

LOS PRINCIPIOS Y SU DIMENSIÓN CONCEPTUAL. BREVÍSIMOS APUNTES TEÓRICOS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2, INCISO F), DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESOS

The principles and their conceptual dimension. Very brief theoretical notes for the interpretation of article 4.2, section f), of the new Code of Processes

M.Sc. Alejandro González Monzón

Profesor Asistente de Filosofía del Derecho
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-2612-7267>
alejandro.gonzalez@lex.uh.cu

Resumen

En el presente artículo se describen los elementos esenciales de la teoría de los principios jurídicos a fin de lograr una interpretación integral del artículo 4.2, inciso f), del nuevo Código de procesos de la República de Cuba. Con esta finalidad se sistematizan las características fundamentales de los discursos que sobre los principios se han desarrollado en la teoría jurídica occidental. En este sentido, se presentan las implicaciones de una concepción estimativa de los principios respecto a la concepción positivista del Derecho. Además, se puntualiza la distinción entre reglas y principios, la implicación de estos últimos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, sus funciones y sus formas de aplicación. El cuadro teórico que presenta el artículo constituye un primer paso en pos de una instrumentación efectiva de los principios en el ordenamiento jurídico cubano.

Palabras claves: principios; fuentes formales del derecho; principios generales del derecho; funciones de los principios generales del derecho; Código de procesos.

Abstract

This article describes the essential elements of the theory of legal principles in order to achieve a comprehensive interpretation of article 4.2, paragraph f), of the

new Code of Procedures of the Republic of Cuba. To this end, the fundamental characteristics of the discourses that have been developed on the principles in Western legal theory are systematized. In this sense, the implications of an estimative conception of the principles with respect to the positivist conception of Law are presented. In addition, the distinction between rules and principles is pointed out, the implication of the latter in the source system of the legal system, its functions and its forms of application. The theoretical framework presented in the article constitutes a first step towards an effective implementation of the principles in the Cuban legal system.

Keywords: principles; formal sources of law; General principles of law; functions of the general principles of law; Process Code.

Sumario

1. Consideraciones preliminares sobre la dimensión principal del Derecho. 2. El siglo^{xx} y el auge principalista: sistematización sus tendencias fundamentales. 3. El discurso sobre los principios como concepción anti-iuspositivista del Derecho. 4. El discurso sobre los principios como teoría normativa. La distinción con las reglas. 5. Los principios y el sistema de fuentes. Análisis desde una perspectiva dinámica. 6. El artículo 4.2, inciso f), del nuevo Código de procesos. Precisiones para una exégesis mínima. **Referencias bibliográficas.**

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA DIMENSIÓN PRINCIPAL DEL DERECHO

La dimensión principal del Derecho, esto es, la posibilidad de existencia de principios en las expresiones propias del fenómeno jurídico, ha tenido manifestaciones diferenciadas, remontándose la cuestión a los inicios de la reflexión iusfilosófica occidental,¹ esto a pesar de que la expresión principios, aplicada específicamente al Derecho, tiene su asiento originario en la obra de LULL.² La identificación definitoria de los principios y la demarcación de sus funciones, lejos de lo incidental, se pueden asumir como pilares epistémicos del conocimiento del Derecho. La ciencia jurídica, recordaba GARCÍA DE ENTERRÍA, no tiene

¹ Cfr. MANS PUIGARNAU, J. M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, p. V y ss.; y PATTARO, E., "El origen de la noción principios generales del derecho. Lineamiento histórico-filosófico", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, No. 59, 1987, pp. 525-563.

² Cfr. LLULL, R., *Arte de Derecho*, p. 58. Comentarios al respecto en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, t. I, p. 417.

otra misión que la de descubrir, a través de conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguiente, expresarse el orden jurídico.³

Una apreciación global arroja la configuración de tres grandes perspectivas de análisis en las disertaciones teóricas sobre los principios en el Derecho, a saber: la perspectiva ontológica,⁴ es decir, la relativa a la conceptualización del Derecho; la perspectiva de identificación del sistema de fuentes formales del Derecho;⁵ y la perspectiva desarrollada en ocasión de la teoría de las normas jurídicas,⁶ con implicaciones en sus formas aplicativas y en las estructuras argumentativas correspondientes. A pesar de que estas perspectivas se yuxtaponen constantemente en los sistemas iusfilosóficos, es posible introducir criterios históricos de diferenciación que coadyuvan a la mejor comprensión de la reflexión principalista.

La perspectiva ontológica del discurso principalista tiene su origen en la sistematización iusnaturalista, cuya génesis se localiza en la especulación grecolatina,⁷ mientras que su ocaso, al menos en su vertiente clásica, aconteció como uno de los desprendimientos del sistema totalizador de HEGEL,⁸ constituyendo momentos intermedios trascendentales en este íter evolutivo la apología teológica del Derecho natural sucedida en el espacio medieval⁹ y la conjugación

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, No. 40, enero-abril de 1963, pp. 201-202.

⁴ *Vid.*, entre otros, DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, pp. 23-38; y BOTERO BERNAL, A., "La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad de principio de justicia", *Revista de Derecho*, No. 23, 2005, pp. 29-68.

⁵ *Vid.*, entre otros, DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, p. 56; DÍAZ COUSELO, J., *Los principios generales del derecho*, p. 83; BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, p. 111; DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, p. 144; y SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al estudio del derecho*, p. 271.

⁶ Cfr. DWORKIN, R., "¿Es el Derecho un sistema de reglas?", en *Filosofía del Derecho*, p. 34 y ss.; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81 y ss.; GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, p. 183 y ss.; y ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 6 y ss.

⁷ Cfr. ARISTÓTELES., *Metafísica*, pp. 121-122; y CICERÓN., *Tratado de República*, p. XXII.

⁸ Cfr. HEGEL, J. G. F., *Filosofía del Derecho*, p. 67 y ss.

⁹ Cfr. DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, pp. 866 y 948.

racionalista del Derecho de los siglos xvii y xviii.¹⁰ En líneas generales, y dada la poca organicidad de los estudios teórico-jurídicos que se exhibe en este interregno histórico, los principios se comportaron como pautas de legitimación de la existencia de un orden de normatividad jurídica suprapositivo. Es decir, los principios se asumieron como un correlato del esquema iusnaturalista, entendiéndose su razón de existencia bien en las ideas platónicas, en la substancia aristotélica, en las manifestaciones de la moral, en la voluntad divina o en las exigencias de la razón.

En contraposición, la salida iuspositivista, que comenzó a sedimentarse a finales del siglo xix, ha negado la existencia de un orden normativo trascendente a la realidad positivada y, por consiguiente, la virtualidad de principios que, contenidos en aquel, informen los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Este contrapunteo entre el naturalismo y el positivismo jurídico, aunque con ropajes diferentes, se ha mantenido hasta la actualidad, y constituye la apoyatura iusfilosófica general de todas las discusiones relativas a los principios jurídicos. De manera muy especial, el debate en torno a la separación entre el Derecho y la moral es un punto de referencia de importancia vital, pues como se podrá analizar con más detenimiento, las cargas axiológicas son consustanciales al principalismo.

La perspectiva de identificación del sistema de fuentes formales del Derecho está definida por la negación del imperio absoluto de la ley¹¹ (defendido inicialmente por los exégetas franceses y contravenido por GÉNY)¹² y la referencia a los llamados principios generales (o naturales) del Derecho (o del ordenamiento jurídico);¹³ tiene su fundamento primario en la aspiración de materializar nor-

¹⁰ Vid., a modo de ejemplo, el racionalismo postulado en LEIBNIZ, G. W., *Tres ensayos: El Derecho y la equidad; la Justicia; y la Sabiduría*, p. 5.

¹¹ Cfr. RIVERO, J., "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo", *Revista de Administración Pública*, No. 6, año II, septiembre-diciembre de 1951, pp. 289-290.

¹² Cfr. GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, p. 2 y ss.

¹³ Respecto a la inclusión de los principios generales del Derecho en los sistemas de fuentes formales, es posible identificar cuatro grandes modelos, estos son: a) *modelos no inclusivos*: inspirados en el modelo del *Code* napoleónico de 1804, las legislaciones contenidas en este modelo carecen de referencia a los principios generales del Derecho, adoptando una postura genérica de preponderancia de la ley que no permite la inclusión de fuentes subsidiarias; b) *modelos de interpretación reglada*: las legislaciones que se insertan en este modelo tampoco establecen fuentes subsidiarias de forma directa, no obstante, consagran pautas interpretativas que dan al traste con la posibilidad de utilizar el recurso analógico y la aplicación de los principios generales del Derecho, a fin de salvar contradicciones y vacíos

mativamente las tesis del iusnaturalismo y su despliegue originario coincide con los grandes procesos de codificación realizados a finales del siglo XVIII, durante todo el siglo XIX y en buena parte del siglo XX.¹⁴ Los posicionamientos de inclusión de los principios como fuentes formales del Derecho responden a una toma de consciencia sobre la imposibilidad de un ordenamiento jurídico exhaustivo,¹⁵ es decir, sin lagunas, vaguedades o contradicciones, integrado solamente por normas explícitas con hipótesis meridianamente definidas.

La perspectiva desarrollada en ocasión de la teoría de las normas jurídicas tiene su espacio natural en el siglo XX y es expresiva de un grado superior de perfeccionamiento y organicidad en los estudios teóricos sobre el Derecho desde un prisma analítico. Evidentemente, esta línea de análisis presupone posicionamientos específicos respecto a las perspectivas anteriores, a saber, la posibilidad de no concebir al Derecho como una declaración exclusiva de la voluntad del Estado y la aceptación de lo imperioso de establecer un sistema de fuentes formales que posibilite una solución coherente y racional ante la concurrencia de una insuficiencia regulativa de la ley y, en su caso, de la costumbre aplicable al caso. No obstante, desde la teoría de las normas jurídicas, el asunto de los principios se ha redimensionado, pues a su tenor ha dejado de ser parte de un discurso preponderantemente metafísico para integrar una serie de problemáticas que, desde un sentido más pragmático y operativo, tras-

en el ordenamiento jurídico; c) *modelos de remisión*: tienen como característica que las legislaciones en ellos comprendidas introducen fuentes subsidiarias, aunque diferenciadas de los principios generales del Derecho; y d) *modelos de inclusión*: con un antecedente remoto en la codificación austriaca, las legislaciones incluidas en estos modelos incluyen a los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes formales que consagran.

¹⁴ Son hitos trascendentales en este sentido, por solo citar los más representativos: el artículo 19 del Código civil austriaco de 1797 (que informó la redacción del artículo 7 del Código de igual nacionalidad promulgado en 1811); el artículo 15 del Código civil Albertino, de 1837; el artículo 3, párrafo 2, del *Codice civile* de 1865; el artículo 6, apartado 2, del Código civil español de 1888; y el artículo 12 del *Codice civile* de 1942, que significó un giro hacia el positivismo al sustituir la expresión *principi generali del Diritto* por la de *principi generali dell'ordinamento giuridico*. En el caso del *Code* de 1804 y del BGB, se hace notar la ausencia de remisión a los principios generales del Derecho. En ambos casos, la aplicación de los principios se puede colegir de la concurrencia de lagunas en el caso controvertido y de la obligación de los jueces de emitir resoluciones fundadas en Derecho respecto de las cuestiones planteadas (prohibición de *non liquet*), así como de la aplicación analógica, que conlleva la extracción de los principios generales.

