianza Editorial, 1967: Defensa implícita de los viejos analfabetos, págs. 261/279. Allí dice: “Basta andar un poco por las parameras castellanas o los olivares de Andalucía, si de mi tierra se trata, para dar con analfabetos que resultan ser, en cuanto se los conoce, personas tan cabales en su humanidad, tan dignas en su conducta y tan atinadas en su juicio como muchos hombres rebosados de instrucción”, pág. 263.

bárbaro, porque sabe de memoria centenares de refranes, muchos de los cuales son maravillosas máximas filosóficas, relacionadas con el pensamiento universal.

De suyo, los refranes, como los cantares populares, son anónimos y se transmiten de persona a persona hace siglos. La madre se los canta al niño para dormirlo; el enamorado se los canta a su amada para conmovérla. Hay cantares —y refranes— para todas las circunstancias y casos de la vida corriente: para declarar el amor, para romper, para lamentar la muerte de un ser querido...

Esta descripción, tan rica en contenido, de lo que constituye el núcleo mismo de la sabiduría popular a partir del cultivo y la transmisión oral de los aforismos, nos permite trasladar la rica descripción de Salinas al mundo del derecho y más específicamente a lo que conocemos con el nombre de refranes o brocárdicos jurídicos. La génesis de los mismos resulta similar a la descrita por Salinas y, aunque no podamos tildar de “analfabetos” a los juristas, lo cierto es que hay cientos de aforismos, de refranes que poseen una aplicación concreta y práctica en el arte del derecho. Los hay para tratar cuestiones 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, algunos de un contenido muy general, lo que los hace aplicables a diversos aspectos de la realidad jurídica. Los mismos se constituyen como verdaderas “reglas” de derecho, se “coleccionan” y vierten en “catálogos” de tópicos y, para utilizar la terminología empleada por Viehweg, se justifican la mayor parte dialécticamente, legitimándose en muchos casos, puesto que son aceptados por hombres notables, entendiéndose (la cita corresponde a Aristóteles) como opiniones aceptadas por todos, por la mayor parte o por los filósofos; es decir, por todos, por la mayoría o por los más notables e ilustres entre ellos.²

Estos conceptos, que hemos ofrecido como una introducción a nuestro tema, son conocidos por todos y no ofrecen, en principio dudas. El tema que puede generar algún punto de disputa es otro y nos adentraremos en él decididamente. La cuestión es ésta: ¿existe acaso algún tipo de conexión entre principios y aforismos jurídicos?

III. Nada mejor que recurrir al pensamiento de dos importantes autores, de indudable influencia en el terreno de la iusfilosofía con-

² ARISTÓTELES, *Tópicos*, 100 a, 30-31 y VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, pág. 78.

temporánea, tales como Lon Fuller (*La Moral del Derecho*, México, Trilla, 1967) y Ronald Dworkin (*Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984), para probar cómo funcionan, en el contexto de sus teorías, la relación entre principios y aforismos jurídicos.

Fuller proporciona los elementos que permiten explicar su postura, en lo que se puede llamar “la moral interna del derecho”; sin estos principios, que funcionan como “desideratas”, como objetivos que ineludiblemente el derecho debe alcanzar, no puede concebirse el funcionamiento de un sistema jurídico. Entonces, podemos sintetizar su concepción en tres puntos: 1° ciertos principios se hallan implícitos en el concepto de derecho; 2° estos principios constituyen una moral; 3° el derecho cumpliría más su cometido cuanto menos sean violados estos principios.

Ahora bien, los principios son los siguientes: a) las leyes deben ser generales, pues con ellas se trata de regular la conducta a gran escala, teniendo en cuenta cómo se resolverán las futuras disputas, no dejando su solución en manos de impredecibles decisiones jurídicas *ad hoc*. En otros términos: sería imposible adecuar la propia conducta a las leyes si fueran particulares³; b) deben ser públicas, puesto que con ello se hacen conocidas o al menos accesibles para aquellos a quienes afectan; c) no deben ser retroactivas. Fuller sostiene, al respecto, que uno de los requisitos de la legalidad que parecen más obvios es el de que una ley promulgada deba gobernar lo que pase mañana, no lo que sucedió ayer; d) las leyes deben ser claras: una legislación oscura puede transformar a la legalidad en algo inaccesible para cualquier ciudadano; e) las leyes no deben ser contradictorias, lo que expresa convenientemente el derecho común al hablar de normas “repugnantes”, con lo que se expresa la existencia de leyes que están en lucha unas con otras, aun cuando no necesariamente se eliminan mutuamente como se supone que hacen en lógica las proposiciones contradictorias; f) las leyes no deben requerir conductas imposibles, puesto que sería imposible obedecerlas; g) deben ser razonablemente estables, porque sería difícil para los ciudadanos seguir las vicisitudes normativas continuamente⁴; h) Finalmente, debe existir