¹⁵ Sobre la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico *vid.* ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, pp. 316-317; ZITELMANN, E., "Las lagunas del Derecho", en Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho*, 1989, *in integrum*; DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, pp. 28-56 y 126 y ss.; y KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, pp. 65-66.

cienden a la metodología de la regulación jurídica, a las técnicas de aplicación del Derecho y los ejercicios de argumentación en estas lides.¹⁶

2. EL SIGLO XX Y EL AUGE PRINCIPALISTA: SISTEMATIZACIÓN SUS TENDENCIAS FUNDAMENTALES

En sentido general, y como ha quedado ilustrado hasta el momento, la teoría sobre los principios jurídicos¹⁷ es el reflejo de la dinámica evolutiva de una reflexión teórica sobre el Derecho que, en su génesis, intenta combatir las tesis fundamentales del iuspositivismo.¹⁸ El modelo anti-iuspositivista, que tiene como noción central la pertenencia de los principios al Derecho, diluye, como acotó CARRIÓ, la distinción entre fuentes formales y materiales,¹⁹ pues lo vincula continuamente a factores sociales, especialmente de naturaleza moral. Si bien no es posible desconocer los correlatos principalistas del iusnaturalismo clásico y sus derivaciones, es lo cierto que esta cuestión alcanzó la delineación de sus contornos más trascendentales en la teoría del Derecho contemporánea, entendiendo como tal a la que se comenzó a construir desde los inicios del siglo XX y que al día de hoy marca no pocos de los esquemas sobre los que discurren los estudios teóricos y metateóricos sobre el fenómeno jurídico y sus diversas manifestaciones.

Autores como ATIENZA y RUIZ MANERO, que obviamente comparten este criterio, señalan el punto de arranque del giro contemporáneo de la discusión acerca de los principios jurídicos en los cuestionamientos realizados por DWORKIN al iuspositivismo de HART,²⁰ cuyo epicentro, como especificó WALDRON, es una

¹⁶ Esta idea es concordante con lo expresado por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el enfrentamiento al positivismo legalista condujo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, "[...] cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión [...] susceptible [...] de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez [...]". *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones...", *cit.*, pp. 199-200.

¹⁷ Una recreación sistemática en DE FAZIO, F., "La teoría de los principios. Un estado de la cuestión", en *Lecciones y Ensayos*, No. 100, pp. 43-68.

¹⁸ *Vid.*, entre otros, CIANCARDO, J., "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 108, año XXXVI, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

¹⁹ *Apud* CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 223.

²⁰ *Cfr.* ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, *Las piezas...*, *cit.*, p. 1.

concepción sobre lo que supone el Derecho aparte de una multitud de reglas formales.²¹ Obviamente, este giro contemporáneo alude a una reactualización del protagonismo de los principios en los debates teóricos,²² y no al surgimiento de la polémica, que como ya se puntualizó hunde sus raíces en los orígenes de la especulación iusfilosófica.

Incluso, en los propios marcos de los novecientos, es plausible entender que este punto de arranque puede ser retrotraído a los enfrentamientos inmediatos que suscitó la teoría pura del Derecho de KELSEN.²³ En efecto, la teoría sindicada por KELSEN, basada en estrictos criterios de selección normativa como presupuesto para la armonía y completitud del ordenamiento²⁴ y renuente a la incorporación de estandarizaciones morales en lo jurídico, abrió una estela de controversias que todavía en la actualidad tienen resonancia. Particularmente debe destacarse el posicionamiento de ESSER, para quien la praxis jurídica en términos kelsenianos resultó caricaturesca, y cuyos errores generaron una catalización del significado de los principios en la aplicación del Derecho.²⁵ Los principios, en el pensamiento esseriano, no se conciben como provenientes de un orden universal a la usanza iusnaturalista, ni como meras inducciones de las normas existentes en forma cerrada, tal y como han postulado los iuspositivistas, sino algo intermedio, proveniente de la *naturalis ratio*, de la *naturaleza de la cosas*, de la *aequitas* y de la llamada *lógica jurídica*.

²¹ Cfr. WALDRON, J., "¿Ha respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?", en M. C. Melero de la Torre, et al., *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*, p. 265. También vid. SOPER, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, pp. 473-519.

²² PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, No. 98, octubre-diciembre de 1997, p. 12.

²³ Es importante recordar que KELSEN no atribuyó a los principios la condición de normas jurídicas. Este posicionamiento lo manifestó claramente en su teoría al sostener que "[...] tales principios no tienen carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual solo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política [...]". Vid. KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, p. 125.

²⁴ Sobre este tópico vid. las fundamentadas observaciones de WALTER, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, p. 11 y ss.

²⁵ Cfr. ESSER, J., *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, pp. 169-171. También vid. RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, p. 278 y ss.

Incluso, ya con anterioridad BOULANGER²⁶ hubo de publicar el que fuera considerado por el propio ESSER como el primer estudio analítico sobre los tipos y las categorías de principios jurídicos.²⁷ Para este autor francés, la distinción entre reglas y principios se resume en que mientras una regla es general porque ella se crea para un número no determinado de actos o hechos, un principio es general porque implica una serie indefinida de aplicaciones. En esta dirección, la distinción es viable pues mientras la regla tiene una situación jurídica determinada a la cual se aplica (aunque no se crea para un número determinado de dichas situaciones jurídicas), un principio no tiene una única situación jurídica a la cual se aplica.²⁸

En el ámbito legislativo, entre varios acontecimientos con valor ejemplificativo acaecidos durante la vigésima centuria, cabe mencionar dos de ellos por el impacto doctrinario que supusieron. En primer lugar, la regulación de los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes formales del Derecho Internacional Público, al amparo del inciso c del artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que equivale al reconocimiento de los principios como normas de aplicación directa con vocación para incidir tanto en el fondo de un asunto como en el procedimiento particular de su tramitación, en calidad de fuente autónoma, y como elementos de complementación de los mandatos emanados de los tratados y de la costumbre internacional.²⁹

En segundo lugar, por la ascendencia iusfilosófica del debate que generó, destaca el suceso de recodificación italiana que concluyó con la promulgación del *Codice* de 1942, que, en giro copernicano, adoptó en su artículo 12 una directriz iuspositivista al sustituir la locución *principi generali del Diritto*, contenida en su antecesor de 1865, por la de *principi generali dell'ordinamento giuridico*. La razón del cambio, que había sido debatido durante la década de 1930 en los trabajos preparativos del cuerpo legal, se justificó como una medida

²⁶ Cfr. BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et droit positif", *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, pp. 51-74.

²⁷ Cfr. ESSER, J., *Principio...*, cit., pp. 17-18.

²⁸ BOULANGER, J., "Principes...", cit., pp. 51-74. Este análisis se puede encontrar en GRAU, E. R., *Interpretación y Aplicación del Derecho*, p. 162.

²⁹ *Vid.*, entre otros, VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, pp. 123-124; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Fundamentación y fuentes del derecho internacional (distintas a los tratados)*, p. 17 y ss.; y VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C., "Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, p. 115. En la doctrina cubana, el criterio más representativo ha sido expuesto por SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, A., *Manual de Derecho Internacional Público*, p. 14 y ss.

de protección ante la intromisión de elementos extraños en la dinámica del ordenamiento jurídico.³⁰ En la doctrina interna, CARNELUTTI apoyó la reforma,³¹ mientras que DEL VECCHIO se pronunció con fuerza en su contra, catalogándola de retroceso y tildando la nueva expresión de impropia, llegando a concluir se trató de una fórmula inspirada en un sórdido positivismo y en una miope estatolatría, con la que se intentaba cerrar la entrada al Derecho natural, como fuente supletoria del sistema vigente.³²

De cualquier modo, al día de hoy es innegable que las tesis sobre los principios han sido uno de los animadores más destacados de la discusión teórica y filosófica sobre el Derecho de los últimos tiempos, proyectándose sobre tópicos tan centrales como las relaciones de lo jurídico con lo moral, la tipología de las disposiciones jurídicas, la caracterización de los casos difíciles, la creación judicial del Derecho, el carácter y estructura del razonamiento jurídico justificativo, entre otros.³³

En el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XX occidental, la construcción de teorías principalistas, o de referencia a los principios, se ha manifestado desde flancos diversos. Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo a POSCHER,³⁴ se puede establecer una propuesta de sistematización atendiendo a cinco grandes tendencias, a saber:

1. Como tendencia propia del contexto anglosajón, la teoría principalista se ha configurado, en los marcos del debate iniciado por HART y DWORKIN, en los espacios de las reflexiones estructurales sobre el Derecho. Es decir, en los estudios sobre las características de los ordenamientos jurídicos en su relación con otros fenómenos normativos, como pueden ser los establecidos por la moral y la política.³⁵

³⁰ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, pp. 249-250; y TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 28 y ss.

³¹ En expresión de este autor, los principios del Derecho son “[...] las reglas no expresadas de que derivan, a través de su aplicación a los casos previstos, los preceptos formulados con carácter general o particular [...]”. Vid. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, p. 118.

³² DEL VECCHIO, G., “Riforma del Codice civile e principi generali del Diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XVIII, fascículo I, *in integrum*.

³³ *Apud* ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, *Las piezas...*, *cit.*, p. 2.

³⁴ Cfr. POSCHER, R., “Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios”, en J.-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, pp. 71-72. También vid. ÁVILA, H., *Theory of Legal Principles*, pp. 5-82.

³⁵ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, p. 33 y ss.; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, p. 61 y ss.

2. Como epicentro de la teoría de las normas, la diferenciación entre reglas y principios se ha presentado como presupuesto del análisis lógico del Derecho. Como expresiones notables de esta tendencia se presentan los estudios de ALEXY y de GUASTINI.³⁶ Como es posible advertir, opera aquí una importante particularización analítica, pues el objetivo no es disertar sobre las características de un orden normativo jurídico y su vinculación con otros ordenes normativos presentes en la sociedad, sino sobre las características y la estructura lógica de las distintas normas jurídicas. En sentido genérico, las tesis de distinción suelen agruparse en dos rubros opuestos, esto es, las tesis fuertes y las tesis débiles.³⁷ La tesis débil enuncia que la diferencia entre principios y reglas es meramente de grado,³⁸ es decir, hace referencia al mayor o menor nivel de generalidad o abstracción que presenten estos tipos de normas. En sentido divergente, la tesis fuerte afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino que además existen propiedades lógicas o estructurales que diferencian a las reglas de los principios,³⁹ esto es, que se puede realizar un ejercicio de clasificación normativa que tiene a las reglas y a los principios como alternativas.

3. La teoría de los principios ha sostenido, igualmente, una compleja teoría de metodología jurídica relativa a la aplicación del Derecho. Como desprendimiento de la diferenciación entre reglas y principios se han defendido formas categorialmente distintas para hacer efectiva su aplicación, a saber, la subsunción como forma básica de aplicación de las reglas, y la ponderación como forma básica de aplicación de los principios.⁴⁰

³⁶ Cfr. GUASTINI, R., *Interpretar...*, cit., p. 183 y ss.; GUASTINI, R., *La sintaxis del Derecho*, p. 75 y ss.; y GUASTINI, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, p. 140 y ss.

³⁷ Cfr. BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, p. 359; y GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, p. 132.

³⁸ Cfr. HART, H. L. A., "Postscriptum", en C. Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 199; y RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, p. 838.

³⁹ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, cit., p. 81 y ss.; DWORKIN, R., *Los derechos...*, cit., p. 61 y ss.; y ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, *Las piezas...*, cit., p. 29.

⁴⁰ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, cit., p. 89 y ss. Además, vid. MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 149 y ss.; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, p. 736 y ss.; BARAK, A., *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, p. 109 y ss.

4. La teoría de los principios como presupuesto para la concepción de una teoría de la argumentación jurídica coherente, esto es, la necesidad de incluir a los principios en los ejercicios de fundamentación en el ámbito del Derecho, o más aún, de conceptualizar a los principios como argumentos. Resultan de interés en este rubro los criterios de SIECKMANN⁴¹ y de ESSER, y, más cercanos en el tiempo, los estudios realizados por ATIENZA y su postulación de una visión del Derecho como fenómeno argumentativo.⁴²
5. La teoría de los principios se encuentra conectada igualmente con toda una estela de reflexión sobre la dogmática de los derechos fundamentales. La exposición clásica al respecto ha sido presentada por ALEXY, que entiende que los derechos fundamentales son principios y estos, mandatos de optimización.⁴³ Consonantemente, la colisión de derechos fundamentales, que es un cuadro constante al que se enfrenta la actividad judicial, no es otra cosa de una colisión de principios que requiere para su solución de recreación de un razonamiento ponderativo, que en el caso de la teoría alexyana se integra en una estructura mucho más compleja, esto es, el principio de proporcionalidad.

3. EL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS COMO CONCEPCIÓN ANTI-IUSPOSITIVISTA DEL DERECHO

Con anterioridad quedó esbozado que toda teoría principalista es en cierto sentido un cuestionamiento al positivismo jurídico. Tal y como sentenció GARCÍA FIGUEROA, “[...] si existen principios en el Derecho, entonces es inviable una concepción positivista del Derecho [...]”;⁴⁴ idea que fuera también compartida por ZAGREBELSKY, a cuyo juicio “[...] hoy sería imposible un positivismo de los

⁴¹ Cfr. SIECKMANN, J., “Concepto y estructura de las reglas, principios y elementos en el derecho”, en *El modelo de los principios del derecho*, pp. 59-80. Además, *vid.* de este autor los trabajos “Las estructuras lógicas de los argumentos normativos”, “Corrección y objetividad en el modelo de principios”, “Ponderación autónoma”, y “Sobre la fundamentación de los juicios ponderativos”, todos en *El modelo...*, *cit.*, pp. 81-114, 235-284, 115-158 y 159-205, respectivamente.

⁴² Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 203 y ss.; y ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, p. 19 y ss.

⁴³ Cfr. ALEXY, R., *Teoría...*, *cit.*, p. 48 y ss. También *vid.* la sistematización de BERNAL PULIDO, C., “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, *Doxa*, No. 30, 2007, pp. 273-191.

⁴⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios...*, *cit.*, p. 29.

principios [...]”⁴⁵ Este cuestionamiento ha recaído de forma preponderante en lo que respecta a la incorporación de la moral al Derecho, problemática que se ha mostrado constante en la iusfilosofía occidental, especialmente desde las críticas de RADBRUCH a las consecuencias del legalismo nazi, sustentadas en la estandarización de la justicia como parámetro de validez jurídica,⁴⁶ involucrando con esto a otras postulaciones básicas del iuspositivismo. Incluso, si se acepta la diferenciación establecida por BOBBIO,⁴⁷ la variante del positivismo jurídico metodológico, mucho más depurada que las acepciones ideológicas y teóricas, tampoco puede ser compatible con una teoría de los principios, al menos en su sentido fuerte, precisamente porque la tesis fundamental de esta concepción radica en que el Derecho “[...] es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo [...]”⁴⁸ En efecto, la aceptación de que los ordenamientos jurídicos actuales contengan normas con tipología de principios recalca la posibilidad de instrumentalización de la moral en los espacios de interpretación, aplicación y argumentación en el Derecho.

Una primera razón se centra en el hecho de que los principios generalmente son contentivos de conceptos esencialmente controvertidos que suponen un debate moral, constituyendo un ejemplo nítido lo relativo al contenido de los derechos fundamentales, cuya delimitación, como tendrá ocasión de explicarse, supone implicaciones morales. Esta propensión moral denota que la teoría de los principios, como ha advertido PRIETO SANCHÍS, “[...] servirá de vehículo privilegiado a las sucesivas rehabilitaciones del iusnaturalismo [...]”⁴⁹

Para explicitar correctamente esta cuestión, que concierne a la posibilidad de entender a la moral como una condición de validez jurídica, se hace necesario dejar sentado que además de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, el positivismo ha planteado otras dos ideas que le resultan esenciales,

⁴⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 124

⁴⁶ Cfr. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 178.

⁴⁷ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*.

⁴⁸ NINO, C. S., *La validez del derecho*, p. 148. También vid. RAZ, J., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, p. 177 y ss.; ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, p. 213 y ss.; y CELANO, B., “Positivismo jurídico normativo, neutralidad y estado de Derecho”, en J. Ferrer Beltrán, et al. (eds.), *Neutralidad y teoría del Derecho*, pp. 243-274.

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, p. 68.

esto es, la tesis de las fuentes sociales, que hace depender la existencia y el contenido del Derecho de un conjunto de hechos sociales; y la tesis de la discrecionalidad, que plantea que las normas jurídicas válidas no regulan de manera clara todo caso individual, de manera que ante los denominados casos difíciles, los jueces actúan discrecionalmente.⁵⁰ Ahora bien, los principios contradicen la concepción iuspositivista en tanto no integran el Derecho en atención de alguna fuente social, sino por su propio contenido, es decir, los principios no son jurídicamente vinculantes por su origen (descrito, por ejemplo, al tenor de una regla de reconocimiento), sino por sus méritos sustantivos. Es por esto que VIGO ha sostenido que “[...] los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico [...]”.⁵¹ Se desprende entonces que si los jueces pueden aplicar principios, y estos debido a sus características no pueden ser identificados por ningún test de origen, entonces no sería posible establecer un límite estricto entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser. Fue en este sentido que DWORKIN recalcó que si los principios morales son jurídicamente vinculantes por cuestiones sustantivas, entonces la moral puede ser considerada como una condición de validez jurídica,⁵² lo que deja sin virtualidad la tesis de la separación, a la par que la tesis de la discrecionalidad, pues siempre existirá un principio que pueda guiar la decisión del juez, incluso en los casos de ausencia de reglas.

Otra razón, que metodológicamente es una operación posterior, interesa a la necesidad de crear criterios móviles de precedencia de un principio con respecto a otro en supuestos de colisión ante la solución de un caso concreto. Estos criterios de precedencia se instrumentalizan en ocasión de la ponderación, y como ha señalado el profesor VILAJOSANA, “[...] al menos en la mayoría de los casos [...] los ha de proporcionar una teoría político-moral, más o menos desarrollada [...]”.⁵³

Esta última dirección de la incorporación moral, precisada en la resolución de colisiones principiales, ha sido descrita con mucha coherencia por ALEXY, para quien toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores, y viceversa. Para este autor, la única diferencia entre estos posibles

⁵⁰ Cfr. MORESO, J. J., “Positivismo jurídico contemporáneo”, en J. L. Fabra Zamora y Á. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, pp. 171-205.

⁵¹ VIGO, R. L., *De la ley al Derecho*, p. 267.

⁵² Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos...*, *cit.*, pp. 80-83.

⁵³ VILAJOSANA RUBIO, J. M., “De lo posible a lo deseable. Las circunstancias de la jurisdicción y de la política en democracia”, en R. Vázquez, *et al.*, *Democracia, religión y Constitución*, pp. 169-170.

tipos de colisión radica en que la que se presenta entre principios es la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a la que se presenta entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor.⁵⁴ En conclusión, principios y valores son lo mismo, solo es variable la perspectiva de análisis, de naturaleza deontológica en el primer caso y de naturaleza axiológica en el segundo, constituyendo esta peculiaridad un argumento demostrativo de que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.

Las razones expuestas, entre otras que ilustran el anti-iuspositivismo que entraña la apología del principalismo, han provocado una especie de redimensionamiento *ab intra* de la propia tendencia iuspositivista. Ciertamente, y como tuvo a bien señalar ORUNESU, la teoría de los principios ha forzado a los iuspositivistas “[...] a explicar el hecho aparente de que los principios morales pueden a veces ser fuentes jurídicas válidas, de un modo que resultara consistente con sus tesis básicas [...]”.⁵⁵ Una de estas redimensiones se ha cristalizado en el llamado positivismo incluyente, que en oposición al positivismo excluyente, admite que la moral puede ser condición de validez jurídica en ciertos sistemas jurídicos en los que la existencia y el contenido del Derecho dependerá de valoraciones y principios morales.⁵⁶ Este es el caso, por ejemplo, de los esquemas de las democracias constitucionales contemporáneas, caracterizados por una amplia incorporación de principios morales en los textos constitucionales, frecuentemente invocados por los jueces (especialmente los jueces constitucionales) para determinar la validez (constitucionalidad) de las leyes. De estos principios constitucionales “[...] resultan predicables las mismas características que el pluralismo atribuye a los valores: objetividad, pluralidad, conflictividad, inconmensurabilidad, indeterminación [...]”.⁵⁷

Esto supone una identificación mayoritaria de principios en los textos constitucionales, los que se presentan como cánones de moralidad, como directrices de interpretación y como elementos en pos de una óptima argumentación

⁵⁴ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios y razón práctica”, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, p. 48.

⁵⁵ ORUNESU, C., et al., *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, p. 62.

⁵⁶ Un estudio riguroso al respecto en JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, pp. 205-218.