³ LON FULLER, *La Moral del Derecho*, México, Trilla, 1967. Especialmente su capítulo II: “La moral que hace posible el Derecho”, pág. 43 y ss. También, LAPORTA, Francisco, “Ética y Derecho”, en *Historia de la Ética*, vv.aa., Barcelona, Crítica, 1989, pág. 239 y ss. y LYONS, David, *Ética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1986.

⁴ LAPORTA, Francisco, *ob. cit.*, pág. 240. En este punto, Fuller cita a Madison en *El Federalista*: “La gente sensata de los Estados Unidos está cansada de la política vacilante que ha dirigido los consejos públicos. Ha visto con pena e indignación que

congruencia entre la actitud de los órganos públicos y la letra de la ley. Según Fuller, éste es el objetivo más complicado de todos los que integran la moral interna del derecho. Esta congruencia puede destruirse o perjudicarse de muchas maneras: interpretación equivocada, inaccesibilidad de la ley, falta de percepción a fondo para ver qué es lo que se requiere para mantener la integridad de un sistema legal, soborno, prejuicio, indiferencia, estupidez, y la tendencia hacia el poder personal.

IV. Ahora bien, cuando Fuller realiza esta particular taxonomía de los objetivos o “desideratas” que integran la moral interna del derecho, ¿lo hace arbitrariamente, o piensa más bien en principios y reglas antiquísimas, que hacen al funcionamiento correcto de este fenómeno complejo que llamamos derecho? Algunas claves, que podemos encontrar dentro de su misma obra, nos pueden suministrar una orientación, como por ejemplo cuando menciona lo que denomina la “vigorosa expresión” de la Parte I, Sección 23, de la Constitución de New Hampshire de 1784: “Las leyes retroactivas son sumamente injuriosas, opresivas e injustas. Por lo tanto, no deberán promulgarse tales leyes, ni para la decisión de causas civiles, ni para el castigo de delitos”; cuando advierte acerca del carácter de “máxima consagrada” en alusión al principio *lex posterior derogat priori*, o cuando alude a los principios de interpretación consagrados en 1584 por los Barones de la Real Hacienda, en el caso de Heydon, basados íntegramente en la prevalencia del llamado “derecho común”.⁵

Mi impresión es que Fuller, en todo caso, tuvo el mérito de sistematizar una serie de reglas y aforismos jurídicos y denominó a ese conjunto como “moral interna del derecho”. Eso lo sistematiza nuestro autor, en la década del 60. Lo increíble es que su pensamiento sea en este punto coincidente con el de un pensador perteneciente a la patrística, quien hacia el año 615, aproximadamente, escribiera las *Etimologías*: San Isidoro de Sevilla.

Adviértase que San Isidoro no era precisamente un jurista. Sin embargo, al escribir las *Etimologías*, obra que pretende condensar

los cambios súbitos... se vuelven... trampas para la más industriosa y menos informada porción de la comunidad. Han visto, también, que una intrusión legislativa no es sino el primer eslabón de una larga cadena de repeticiones”, *ob cit.*, pág. 93.

⁵ LON FULLER, *ob. cit.*, pág. 96. Uno de los principios especifica que “el oficio de todos los jueces es obrar siempre en tal forma que se suprima el daño y se apresure el remedio”.

todo el saber científico y filosófico de su tiempo, tiene el mérito de sintetizar lo que hubiera suscripto cualquier jurisconsulto de su época, al opinar acerca de las características que deben poseer las leyes. Así, “La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara —no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error—, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”.⁶

Obsérvese que hay no menos de cuatro coincidencias entre las características de la ley mencionadas por San Isidoro y los objetivos propios del sistema jurídico reclamados por Lon Fuller. Y entre la obra de ambos autores media un lapso de alrededor de 1300 años... La pregunta que se impone ahora es la siguiente: ¿obró San Isidoro arbitrariamente, o simplemente recogió lo que era un valor entendido en su época y que se expresaba en un conjunto de máximas y principios jurídicos?

Adviértase que en este punto, la coincidencia entre ambos autores no es inocente. Se alude en ambos casos a la posibilidad, a la claridad, extensivamente a la generalidad que deben poseer las normas y también, aunque no se repitan exactamente los conceptos, a su carácter relativamente estable e irretroactivo, al afirmarse que las mismas han de dictarse en consonancia con la naturaleza. Y si pensamos que toda la legislación medieval española, comenzando por el *Forum Iudicium* —Fuero Juzgo—, completado hacia el año 680, con el cual principia la unidad jurídica de la Europa visigoda, alude de alguna u otra manera a las “características” de las leyes, sobre las cuales se había referido previamente San Isidoro, la conclusión no puede ser más que una sola: se hace referencia aquí a principios jurídicos muy antiguos, anteriores a este autor, que tuvieron nacimiento en formulaciones de diversos juristas romanos, y que tenían ya, para la época en que eran citados (del año 600 en adelante), el valor de máximas jurídicas.

Vemos así en el Fuero Juzgo (Libro I, Título II, IV) donde se afirma que la ley debe ser manifiesta y necesaria y “debe ser guardada según la costumbre de la ciudad”; en el Fuero Real de España, concluido bajo el reinado de Alfonso IX, se establece también una máxima isidoriana y fullericiana (Libro I, Título VI, II): la ley debe ser manifiesta, es decir, “que todo hombre la pueda entender”; en la Primera

⁶ SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, V, 21.

Partida, escrita en 1251 (Título I, Ley VIII), se insiste en otro de los principios utilizados por nuestros autores. Habrá de cuidarse de que las leyes “...no sean contrarias las unas con las otras”. Han de ser también “...paladinas, de manera que todo hombre las pueda entender e retener...”, concepto que también podemos encontrar en *El Espéculo* (Título I, Ley II): las leyes han de ser “claras y paladinas”.

Es que nos encontramos aquí frente a un catálogo de tópicos aplicables al arte del derecho. Ellos, para utilizar una terminología viehwegiana, “reciben su sentido desde el problema”⁷, y a ellos se recurre –para utilizar una feliz expresión de este autor–, como a un “almacén de provisiones” de un mundo espiritual construido para intentar resolver los problemas de un modo dialéctico, no analítico.

Y precisamente, ya que utilizamos la feliz metáfora de Viehweg, es hora de que demostremos de qué reglas hecharon mano nuestros autores, en ese centón construido por los juristas y pensadores de la antigüedad, y que aún pervive fresco durante la Edad Media.

En tal sentido, podemos citar el aforismo “*leges posteriores ad priores pertinent, nisi contrariae sint*” (“Las leyes posteriores integran las anteriores, si no se le oponen”), localizable en el Digesto, 1,3,28; aunque también podemos citar a Paulo 1, 26, D), quien al respecto advertía “*Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur*” (“No es cosa nueva que las leyes anteriores se interpreten por las posteriores”), o esta otra, más específica, que atañe al problema de la retroactividad: “*Constitutio respicit futura, et non praeterita*” (La constitución se refiere al futuro y no al pasado) C.2, X, *De constitutionibus*, 1, 2.

Vayamos ahora a la posibilidad, carácter este que San Isidoro menciona expresamente y que resulta ineludible en todo sistema jurídico, como lo afirma rotundamente Fuller. Pero esta condición es antiquísima. Alude a ella Paulo (1.3, D., *quae sententiae*, 49, 8): “*Impossibile praeceptum iudicis nullius est momenti*” (“El decreto judicial de imposible ejecución no tiene ningún valor”) y también Celso 1. 185, D., *Re regulis iuris*, 50, 17): “*Impossibilium nulla obligatio est*” (“No existe obligación de cosas imposibles”), siendo recogida poste-

⁷ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, pág. 55. Enseña Perelman que siendo la verdad una propiedad de las proposiciones, independientemente de la opinión de los hombres, los razonamientos analíticos son demostrativos e impersonales, lo que no ocurre con los razonamientos dialécticos. Un razonamiento es dialéctico si sus premisas están constituidas por opiniones generalmente aceptadas. V. aut. cit: *El Imperio Retórico*, Sta. Fe de Bogotá, Norma, 1977, pág. 20.

riormente por San Raimundo de Peñafort, en su *Summa Iuris*: "*Lex omnis debet esse possibilis, alias non est lex*" ("Toda ley ha de ser posible, en otro caso, no es ley").