⁵⁷ BARBERIS, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *Doxa*, No. 39, 2016, pp. 272-273.

tanto jurisdiccional como legislativa. Tal circunstancia ha dado al traste con una serie de postulados que, bajo el rubro común de constitucionalismo principalista, plantean que aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta de los textos constitucionales, sí que es cierto que en él, en sintonía con POZZOLO, “[...] se encuentran presentes en un número particularmente elevado [...] hasta determinar un cambio cualitativo del documento [...]”⁵⁸

En conclusión, el asunto de los principios, en negación de las propuestas fundacionales del iuspositivismo, da muestra de lo ambigua que puede resultar la línea divisoria entre el Derecho y la moral en el campo de las decisiones jurídicas, ya que su estatus como fuentes del Derecho depende únicamente del contexto en el que son utilizados.⁵⁹

4. EL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS COMO TEORÍA NORMATIVA. LA DISTINCIÓN CON LAS REGLAS

El desarrollo del principalismo en el siglo xx, tal y como quedó anunciado *supra*, ha tenido como uno de sus derroteros fundamentales a la estructuración de una teoría de las normas jurídicas con epicentro en la distinción entre reglas y principios. La posibilidad de distinguir tipologías normativas consistentes en reglas y principios ha catalizado los estudios de lógica jurídica, de teoría de la interpretación y de metodología de aplicación del Derecho.

Las cuestiones de lógica jurídica han reparado en diferencias estructurales y funcionales, propias de los enunciados jurídicos normativos, que hacen plausible entenderlos como reglas o principios según se constaten determinadas características morfológicas. Los desarrollos de esta tendencia se agrupan en derredor de la llamada tesis fuerte de distinción, asumiendo como presupuesto que estos tipos de normas entrañan proposiciones lógicas diferenciadas, es decir, reglas y principios son formas clasificatorias de las normas. En otra dirección, las teorías de la interpretación han configurado una tesis débil de distinción, postulando que la diferenciación entre reglas y principios solo se puede establecer como resultante de un ejercicio interpretativo, argumental y discursivo, donde no es posible concebir en este sentido un criterio estrictamente ontológico, corroborándose de esta forma el sentido de la máxima de AARNIO, según la cual reglas y principios “[...] pueden tener teóricamente el mismo

⁵⁸ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional,” *Doxa*, No. 39, p. 340.

⁵⁹ Cfr. AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, pp. 152-153.

grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas nítidamente distintas [...]”.⁶⁰ Esta tesis vinculada a la interpretación concluye que la divergencia entre reglas y principios es meramente de grado, es decir, pende del nivel de generalidad que se les atribuya.⁶¹

Finalmente, en lo que a metodología de la aplicación del Derecho compete, el principalismo se ha construido como una teoría analítica, cuya formulación esencial consiste, como bien ha sintetizado BOROWSKI, “[...] en que en el caso de colisiones entre un determinado tipo de normas –los principios– no se trata de que una de ambas normas ha de ser inválida, sino que se produce un retroceso de una de las normas en el caso concreto sin pérdida de su validez [...]”.⁶² Es decir, desde la metodología aplicativa lo trascendente es que reglas y principios, en tanto normas diferentes, son aplicadas mediante mecanismos diferentes, a saber, la subsunción y la ponderación respectivamente, operando dimensiones también distintas en casos de colisión, estas son, la dimensión de la validez para las reglas y la dimensión del peso para los principios.

Como se observa, una concepción coherente que distinga entre reglas y principios trasciende a espacios esenciales de la dinámica jurídica, tales como la interpretación, la jerarquización y los criterios de validez de las normas y las peculiaridades de sus modelos de aplicación. Por este nivel de trascendencia es que la diferenciación de reglas y principios se presenta como una de las bases de la teoría contemporánea de las normas jurídicas. Ahora bien, como

⁶⁰ Cfr. AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 4, 2000, p. 597.

⁶¹ El posicionamiento más definido de esta tesis corresponde a GUASTINI. La diferenciación entre reglas y principios es explicada por este autor a través de un método descriptivo, que parte de establecer una serie de características distintivas. Las reglas, en este sentido, pueden ser asumidas como enunciados condicionales que establecen una conexión entre una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos. Es decir, son normas cuya estructura se expresa en la construcción lógica *si A, entonces B*. Por el contrario, los principios no comparten esta delimitación, y son caracterizados por GUASTINI en atención a dos parámetros: 1) son normas que tienen un carácter fundamental; y 2) son normas sujetas a una especial forma de indeterminación. Ahora bien, para GUASTINI el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o inderrotable, y (en muchos casos) el carácter abierto o cerrado de un supuesto de hecho no son datos objetivos, anteriores a la interpretación: al contrario, dependen de la interpretación, son fruto de la interpretación (entendida en sentido lato). Cfr. GUASTINI, R., *Interpretar...*, cit., pp. 183-190 y 190-191; GUASTINI, R., *La sintaxis...*, cit., pp. 75-79; GUASTINI, R., *Ensayos...*, cit., pp. 140-144; y GUASTINI, R., *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, pp. 325-333.

⁶² BOROWSKI, M., “Derechos de defensa como principios de derecho fundamental”, en J.-R. SIECKMANN (ed.), *La teoría...*, cit., p. 95.

demarcó DE FAZIO, los partidarios del principalismo en sentido estricto suscriben una tesis fuerte de distinción,⁶³ pues solo a su tenor se puede afirmar que los sistemas jurídicos están formados por normas de mandato que pueden asumir la tipología de reglas o la tipología de principios. Por esta razón, serán las particularidades de esta tesis las que se pondrán de relieve en la propuesta discursiva del presente epígrafe, adelantándose además que esta se suscribe como propuesta teórico-normativa.

En el entorno continental, como quedó esbozado con anterioridad, los primeros criterios de distinción entre reglas y principios estuvieron contenidos en las reacciones al positivismo normativista de KELSEN. Específicamente, la distinción primaria de BOULANGER, sustentada en el criterio de generalidad a favor de los principios, y en detrimento de las reglas, en cuanto a las situaciones jurídicas a las que pueden ser aplicados,⁶⁴ y posteriormente, las explicaciones de ESSER relativas a la conceptualización de los principios como *topoi*, alejados de cualquier síntoma de carácter cerrado y estático, que utilizan constantemente los jueces para conjugar la solución más justa a los controvertidos,⁶⁵ fueron cuestionamientos de peso al esquema de pureza metodológica descrito en las obras kelsenianas.

No obstante, es forzoso admitir que la configuración de una teoría de las normas jurídicas apoyada en la escisión entre reglas y principios tuvo su expresión fundante más exhaustiva en los estudios jurídicos del mundo anglosajón, muy especialmente en los cuestionamientos de DWORKIN al positivismo de HART, los que se pueden resumir en dos posiciones. La primera posición está dirigida a establecer que la regla de reconocimiento no es óptima para identificar principios jurídicos implícitos, mientras que la segunda recrea que no es posible construir un test preciso que permita elucidar cuándo un enunciado normativo es un principio implícito de un determinado sistema jurídico, entre otras razones porque la distinción entre creación y aplicación de normas tipo reglas no es trasladable a los principios implícitos.⁶⁶ De hecho, la construcción de una teoría de las normas alternativa a la propuesta hartiana del sistema de reglas estructurado en derredor de la regla de reconocimiento, es una de las conse-

⁶³ Cfr. DE FAZIO, F., "La teoría...", *cit.*, p. 46.

⁶⁴ Cfr. BOULANGER, J., "Principes...", *cit.*, pp. 51-74.

⁶⁵ Cfr. ESSER, J., *Principio...*, *cit.*, p. 169 y ss.

⁶⁶ Cfr. ALONSO, J. P., "Principios implícitos y fuentes sociales del Derecho", *Doxa*, No. 41, 2018, p. 64.

cuencias fundamentales de la ya aludida negación del dogma de la separación entre el Derecho y la moral que propuso DWORKIN desde sus primeros trabajos.

Hurgando en la historia jurisprudencial de Estados Unidos, DWORKIN prestó atención especial a un caso decidido por el Tribunal de Apelaciones de New York el 8 de octubre de 1889, cuya denominación simplificada es *Riggs vs. Palmer*.⁶⁷ La solución del caso a través de la aplicación de un principio demuestra, según DWORKIN, que la tesis de las fuentes sociales⁶⁸ no es suficiente para explicar la dinámica jurídica, pues esta no tiene su justificación en ninguna práctica social anterior, sino en su pertinencia para justificar una toma de partido.⁶⁹ La separación entre el Derecho y la moral⁷⁰ también pierde virtualidad en este análisis, pues, justamente, es la legitimación ética del principio lo que lo hizo apto para resolver el asunto, esto es, lo que hizo pertinente desarrollar todo un aparato argumentativo en pos de llegar a una solución coherente y aceptable⁷¹ que, igualmente, atenta contra la tesis de la discrecionalidad,⁷² pues en el supuesto de no contar el juez con una regla aplicable al caso controvertido, está en la obligación de aplicar el principio idóneo.⁷³

⁶⁷ Cfr. Philo Riggs, como curadora *ad Litem et al.*, Demandantes, contra Elmer E. Palmer *et al.*, Demandados. Tribunal de Apelaciones de Nueva York. Demanda presentada el 21 de junio de 1889. Demanda resuelta el 8 de octubre de 1889.

⁶⁸ HART, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 125-126 y 137. Un análisis de valor en ALONSO, J. P., "Principios...", *cit.*, pp. 63-82.

⁶⁹ *Apud* DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, p. 41 y ss.

⁷⁰ HART, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, p. 230. También *vid.* MORESO, J. J., y J. QUERALT, "Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la moralidad", *Isonomía*, No. 41, octubre de 2014, pp. 143-171.

⁷¹ Explicaba DWORKIN que un principio como *nadie puede beneficiarse de su propio delito* no pretende establecer "[...] las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular [...]. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, [...] como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido [...]". *Vid.* DWORKIN, R., *Los derechos...*, *cit.*, pp. 76-77.

⁷² HART, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, p. 161.

⁷³ Sin embargo, ATIENZA, siguiendo a MACCORMICK, sostuvo que "[...] el propio HART consideró como característica del positivismo jurídico la tesis de la discrecionalidad judicial, es decir, la tesis de que en los casos dudosos o no previstos que aparecen en todo derecho, el juez crea derecho, aunque al mismo tiempo está sometido a una serie de cortapisas jurídicas que limitan su elección. Es más, a partir del positivismo jurídico de HART, no habría en principio ningún inconveniente para que el juez usara de los principios generales del derecho y de los tópicos jurídicos; bastaría con que lo admitiera la regla de reconocimiento del sistema en cuestión [...]". ATIENZA, M., *Las razones...*, *cit.*, p. 74.

La dicotomía entre reglas y principios es enfocada por DWORKIN en un doble sentido, a saber, *el modo de aplicación*, que para las reglas es de *todo o nada*, es decir, que si se cumple con su supuesto de hecho, entonces, o bien la regla es válida y su consecuencia jurídica determina concluyentemente la decisión, o bien es inválida y no aporta en nada a la sentencia, mientras que los principios no se aplican de esta manera, pues cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho, estos no necesariamente determinan consecuencias jurídicas de manera automática.⁷⁴ En cambio, estos solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria; y *la distinción de la dimensión de peso de los principios*, lo que significa que las contradicciones entre principios se deciden mediante la selección del que más peso (importancia) suponga en ocasión del caso concreto, no significando esta selección un desplazamiento de la validez del otro principio contrincante. Esta operación no es posible realizarla en el campo de las reglas, ya que en casos de colisiones entre ellas, solo pueden ser solucionadas con la introducción de una cláusula de excepción o con la declaración de invalidez de, por lo menos, una de ellas.⁷⁵

Esta línea de reflexión dworkiniana fue seguida por ALEXY, siendo este iusfilósofo el autor del sistema más completo en la materia. La reflexión alexyana parte de establecer que tanto las reglas como los principios son especies del género normas.⁷⁶ Esta afirmación implica la asunción de una tesis fuerte de distinción, es decir, supone afirmar que la diferencia entre reglas y principios no es meramente de grado, sino de clasificación o de clase, dada la concurrencia de ciertas características estructurales que definen la divergencia. Esto último conduce a concluir que toda norma solamente puede ser o bien un principio o bien una regla, sin que puedan caber modalidades intermedias.