En Bacon encontramos un aforismo que podía haber sido suscripto por cualquier jurista romano o medieval. De hecho, ya nos referimos anteriormente a la preocupación por la certeza en el derecho, de la cual parecen derivar la claridad y la seguridad jurídicas. Así, este autor advierte que: "*Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse possit*" ("De la ley importa tanto el que sea cierta, que sin ello no puede ser justa"), citado también por Radbruch en sus *Aforismos Jurídicos* (nº 140). Pero, de suyo, ya Decio—In tit. ff. de reg. iuris, r. 1, 4—, evocaba una antigua regla de interpretación, que tiene que ver con la certeza y la claridad: "*Obscuritas brevitatis praetexta non admittenda*" ("No se admite lo obscuro a pretexto de brevedad")⁸.

V. Analicemos ahora a Dworkin y su conocida tesis acerca de los principios jurídicos. En "Los Derechos en Serio"⁹, luego de que nuestro autor explica y llama "principio" a "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad", muestra su funcionamiento dentro del sistema a partir de los *hard cases*, los casos difíciles, lo que permitirá distinguir a dichos principios de las normas.

Para apoyar sus argumentos, Dworkin selecciona un caso jurisprudencial decidido por un tribunal de Nueva York en 1889: "Riggs vs. Palmer", el llamado risueñamente por un jurista argentino "el caso del nieto apurado". En este conocido precedente, se debatió si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento, aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo.

Para Dworkin, siguiendo el hilo argumental del tribunal (que finalmente denegó la posibilidad de que el asesino recibiera la herencia), se utilizaron principios jurídicos. Así, en la sentencia se dijo textualmente: "...todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación por *máximas generales* y

⁸ Todas las citas, han sido extraídas de MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los Principios Generales del Derecho*, "Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos", Barcelona, Bosch, 1979.

⁹ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Más específicamente, su Cap. I: "El modelo de las normas (I)", pág. 73, *passim*.

fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen” (el resaltado es nuestro).

El restante caso difícil que pone como ejemplo Dworkin, es “Henningesen vs. Bloomfield Motors, Inc.”, decidido por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. Aquí se discutía la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en caso de que el vehículo sea defectuoso. Pese a que Henningesen no pudo encontrar ninguna ley, ni norma jurídica vigente que impidiera al fabricante ampararse en el contrato de compraventa que se había suscripto, y que acotaba las obligaciones a su cargo, el tribunal falló a favor del actor. Debemos detenernos en el pto. E) de la sentencia, en el que se expresó: “¿Hay algún *principio* que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?”

Sucede, empero, que los “principios” a los que se refiere Dworkin, no constituyen algo completamente subjetivo, sino que pueden encontrarse —como lo hemos demostrado en el caso de Fuller— en ese inmenso reservorio de reglas y máximas consagradas que constituye el derecho romano. Así, los tribunales citados por nuestro autor no han hecho otra cosa que aplicar la conocida regla de derecho estudiada por Paulo, 1, 206, D., *De reg. iuris*, 50, 17, según la cual “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem*” (“Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”), y que también evoca Papiniano en 1.74, D., *De r. iuris*, 50, 17: “*Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*” (“No se le debe hacer a uno peor su condición por medio de otro”). Pero hay más: dicha regla se consagra en el Código de las Siete Partidas (tít. 34, Part. VII, regla 17) al establecerse que “*Ninguno non deve enriqueszer tortizeramente con daño de otro*” y en el *Corpus Iuris Canonici* (tít. 12, Libro 5, in Sexto) cuando se afirma concluyentemente: “*Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria, vel iactura*” (“Nadie debe enriquecerse en perjuicio o detrimento de otro”).

Con lo cual advertimos, ni más ni menos, que un analítico como Dworkin, tan siempre presente a la hora de citar lo más granado del pensamiento jurídico contemporáneo, integra el concepto de derecho

con la noción de normas + principios, y en donde éstos, lejos de caracterizarse con la idea confusa de objetivos en los que se encuentran dimensiones de la justicia, la equidad o la moralidad positiva, rematan finalmente en la integración, para la solución de casos difíciles o duros, de máximas y reglas elaborados por juristas de indudable peso y jerarquía, en la antigüedad.

Nada nuevo bajo el sol.

VI. Nos queda por último, efectuar una breve alusión a las características y diferencias que presentan los principios y los aforismos jurídicos. Ello resulta necesario si queremos precisar su alcance y la diferencia que en definitiva poseen los mismos, en su comparación con las normas jurídicas.

En primer lugar, pensamos que en la expresión “principios”, se puede aludir –siguiendo el camino trazado por Viehweg– a directrices o guías, simples *loci* comunes de valor relativo y circunscrito, revelados por la experiencia, y que permiten resolver problemas jurídicos singulares, no de un modo axiomático. El derecho, así entendido, campea en el terreno propio del pensamiento problemático, es una “tópica de problemas” y se nos presenta en muchos casos como un conjunto de respuestas a problemas concretos.¹⁰

En este punto, creemos particularmente –junto a Carrió– que el concepto de “principio” se encuentra completamente emparentado con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”.¹¹

Pero este “emparentamiento” no significa que los conceptos de aforismo y de principio sean completamente similares. Ellos se distinguen con una distinción real a partir de la cual podemos arriesgar-

¹⁰ La explicación también puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pág. 57, *passim*. No compartimos, en cambio, el criterio de este autor en cuanto utiliza un criterio descalificador para diferenciar lo que él supone una contraposición entre la expresión “principios generales del derecho” y las “meras máximas o reglas heurísticas”, *ob. cit.*, pág. 79.

¹¹ Utilizamos aquí el VII “foco de significación” del que nos habla GENARO CARRIÓ, en *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 34. En efecto, este autor afirma que en el lenguaje ordinario, el concepto de principio se vincula, por lo menos, con siete significados. Pero algunos pueden ser vinculados entre sí, como por ejemplo cuando señala el sentido de “regla, guía, orientación o indicaciones generales” (II). Más adelante, Carrió opina que la expresión “principio jurídico” se utiliza “para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica”, pág. 37.

nos a formular o enunciar una "ley", que tiene que ver con la diferencia aludida, y que enunciaremos del siguiente modo: no todo aforismo constituye un principio, pero todo principio puede (y de hecho, debe) canalizarse a través de un aforismo o apotegma.

El aforismo constituye así el medio por el cual se conoce el principio. Utilicemos una metáfora: el principio es la electricidad, el aforismo es el cable que conduce el fluido merced al cual podemos obtener la luz.

De esta forma, podemos advertir que la idea de principio implica tres notas básicas: principalidad, generalidad y juridicidad. En cuanto a la primera, la noción de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa. En orden a la segunda, la de género en oposición a especie, y la de pluralidad en oposición a singularidad. Finalmente, en punto a la tercera —la de juridicidad—, advertimos que estos principios informan por igual la conciencia jurídica natural, que las disposiciones jurídicas concretas; las especulaciones doctrinales de la ciencia, que la realización práctica del derecho.¹²

Esto nos lleva de la mano a otra conclusión, que tiene que ver con una preocupación fundamental, y es la de dar una respuesta a lo que se califica con suma precisión como la "función metodológica" de los principios. Como sabemos, la pregunta por la "función" tiene que ver con otro concepto correlativo: el de utilidad. En otros términos: si pregunto de este modo ¿qué función cumplen los principios?, sería como inquirir: ¿para qué sirven los principios?

Magna pregunta. Yo voy a intentar dar una respuesta a ese interrogante. Ciertamente, el término "principio" es análogo. Memoro ahora unas estrofas del genial Leopoldo Marechal: "El surubí le dijo al camalote/no me dejo llevar por la inercia del agua/yo remonto el furor de la corriente/para encontrar la infancia de mi río".

El principio es la infancia del río, su comienzo. Sin olvidar, claro está, que el principio está en el río, es su inicio.

Principalmente, entonces, como hemos visto, principio es comienzo, punto de partida. Aunque secundariamente, según el Lalande, principio es "una regla o norma de acción claramente representada en el espíritu, enunciada por una fórmula"¹³. Esto ya nos suministra algunas claves.

¹² Seguimos aquí el completo estudio de MANS PUIGARNAU, JAIME M. ya citado: *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, "Introducción", XXVI, *passim*.

¹³ LALANDE, Andrés, *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, El Ateneo, 1967, pág. 807.

La "fórmula", como ya vimos, se enuncia a través de un aforismo. Pero por su generalidad, los principios no son normas en el sentido fuerte del término. Creemos que existe una diferencia entre ambas realidades, y que ella ha sido vista por Dworkin. En efecto, las normas y los principios apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso da una respuesta, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. En otras palabras: las normas son aplicables a la manera del "todo o nada".