Después de analizar los criterios manejados por DWORKIN, ALEXY postula que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, esto en relación con determinadas posibilidades jurídicas y fácticas. Así, los principios son “[...] 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 po-

⁷⁴ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos...*, *cit.*, pp. 73 y ss.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 73 y ss.

⁷⁶ Cfr. ALEXY, R., “Hacia un concepto de los principios jurídicos”, *Ensayos...*, *cit.*, pp. 17-42.

sibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario [...]”.⁷⁷

Las reglas, en oposición, son normas que exigen un cumplimiento pleno, es decir, respecto a ellas solo cabe la configuración de un estado de cumplimiento o de incumplimiento, sin más precisiones. La validez de una regla es entonces indicativa de la obligatoriedad que respecto a la realización de su contenido pesa sobre sus destinatarios. Por esto es que las reglas contienen determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. Recalca en consecuencia ALEXY que “[...] lo importante, por ello, no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento [...]”.⁷⁸ En conclusión, si la norma supone la exigencia de su cumplimiento en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas concurrentes, esta norma debe ser asumida como un principio. En cambio, si la norma supone la exigencia de una determinada medida de cumplimiento, esta debe ser asumida como una regla.

Esta distinción de clase es fundamentada por ALEXY sobre la base del criterio de individualización, indicativo de una dimensión propia de los principios, esta es, la dimensión de peso. El hecho de que los principios puedan ser dotados de un peso especificado implica que ante una circunstancia de colisión, como puede ser la que se materializa en la superposición del contenido de dos derechos fundamentales, la solución debe tomar en consideración la importancia relativa que cada uno de los principios enfrentados suponen sobre la base de las peculiaridades del caso. Ahora bien, a diferencia de como sucede en el entorno de las reglas, la preponderancia de un principio con respecto a otro en un supuesto puntual no implica la invalidez del principio desplazado, ni tampoco que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Como el peso del principio que prevalece se colige de las circunstancias particulares del caso, el principio derrotado no pierde la posibilidad de seguir operando como una norma válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor.

Divergentemente, las contradicciones entre reglas se dirimen exclusivamente en la dimensión de la validez, o lo que es lo mismo, la solución ante la

⁷⁷ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios y razón práctica”, *Ensayos...*, cit., p. 47.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 47.

contingencia de una colisión de reglas solo puede operar con la declaración de invalidez de, al menos, una de ellas, o a través de la introducción de una cláusula de excepción. A modo de corolario, la regla invalidada o exceptuada deja de operar como norma válida, no solamente para el caso presente, sino también para los casos futuros.

Evidentemente, la aceptación de la existencia de principios en el sistema jurídico incide en el carácter de este y en el concepto mismo de Derecho,⁷⁹ que ALEXY esquematiza en una trilogía de elementos, esto es, el de la legalidad conforme con el ordenamiento jurídico, el de eficacia social y el de corrección material,⁸⁰ específicamente, y en relación con la dimensión de este último elemento, en lo que concierne a la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral.⁸¹ Los principios, que como se dijo representan una tarea de optimización y no solo un conjunto de normas caracterizadas por la vaguedad, entrañan importantes consecuencias morales, pues si bien la tarea optimizatoria en cuestión es formalmente jurídica, en su fondo es esencialmente moral, dado que su contenido es esencialmente moral.

Sintéticamente, y como corolario de la tesis explicada, es de advertir que la teoría principalista (en el sentido fuerte asumido) distingue las reglas de los principios en atención a su fuerza deóntica, a saber, los principios admiten un gradación de cumplimiento porque entrañan una exigencia de optimización, mientras que las reglas ordenan sin la posibilidad de concurrencia de soluciones aplicativas intermedias. Además, la teoría principalista ha sostenido que las reglas y los principios presentan metodologías diferenciadas para su aplicación, siendo este el presupuesto de la ponderación, cuestión a la que se dedicará el apartado que sigue.

5. LOS PRINCIPIOS Y EL SISTEMA DE FUENTES. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DINÁMICA

Razón le asiste a GUASTINI cuando afirma que el dogma de la (necesaria) completitud de todo ordenamiento⁸² no parece fundado. En su favor han sido adop-

⁷⁹ Cfr. ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del Derecho*, pp. 73-96.

⁸⁰ Cfr. ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, p. 21.

⁸¹ Cfr. ALEXY, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral", en R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, pp. 43-69.

⁸² Para RECASÉNS SICHES, la plenitud hermética del orden jurídico se justifica porque el Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, "[...] impuesta autártica o inexorablemente; y, por eso, cuando surge un conflicto interhumano, el Derecho ha de pronunciar

tados diversos argumentos, pero ninguno de ellos persuasivo.⁸³ Este problema tiene orígenes históricos no tan recientes y su escenario más ilustrativo se localiza en la Francia del siglo XIX y comienzos del XX, donde la disputa entre los exégetas y GÉNY arrojó importantes conclusiones.⁸⁴

En la imposibilidad de la realización del dogma de la totalidad regulativa⁸⁵ del ordenamiento jurídico positivado,⁸⁶ o de la completitud, para usar las palabras de GUASTINI, radica una las glándulas centrales de la funcionalidad de los principios generales del Derecho.⁸⁷ El fenómeno jurídico, complejo y dinámico

forzosamente una decisión, bien de regulación positiva, por ejemplo, atribuyendo a alguien un determinado deber y a otro alguien un cierto derecho subjetivo; bien de garantía normativa, consagrando una esfera de libertad (por ejemplo, a nadie se puede obligar a tener una determinada creencia religiosa). Pero en uno y otro caso se trata de una decisión que es impuesta inexorablemente y que desvanece la incertidumbre y que suprime la inseguridad implicadas por el conflicto planteado [...]. Cfr. RECASÉNS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, pp. 205-206.

⁸³ GUASTINI, R., *Las fuentes...*, cit., 516.

⁸⁴ Consideraciones de valor al respecto en GROSSI, P., *De la codificación a la globalización del Derecho*, p. 13 y ss.

⁸⁵ Para VIGO está claro que el Estado de derecho legal se nutrió de una teoría típicamente positivista, “[...] en el sentido de que no había más derecho que aquel que así se había establecido autoritariamente, y cualquier contenido podía ser derecho en tanto el criterio de validez jurídica se definía completamente por el sistema jurídico al establecer el órgano y el procedimiento para crear la norma. No había derecho si alguna autoridad no lo había dispuesto como tal, y ella tenía libertad para brindarle cualquier contenido, dado que los eventuales defectos morales o axiológicos en nada afectaba a la existencia jurídica [...]; la validez de la norma se asimilaba a su existencia sistémica y no a consideraciones extrajurídicas como las de carácter moral o axiológico [...]”. VIGO, R. L., cit., p. 267.

⁸⁶ Sobre este dogma y su crítica, vid. BOBBIO, N., *Teoría...*, cit., pp. 224-238.

⁸⁷ Para GORDILLO CAÑAS este argumento es la razón de ser de la inclusión de los principios en la enumeración de las fuentes del Derecho. Cfr. GORDILLO CAÑAS, A., *Ley, principios generales y constitución. Apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, p. 48. El iusfilósofo cubano Emilio FERNÁNDEZ CAMUS explicaba la situación de la manera siguiente: “[...] ¿A qué se debe esta especie de vigencia de una serie de principios que se consignan en los Códigos a los cuales necesariamente debe recurrirse para suplir la insuficiencia de la ley? El legislador sienta el principio que se denomina de la plenitud hermética como único modo de concebir el ordenamiento jurídico capaz de regular todas las controversias que surgen en el campo jurídico. Pero al mismo tiempo que teóricamente admite la imposibilidad de vacíos en el ordenamiento jurídico que pudieran dejar sin solución las cuestiones de índole jurídica que se suscitan en la vida social, ofrece la manera de salirse fuera de los estrictos límites legales, al permitirle al juez fallar de acuerdo con los principios generales del Derecho, al mismo tiempo que le impone el deber de ineludible de dejar resuelto en la sentencia el caso en cuestión. Esta es una manera en que la ley contribuye a mantener la paz social de un modo justo. Pero esto no implica que el juez por esta puerta que le abren los principios general del Derecho pueda decidir libremente, pues su

por excelencia, requiere, en su rol de ordenación de las relaciones sociales, la concurrencia de elementos estabilizadores (integradores) que posibiliten su plenitud.⁸⁸ La categoría que se trata es un ejemplo clásico a este tenor. A los efectos de este análisis, ha de quedar esclarecido el hecho de que los principios generales pueden o no estar positivados, lo que les confiere el carácter de explícitos o implícitos, respectivamente, operando una sinonimia formal entre principios y reglas en el primer caso, solo diferenciables por la extensión de

actuación está limitada dentro de estas normas subsidiarias, de lo contrario se llegaría a un subjetivismo que sólo tendría como límite el espontáneo sentimiento de justicia que en toda persona se reconoce, y que podría en muchos casos ponerse frente al ordenamiento jurídico positivo [...]. Vid. FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Filosofía jurídica contemporánea*, pp. 343-344.

⁸⁸ En la doctrina se han formulado un grupo de teorías que sostienen *a priori* la plenitud absoluta del ordenamiento jurídico. La que se deriva del iuspositivismo clásico, definida como teoría de los *espacios vacíos*, fue defendida, entre otros, por BERGBOHM y seguida por SANTI ROMANO. La médula de esta postura radica en sostener que las pretendidas lagunas no son más que espacios carentes de regulación en virtud de su poca relevancia social. Así, en buena técnica, no existen lagunas, sino situaciones y relaciones sociales a las que el Derecho no llega como consecuencia de un ejercicio de ponderación de la relevancia de estas. Según ROMANO, “[...] se puede concebir perfectamente que un ordenamiento jurídico admita como principio fundamental la limitación a determinadas materias, de forma que las que quedan fuera hayan de ser consideradas como jurídicamente irrelevantes, formando por tanto un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones. Y no se trata solo de una mera posibilidad, sino de una exigencia indeclinable de todo ordenamiento, si resulta cierto el axioma antes recogido de que ningún ordenamiento asume la pretensión de regular toda clase de actividades y manifestaciones individuales, sino simplemente las que interesan a sus fines [...]”. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, cit., pp. 316-317. Otra derivación del dogma de la plenitud es la asumida por ZITELMANN, cuyas pautas generales fueron abrazadas por DONATI y por KELSEN. En relación con el tema, este último afirmó que no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, “[...] porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. [...] El orden jurídico no solo contiene el principio de que se está obligado a una determinada conducta, sino también el contrario: se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado. Esta norma es la que se aplica cuando se decide negativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria [...]”. Cfr. KELSEN, H., *El método...*, cit., pp. 65-66. La diferencia de la teoría defendida por esta tríada de autores con respecto a la de los *espacios vacíos* radica en su enfoque lógico. El presupuesto de partida se localiza en la máxima que reza que *todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido*. Así, las pretendidas lagunas no son más que un lógico correlato de un espacio de libertad determinado. Al respecto, vid. también las explicaciones de COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, p. 19 y ss. Igualmente consultar a BULYGIN, E., “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en E. Bulygin, M. Atienza y J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, pp. 9-73. En la doctrina del patio vid. FERRARI YAUNNER, M., *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*, p. 43 y ss.

Ross, A., *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, p. 365 y ss.

sus enunciados. Esto responde al hecho de que las normas, entendidas como construcciones lógicas, pueden ser, en efecto, explícitas o implícitas.

Según Éric MILLARD, una norma es el *significado* de un enunciado prescriptivo. Así, una norma jurídica es explícita cuando “[...] constituye la escogencia de una interpretación de un *enunciado* dado como jurídica (Constitución, ley, contrato, etc.), en un marco de interpretación aceptable desde un punto de vista estrictamente lingüístico, fuera de toda consideración axiológica [...]”⁸⁹ En otro sentido, es implícita una norma jurídica si “[...] no constituye la escogencia de una interpretación de un enunciado (creación monopolizada), ya sea porque se sale del marco de interpretación aceptable o porque se sustenta en otra cosa [...]”⁹⁰

No obstante seguir este autor francés los cauces de una teoría analítica,⁹¹ cuyos presupuestos no se comparten, la clasificación propuesta da paso a una conclusión importante, a saber: cuando la catalogación de una norma como principio no se deriva de la propia actividad de la autoridad normativa, o sea, cuando no es explícita, su cualidad principialista puede estar dada por una variedad de influencias, cuya concreción se logra a través de un ejercicio de interpretación.

Ahora bien, esta posibilidad de suplir a través de los principios generales una falencia en la regulación positivada (o consuetudinaria en su caso) se debate entre dos posturas extremas, a saber: la necesaria habilitación al respecto en el sistema de fuentes de un Estado determinado, o la instrumentalidad innata de estos sin ser necesaria dicha legitimación expresa.

Prima facie, se presenta un obstáculo de comprensión que requiere una evacuación inmediata, esto es: la multilateralidad metodológica de la cuestión de las fuentes del Derecho.⁹² A tales efectos, la opinión de Ross ha devenido en

⁸⁹ MILLARD, É., *Teoría general del derecho*, p. 152.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 153.

⁹¹ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 5 y ss.

⁹² Una visión didáctica al respecto en GOLTZBERG, S., *Les sources du Droit. Que sais-je?*, pp. 7-14 y 37-85. En opinión de este autor: “... *Les principes généraux du droit occupent un statut intermédiaire entre la loi et l'éthique, ainsi qu'entre la règle et le cas. Ils ont une portée générale, non absolue, ce qui rend possible l'opposition entre deux principes généraux du droit : alors sans que naisse une anomalie qu'il faudrait résoudre une fois pour toutes. En cela, les principes généraux du droit sont des arguments topiques (par opposition à 'logiques') par excellence. Ils ont*

todo un paradigma.⁹³ Resumidamente, los problemas al respecto pueden ser planteados al tenor siguiente:

- Configuración de una *perspectiva sociológica* del Derecho que determina las causas de existencia de un determinado sistema jurídico y que puntualiza en el aparato causal de los actos que, en dicho sistema, son creadores de Derecho.
- Afloramiento de una *problemática ética jurídica* que intenta discernir sobre el fundamento moral de la vinculación del ordenamiento jurídico y que puede ser sintetizada en un principio general.
- El *problema teórico jurídico*, volcado en el reconocimiento preciso del origen de las normas jurídicas y en la determinación de algo como Derecho.

Esta triple perspectiva, de la que se desprenden conclusiones referidas al conocimiento, la producción, la legitimación y la instrumentalidad de lo jurídico en las decisiones razonadas de los jueces,⁹⁴ pone de relieve la proporcionalidad existente entre el concepto de *fuerza* y la visión *iusfilosófica* general de la multidimensionalidad del Derecho como fenómeno cognoscible. Si bien desde la teoría del Derecho se potencia la tercera de las aristas, entre otras cosas porque en ella confluyen (o debieran confluír) las dos anteriores, lo cierto es que la presencia de los principios generales del Derecho en la dinámica de la organización jurídica se manifiesta en cada una de ellas,⁹⁵ es decir, como resul-

connu une reconnaissance croissante. À la différence de beaucoup de lois, on prévoit moins bien leur portée [...]!" GOLTZBERG, S., *cit.*, p. 84.

⁹³ Cfr. ROSS, A., *Teoría...*, *cit.*, p. 356 y ss.

⁹⁴ AFTALIÓN, VILANOVA y RAFFO hacen girar su concepto alrededor de esta cuestión. En este sentido, las fuentes del Derecho constituyen la forma de determinación de normas generales (cómo determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas), para fundamentar en ella los fallos o, en general, para asignarle sentido jurídico a los casos individuales. Cfr. AFTALIÓN, E., J. VILANOVA y J. RAFFO, *Introducción al Derecho*, pp. 557-558.

⁹⁵ El criterio de DÍEZ-PICAZO en este sentido resulta un poco exagerado, pues entiende rígidamente la correlación existente entre el poder efectivo de los principios generales y el poder de sus órganos formuladores, desconociendo a la par la variedad de procesos y condicionantes que los pueden contener como una de sus resultantes. Para este autor, el problema se torna especialmente crítico "[...] cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados principios generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de Sociología hacemos Metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en pureza jurídico. Y si tratamos de ser más realistas y concretos acabaremos por confundir el poder concreto que se realiza a través de los principios generales

tado sociológico que engloba los movimientos de la vida organizada de una comunidad dada, como reservorio de los paradigmas éticos que fundamentan las bases jurídicas de esta, como punto originario del entramado normativo y como criterio de identificación y congruencia *ab intra* del mismo.

En la correlación entre los conceptos *fuerza material* y *fuerza formal* se localizan los fundamentos de una respuesta coherente en este sentido, esto si se deja de lado por ahora la *ambigüedad metafórica* que caracteriza al concepto *fuerza*, puesta de relieve por Enrico PARESCHE en la *Enciclopedia del Diritto*.⁹⁶ Entiéndase por fuerza material al acto genérico (no interesa su *nomen*, su procedimiento formativo o el órgano del que dimana) que produce normas. Resulta imposible encasillar *a priori* a dicho acto en marcos formales. En otro sentido, la idea de fuerza formal supone una autorización en lo atinente al acto de producción normativa, es decir, concurre una fijación *a priori* de su nombre, de su procedimiento formativo y del órgano emisor.⁹⁷

A la luz de estas dos formas de entender la manifestación de las fuentes del Derecho, y asumiendo que lo común en la cultura jurídica romano-francesa es apropiarse de posturas eclécticas,⁹⁸ cabe preguntarse si la instrumentalidad

del Derecho con el poder que ostentan los órganos a los cuales se concede el poder de la formulación de tales principios [...]. Cfr. Díez-PICAZO, L., "La doctrina de las Fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVII, fascículo IV, p. 941.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 935.

⁹⁷ Sobre las fuentes, *vid.*, entre otros, AFTALIÓN, E. y J. VILANOVA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, p. 5 y ss.; APARISI, A., y F. LÓPEZ, "Fuentes del Derecho", en J. De Lucas, *Introducción a la Teoría del Derecho*, pp. 299-342; BALAGUER CALLEJÓN F., *Fuentes del Derecho. Ordenamiento Constitucional*, p. 12 y ss.; BOBBIO, N., *Teoría...*, *cit.*, pp. 165-176; GUASTINI, R., *Las fuentes...*, *cit.*, pp. 99-105; MATILLA CORREA, A., "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)", en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, t. I, pp. 34-36; PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, p. 13 y ss.; PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, p. 16; y ss.; y ROSS, A., *Teoría...*, *cit.*, p. 255 y ss.

⁹⁸ Aclaró GUASTINI que si bien la alternativa entre concepción material y concepción formal de las fuentes es bastante clara, "[...] lo mismo no puede decirse sobre la concepción de las fuentes efectivamente adoptada por los juristas en nuestra cultura jurídica. De hecho, la noción de fuerza ampliamente dominante en la doctrina jurídica no parece ser ni puramente material, ni puramente formal, sino mixta o ecléctica. En el sentido de que, para identificar las fuentes del derecho, los juristas usan sea un criterio formal, sea uno material. Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuentes del derecho todos los actos que están autorizados a producir normas, incluso cuando, de hecho, no tienen contenido normativo (como ocasionalmente ocurre). Por el otro (criterio material), tienden a considerar, además, fuentes del derecho todos los actos que, de hecho, producen normas, incluso si no existe ninguna norma sobre la producción jurídica que los autorice a producirlas [...]. GUASTINI, R., *Las fuentes...*, *cit.*, p. 104.

y el sentido de los principios generales del Derecho se inutilizan si estos no aparecen consagrados en un sistema con carácter de fuente formal, o lo que es lo mismo, si no está autorizada formalmente su aplicación para la solución de determinados casos, perfilándose lo que GORDILLO CAÑAS ha dado a llamar *modestia de su rango normativo*.⁹⁹

Una respuesta afirmativa redundaría en un normativismo inaceptable, no coincidente con la *nueva teoría de las fuentes* que reseña PERLINGIERI,¹⁰⁰ mientras que una respuesta negativa asume plenamente otro de los grandes patrones funcionales que ellos asumen, a saber, el de ser la *base misma del ordenamiento jurídico*,¹⁰¹ *guía de la aplicación del derecho*¹⁰² e *instrumento de interpretación*

⁹⁹ GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales...*, cit., p. 41.

¹⁰⁰ Cfr. PERLINGIERI, P., "Por un Derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho*, t. XXXVI, fascículo I, pp. 14-15. Entiende este autor que al abandonar lo que se puede definir como "[...] método formalista, tendente a encasillar todos los hechos concretos en nociones y conceptos tradicionales, se debe intentar, en el máximo respeto de las particularidades de los hechos concretos, individualizar, dentro del ordenamiento jurídico en su integridad y complejidad, la solución normativa más adecuada, más compatible con el caso concreto. El procedimiento hermenéutico no puede por tanto ser mecánico siguiendo la técnica de la subsunción del hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto de la norma con posibilidad de violentar el hecho concreto, sino que debe ser respetuoso al máximo con las particularidades del caso concreto [...]"