No ocurre lo mismo con los principios: ellos no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Dan una orientación para decidir en determinado sentido, pero no obligan a una decisión particular. Generalmente no enuncian deberes. Podemos ver aquí, con toda claridad, lo que el profesor Pagallo calificaba como "prejuicios modernos a las proposiciones clásicas". Pensamos ahora, por ejemplo, en la máxima: "*Ex facto oritur ius*" ("Del hecho nace el derecho"), sentencia esta que constituye una de las formas más simples de refutación de la falacia naturalista. A partir de ella puede apreciarse que todo deber ser se funda en el ser.

Por su parte, los principios poseen una dimensión de peso o de importancia: cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. No ocurre lo mismo con las normas, pues con ellas se aplican elementos externos al contenido de las mismas, como por ejemplo su respectiva posición jerárquica en el ordenamiento. Ciertamente, no podemos decir que una norma jurídica sea más importante que otra. Pero esta calificación puede ser perfectamente aplicada a los principios.

La función metodológica, para nosotros, estaría vinculada a una determinada forma de razonamiento que supera los esquemas tradicionales de la subsunción y que, siguiendo a Peces Barba, está directamente vinculada a la idea de ponderación. De ello se derivan consecuencias en relación con el fortalecimiento de la posición del juez, y el papel del jurista, cuyas actividades "adquieren un mayor protagonismo desde el momento en que ya no es válido exclusivamente el esquema silogístico en el que la premisa mayor se identifica con el enunciado normativo, la premisa menor con el caso y la conclusión con la decisión. Y también se derivan consecuencias en relación con la separación entre el Derecho y la moral". Y concluye Peces Barba evocando

a Alexy, quien señalaba que la teoría de los principios constituye un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral desde el momento en que en relación con los principios la argumentación jurídica llega a asemejarse 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 práctica.¹⁴

Esto nos lleva de la mano, finalmente, a subrayar un problema terminológico importante. En efecto, entre las variadas acepciones relativas a la materia (principios, axiomas, postulados, máximas, reglas, sentencias, aforismos, proverbios, adagios, apotegmas, etc.), descuellan las denominaciones de principios generales y reglas de derecho, a las que, por lo demás, se reducen varios de los otros términos apuntados.¹⁵

No se produce aquí una confusión, sino que se utiliza una variedad de conceptos de contenido similar para referirse a una misma idea: la de encontrarnos frente a proposiciones, fórmulas breves de los principios del derecho vigente. Esto explica, finalmente, la conocida definición de Paulo: "*non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*" (el derecho no se toma de la regla, sino que ésta se hace del derecho preestablecido). Así, lejos de ser el principio algo puramente apriorístico en relación al sistema legal o ideal que inspiraba, se miraba preferentemente, desde un punto de vista formal y práctico, como un resumen obtenido *a posteriori*, por vía de recapitulación o síntesis, del derecho preexistente¹⁶. Recordemos que, tal como lo afirmáramos más arriba, el principio está en el Derecho, no fuera de él. Nos encontramos aquí, frente a otra función metodológica cumpli-

¹⁴ PECES BARBA, Gregorio y otros, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 172.

¹⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime M., *ob. cit.*, pág. XXX. Y esto nos reconduce a dilucidar cual es la verdadera naturaleza de un razonamiento dialéctico. Perelman explica que los razonamientos dialécticos parten de lo que es aceptado, siendo su fin el hacer admitir otras tesis que son, o pueden ser, controvertidas. Se proponen, pues, persuadir o convencer: no consisten en inferencias válidas y constrictivas. Contrariamente al razonamiento analítico, el razonamiento dialéctico no es impersonal, pues él se aprecia por su acción sobre un espíritu. Y concluye Perelman: "Resulta de ello que es preciso distinguir netamente los razonamientos analíticos de los razonamientos dialécticos; los unos se refieren a la verdad y los otros a la opinión. Cada dominio exige otro tipo de discurso y es ridículo contentarse con argumentos razonables por parte de un matemático, como exigir pruebas científicas a un orador", *ob. cit.*, pág. 21.

da por los principios: en todo caso, éstos aparecen tan pronto como se presenta un supuesto de ausencia de normas, o las que deben aplicarse son manifiestamente injustas en relación al *casus*. ¿Nos encontramos aquí frente al concepto aristotélico de *aisthesis* o apreciación situacional? La solución justa nace aquí de la cosa, a partir del caso, y no es fruto de vanas abstracciones racionalistas.

Aprendamos entonces a construir el Derecho como lo hicieron los juristas clásicos. En todo caso, apoyados sobre sus hombros, vamos a poder ver más allá.

¹⁶ Aut. y *ob. cits.*, pág. XXXII.