¹⁰¹ Para DE DIEGO, los principios elaborados "[...] en el seno de la sociedad por obra, en definitiva, no hay necesidad de decirlo, de la razón individual permanecen como en el subsuelo de las formaciones jurídicas; ellos alumbran al legislador y al oscuro iniciador del Derecho consuetudinario, llevan la dirección del progreso jurídico y forman como la reserva normal de las nuevas apariciones o creaciones de derecho. Evidente nos parece que en ese primer aprovechamiento de los principios no quedarán éstos agotados y como consumidos y dispersos en las normas particulares dictadas por el legislador, y es natural suponer que al invocar éste los principios generales del derecho para suplir las lagunas de sus disposiciones, habrá querido referirse a aquellos principios que ya utilizó, y cuyo rico contenido ofrece como espléndida cantera para la formación de nuevas reglas [...]". Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, F., "El método en la aplicación del Derecho Civil. Los principios generales del Derecho", *Revista de Derecho Privado*, No. 37, año IV, 1916, p. 294. También vid. RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. I, pp. 152-153.

¹⁰² FREIXES SANJUÁN y REMOTTI CARBONELL han expresado que los principios, como instituciones jurídicas con proyección normativa, "[...] cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento. Esta función es más concreta que la realizada por los valores (de ahí su diferencia funcional con los mismos), ya que a partir de su mayor grado de precisión (pues, aun cuando son indeterminados, son predictibles), los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla. Así, también, de los principios se extraen reglas aplicables a los casos concretos, y la posible trasmutación de los principios en reglas supone el ejercicio de diferentes opciones de política legislativa [...]". Cfr. FREIXES SANJUÁN, T. y J. C. REMOTTI CARBONELL, "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, año 12, 1992, p. 103. También consultar los comentarios al respecto de ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su*

(tanto de las leyes como de las costumbres), receptáculo de raigambre histórica, técnica y de valores socioculturales que posibilitan la fisura del monopolio estatal absoluto en la creación jurídica. En bella referencia del profesor MATILLA CORREA, “[...] los principios generales del Derecho funcionan, simplemente, como el Titán Atlas con respecto al derecho positivo [...]”¹⁰³ Es notable la sinonimia con la idea de RAZ sobre el *problema de individuación*, o lo que es lo mismo, la determinación exacta de cuáles son los principios que subyacen detrás de la división dogmática del derecho.¹⁰⁴

La directriz política a la que responde el sistema de fuentes formales de cualquier país¹⁰⁵ no puede atentar contra la lógica del funcionamiento jurídico, contra esa aludida dialéctica entre lo general y lo particular, donde los principios

formulación constitucional, pp. 54-55. A juicio de este autor, tres son las funciones atribuidas a los principios generales del Derecho, a saber: fundamentadora, interpretativa y supletoria, en relación con las demás fuentes, porque así se desprende del *carácter informador* que se les atribuye. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *cit.*, p. 55.

¹⁰³ MATILLA CORREA, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 191.

¹⁰⁴ En opinión del que fuera notable alumno de HART, los principios de individuación están determinados por la teoría jurídica, mientras que el contenido de un sistema depende de hechos contingentes que se refieren a tal sistema particular. Se puede decir, por tanto, que los principios de individuación hacen posible la existencia de ciertos tipos de relaciones internas, mientras que la complejidad del sistema determina si las relaciones de esos tipos efectivamente existen en el sistema respectivo [...]. Cfr. RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, p. 97 y ss.

¹⁰⁵ Con tino, expresaron Díez-PICAZO y GULLÓN que la enumeración y el establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político, porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder –poder mandar y poder hacerse obedecer–, que en última instancia es un poder de naturaleza política [...]. Díez-PICAZO, L. y A. GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, p. 101. PRIETO SANCHÍS fue más explícito: “[...] las fuentes del Derecho no sólo representan un capítulo esencial para determinar la validez de las disposiciones y normas, sino que encierran también una evidente decisión política acerca del ejercicio y distribución del poder social. Definir cuáles son los modos de producción jurídica y establecer un orden jerárquico entre los mismos, entraña así el establecimiento de una determinada estructura de poder, que es lógicamente de naturaleza política [...]”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, p. 159. Con similares argumentos se pronunció sobre la cuestión Jean RIVERO al sostener que entre los elementos que dan a los diversos sistemas jurídicos su originalidad, “[...] es preciso situar en primera línea la teoría de las fuentes del Derecho adoptado por cada uno de ellos. Según triunfe en la elaboración del derecho positivo, lo consuetudinario, la acción del juez o la regla escrita emanada de la autoridad pública, se llega a estructuras jurídicas tan diferentes como el derecho del *Ancien Regime* francés, la *Common Law* británica o el régimen del Código civil napoleónico. El carácter de las reglas de derecho, su rigidez o flexibilidad, la posibilidad para las mismas de adaptarse a nuevas situaciones, cambian absolutamente cuando se pasa de uno a otro de estos sistemas; más profundamente aún, el razonamiento jurídico no obedece en cada uno de ellos al mismo método; cada sistema tiene su espíritu y casi su lógica propia [...]”. RIVERO, J., “Los principios...”, *cit.*, p. 289.

son un resultado a la vez que un escalón de partida, no puede invalidar, materialmente, la posibilidad de recurrir a construcciones no positivadas que asistan a la cohesión del ordenamiento,¹⁰⁶ así como a la superación de sus defectos congénitos.¹⁰⁷

Los principios generales han de estar incorporados en el aparato categorial de razonamiento jurídico de quienes están facultados para aplicar el Derecho,¹⁰⁸ en pos de enriquecer y brindar coherencia (racionalidad) al sistema jurídico, insuflándole un contenido más profundo, flexible y axiológicamente satisfactorio, que permita al jurista ver más allá de lo regulado en las leyes.¹⁰⁹ En este

¹⁰⁶ En la jurisprudencia española destaca en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, primera sentencia de inconstitucionalidad de este magno foro, al tenor de la cual se dejaba sentado que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución “[...] tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico –como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil–, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo [...] carácter específico del valor aplicativo –y no meramente programático– de los principios generales plasmados en la Constitución [...]”.

¹⁰⁷ Este criterio fue compartido por LEGAZ Y LACAMBRA, en el sentido de que es preciso reconocer la eficiencia de los principios generales de Derecho como fuente jurídica, “[...] aún en aquellos sectores del Derecho en los que no aparecen expresamente mencionados o, por el contrario, se hallan traducidos en normas jurídicas incompletas, como declaraciones de principios [...]”. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 113. También vid. comentarios al respecto en PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente de Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, pp. 15-49.

¹⁰⁸ Una panorámica sobre la aplicación de los principios generales del Derecho por el magno foro cubano en ARREDONDO SUÁREZ, I., “¿Principios generales del Derecho en el sistema de fuentes?”, *Revista Justicia y Derecho*, No. 14, año 8, 2009, pp. 47-52.

¹⁰⁹ Con esmerada profundidad, Fernando ÁLVAREZ TABÍO sostuvo que el juez que desee merecer el calificativo de jurista en el sentido cabal de la palabra “[...] no puede atenerse ciegamente a las formas de la ley, pues estas en definitiva no crean el Estado de Derecho sino que lo manifiesta y le procuran validez. Las palabras de la ley sólo se ocupan de definir algunos conceptos por medio de otros a su vez indefinidos, siendo dudoso que un cualquiera pueda ser resuelto mediante la parte conocida de los diferentes conceptos aplicables, antes bien, cada palabra de contornos borrosos provocará una laguna que deberá colmar el juez con el instrumentos de conceptos puros de que dispone y la plasticidad emotiva que en su conciencia ha de provocar el caso concreto. Otras veces, al trabajar sobre normas positivas se enfrentará con valores culturales que cambian de sentido en cada época y que además no admiten soluciones estrictamente jurídicas. En ocasiones puede producirse una laguna cuando dos leyes, sin preferencia entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces [...]”. Finalmente concluía que cuando la norma resulta inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado estas, “[...] el juez tiene que encontrar por sí la norma para la decisión, y entonces realiza lo que ha dado en llamarse una *investigación integradora del Derecho* [...]”. Más

último sentido, cabe traer a la palestra las ideas de NINO, que con mucha fuerza han abogado por un redireccionamiento de los estudios teórico-jurídicos hacia la optimización de la práctica, sobre todo en lo concerniente a la realización de los conceptos morales, por lo que el tema de los principios generales ha tenido importante presencia en la argumentación de esta idea. Según este autor, “[...] esta dimensión de la teoría jurídica no es más que una *especialización del discurso moral* [...]. Al igual que en el discurso moral ordinario, esta modalidad de teorización frente al derecho persigue justificar los juicios valorativos acerca de la solución correcta para ciertas clases de casos, mostrando que ellos derivan de un sistema coherente de principios generales. Esto exige hacer explícitas algunas de las consecuencias lógicas de los distintos principios cuya validez se discute para determinar si ellas son aceptables y si no están en conflicto con las consecuencias de otros principios [...]”¹¹⁰

Este razonamiento trae al campo de la funcionalidad la matriz ética que caracteriza a los principios generales del Derecho,¹¹¹ cuya naturaleza no descansa exclusivamente en ser un mero resultado de síntesis de la vida jurídica de una sociedad en interacción con las construcciones morales que esta arroja, sino que deviene meridiano informador de la interpretación y aplicación del Derecho, a la vez que un cúmulo notable de pautas argumentativas que permiten, sobre todo al juez,¹¹² formular decisiones coherentes y con posibilidades elevadas de realización y legitimación.

En líneas generales, el pensamiento de PERELMAN es concorde con esta realidad:

*“... Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, es-
forçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma*

adelante apuntaba: “[...] con esto no se pretende entronizar al Derecho libre por medio de la creación artificial de una laguna, porque una cosa es autorizar al juez a que repudie los efectos normales de la ley, conocidos y queridos por el legislador, y otra bien distinta autorizarle a juzgar sobre la justicia y oportunidad de las soluciones indudablemente queridas por aquél, desenvolviendo su pensamiento fundamental de acuerdo con las necesidades y experiencias del momento [...]”. Cfr. ÁLVAREZ TABÍO, F.; M. F. MÁRQUEZ Y DE LA CERRA Y M. MARTÍNEZ VÉLEZ, *Legalidad y Justicia (Tres puntos de vista sobre el principio de legalidad)*, pp. 50-51.

¹¹⁰ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, p. 344.

¹¹¹ En expresión del profesor LUCIANO PAREJO, los principios son fórmulas condensatorias de los valores y de los bienes básicos del ordenamiento en su conjunto, “[...] justamente los que, por ello, lo organizan, lo articulan animando y dando vida a las instituciones y confiriendo así a aquél sentido de totalidad y de sistema coherente y cerrado (carente de lagunas). En modo alguno, no obstante su grado de abstracción y condensación, dejan de ser reglas jurídicas en sentido técnico [...]”. Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 118.

¹¹² Cfr. COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. III, p. 36 y ss.; y UTZ, A. F., *Ética social*, t. II, p. 151 y ss.

solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica [...]”¹¹³

A simili, y con convincentes palabras, se manifestó al respecto ZAGREBSKY:

“... Los principios [...] no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una *toma de posición* conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una *cuestión de principio*. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo a las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente positivo de la aplicación de las reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de *tomas de posición* jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El ser iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio [...]”¹¹⁴

En resumen, la potencialidad y amplísima versatilidad de los principios generales del Derecho coadyuvan a una dinamización del sistema de fuentes que los acoja, en pos de una mayor consecuencia de las proyecciones jurídicas con respecto a la realidad social que han de regular, evitando desperfectos, anomalías y oscuridad en los procesos interpretativos y aplicativos de la norma.

6. EL ARTÍCULO 4.2, INCISO F), DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESOS. PRECISIONES PARA UNA EXÉGESIS MÍNIMA

La Ley No. 141/2021, “Código de Procesos”,¹¹⁵ reintroduce en el ordenamiento jurídico cubano, al tenor de su artículo 4.1, inciso f), la condición de fuentes

¹¹³ PERELMAN, Ch., *Lógica jurídica. Nova retórica*, p. 117.

¹¹⁴ ZAGREBSKY, G., *El derecho dúctil...*, cit., p. 118.

¹¹⁵ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 138, de 7 de diciembre de 2021.

formales de los principios generales del Derecho.¹¹⁶ Con esta regulación, cuyo antecedente más inmediato en nuestro ordenamiento jurídico se remonta al artículo 6 del Código civil español de 1888, se configura una clara exigencia para la doctrina y para la práctica jurídica nacional, referida a clarificar en lo teórico los fundamentos, la naturaleza y las funciones de los principios generales del Derecho, como presupuesto indispensable para su correcta aplicación por los tribunales de justicia.

Una primera observación debe estar dirigida al alcance de este precepto. Si bien una lectura apresurada, que tenga como presupuesto inamovible la naturaleza de la materia que regula este cuerpo normativo, puede concluir que dicho artículo hace referencia exclusiva a los principios generales que se puedan sistematizar en el ámbito de lo procesal, lo cierto es que la alusión a “la tramitación y la solución de los casos sometidos a su conocimiento” habilita la posibilidad de aplicación de las normas-principios al fondo de los asuntos que sean resueltos por los tribunales competentes. Esta posibilidad de aplicación, que trae aparejadas técnicas específicas de interpretación y argumentación jurídica, pone de relieve la pertinencia de las reflexiones teóricas sobre sus ya acotadas diferencias con las normas tipo reglas. Así, la habilitación del sistema de fuentes que introduce el artículo 4.1 de la mentada ley se realiza en los marcos de la reglamentación procesal, pero la trasciende, convirtiéndose en la referencia normativa más ostensible del sistema de fuentes formales en el ordenamiento jurídico cubano.

En la actividad judicial, la cuestión de los principios generales del Derecho reviste una trascendencia capital. El constante enfrentamiento del juez a vacíos normativos y a normas oscuras o deficientes, hace necesario elevar su función a un estadio superior, donde los principios devengan derroteros precisos que lo auxilien en la actividad interpretativa y en su consecuente rol de aplicador del Derecho. Una cultura judicial basada en la observancia y aplicación de los principios generales del Derecho tributa a una optimización del componente argumentativo que debe estar presente en grado suficiente en todas las decisiones del juez.

Desde este argumento práctico, resulta plausible asumir dos presupuestos básicos que se desprenden de la exégesis del ya citado artículo 4.1, inciso f), del Código de procesos, a saber:

¹¹⁶ El texto del artículo en cuestión es el siguiente: “En la tramitación y decisión de los casos sometidos a su conocimiento, los tribunales resuelven de conformidad con lo dispuesto en: [...] los principios generales del Derecho y otros establecidos en el presente Código [...]”.

- La afirmación de la existencia objetiva de los principios generales del Derecho como normas jurídicas de condicionamiento múltiple se encuentra en estrecha relación con la concepción integral y compleja que del fenómeno jurídico se defiende. Como categoría jurídica puede ser diferenciada de las reglas, en atención a criterios de lógica formal aplicados a su estructura, y de los valores, en observancia de su operatividad jurídica y de su grado de abstracción.
- La multiplicidad de funciones que realizan los principios generales del Derecho es un correlato de su construcción compleja. Estos no solo devienen fuente supletoria que corrige los vacíos y las contradicciones de la ley y la costumbre. Su esencia más profunda radica en ser las pautas que sirven de sustento y guía deontológica a toda la ordenación jurídica, a través de las cuales se sistematizan, se integran, se racionalizan y se interpretan de forma coherente todos sus elementos.

En la doctrina se han manejado dos criterios fundamentales en lo atinente a la aplicación de los principios generales,¹¹⁷ estos son: el método analógico¹¹⁸ y el de generalización ascendente y abstracta de la norma particular.¹¹⁹ Este último es un proceso a través del cual el juez realiza análisis escalonados tendentes a la generalidad, que mantienen elementos sustanciales de la construcción normativa base e incorporan nuevas derivaciones jurídicas.¹²⁰ En la doctrina argentina, CASSAGNE¹²¹ entendió que este procedimiento puede configurar la

¹¹⁷ El profesor MATILLA CORREA ha advertido que el proceso de aplicación de los principios generales del derecho, “[...] que está en manos de los órganos facultados para aplicar el Derecho (esencialmente los tribunales), es mucho más complejo que el de aplicación de una ley o costumbre, por las condiciones de determinación que están presentes en las dos últimas y de indeterminación que se patentiza en los primeros. Debido a la falta de precisión exacta de los principios generales del Derecho (no ya en su fuente genérica, sino en cuáles son ellos individualizadamente), su actividad aplicativa debe estar rodeada de una gran cautela, pues la existencia o planteamiento del principio general a utilizar pueden verse *contaminados*, y por ende *adulterados*, con apreciaciones subjetivas provenientes del órgano encargado de su aplicación [...]”. *Vid.* MATILLA CORREA, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 193.

¹¹⁸ Una aproximación conceptual al respecto en BOBBIO, N., *Teoría...*, *cit.*, pp. 245-249.

¹¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, p. 75 y ss.; GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, pp. 137-142. En la doctrina nacional *vid.* MATILLA CORREA, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 192.

¹²⁰ Al respecto *vid.* las explicaciones de GUASTINI, R. *Estudios...*, *cit.*, p. 139 y ss.; y de PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, pp. 97-101.

¹²¹ CASSAGNE, J. C., “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *Estudios de Derecho Público*, p. 12.

aequitas cerebrina, esto es, el arbitrio judicial *contra legem*. En relación con la analogía,¹²² entendida desde la perspectiva metódica, y la aplicación de los principios generales del Derecho, entendidos como el material necesario para desarrollar este método, resulta notorio que es la analogía *iuris* la que presenta mayor vocación en este sentido, pues materializa el carácter transversal que estos suponen en toda la alineación jurídica.¹²³ Este razonamiento sería aplicable a la analogía *legis* si se entendiera que todas las reglas están sustentadas en principios, deduciendo a esta sustentación como un fenómeno que brinda legitimidad a estas *ab intra* del sistema.¹²⁴

Como sostuvo PRIETO SANCHÍS, la obtención de los principios implícitos tiene bastante que ver con la analogía, “[...] pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone el reconocimiento de un principio general. Tal vez la diferencia consiste en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía *legis* que en el caso de la analogía *iuris* [...]”¹²⁵ Con esta exposición se ha de llegar a una conclusión: el método analógico no agota la funcionalidad de los principios generales del Derecho, pues si bien la institución de la analogía, sea *iuris* o *legis* según lo dicho, supone necesariamente el despliegue de determinado(s) principio(s), estos pueden ser aplicados directamente a través del juicio de valor adecuado, manifestado, explícita o implícitamente, en el

¹²² Vid. BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridice (Teoria generale e dogmatica)*, pp. 69-84. Para este jurista italiano “[...] L’impostazione data al problema dell’analogia dai seguaci del dogma della volontà legislativa [...] Non si tratta, infatti, di sapere come avrebbe deciso il legislatore, se avesse fermato la sua consapevole attenzione sulle situazioni di fatto sfuggite alla sua previsione: non si tratta, cioè, di andaré alla ricerca di una decisione verosimile o presumibile di carattere ipotetico. Siffatta impostazione non si giustifica se non da un punto di vista decisionistico che tenda a concepire il Diritto, piuttosto che come prodotto di ratio, come imposizione di una voluntas, anche irrazionale, la quale stat pro ratione [...]”.

¹²³ Cfr. ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, pp. 63-66.

¹²⁴ Según la apreciación de PRIETO SANCHÍS, las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresas “[...] no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-particular; a veces, los principios son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas [...]” Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes...*, cit., p. 210.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 210. También vid. CARNELUTTI, F., *Teoría General...*, cit., pp. 118-123. Para ATIENZA, los argumentos por analogía poseen también este mismo carácter inconcluyente pues, en realidad, “[...] argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito –o no tan explícito– de principios. La analogía presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen; se sustentan, precisamente, en razones de principio [...]” ATIENZA, M., *Las razones...*, cit., p. 121.

pertinente ejercicio argumentativo.¹²⁶ En una relación género-especie asumen los principios generales la posición genérica, mientras que la analogía constituye una de sus varias formas de manifestación. Sostener lo contrario sería realizar una apología de la visión iuspositivista, obviando el carácter de substancia y el rol informador que a estos compete.

Otra interpretación interesante sobre la perspectiva funcional de los principios generales, que destaca por su lógica organizativa e integradora de lo dicho hasta el momento, fue expuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO.¹²⁷ La cuestión se puede analizar, según estos autores españoles, aludiendo a su *dimensión explicativa* y a su *dimensión justificatoria*. En la explicación del Derecho, los principios son piezas o instrumentos didácticos (leyes científicas), a través de los cuales se puede comprender una realidad determinada, atendiendo al grado de abstracción con que se pretenda descifrar dicha realidad, esto es, el Derecho en general, el ordenamiento jurídico en particular o un sector de este. Por mediación de los principios generales se puede entender el funcionamiento de determinada institución en el conjunto del ordenamiento jurídico y en el sistema social, a la vez que permiten aprehender al Derecho no como una simple sumatoria de pautas, sino como una realidad orgánica y sistémica (función sistematizadora) dotada de coherencia.¹²⁸ Por este motivo, conocer los principios tributa a un conocimiento anticipado de las problemáticas que

¹²⁶ REALE se pronunció en este sentido sosteniendo que la analogía consiste esencialmente “[...] en llenar una laguna existente en la ley, gracias a un raciocinio fundado en razones de semejanza, en la correspondencia entre ciertas notas características del caso regulado y las de aquel que no lo está. El recurso a la costumbre y a los principios generales no impide la apelación a la analogía, sobre todo si se tiene en cuenta que todo raciocinio analógico presupone la correspondencia entre las dos modalidades de lo real puestas en contacto (*analogía entis*) y conduce naturalmente al punto de los principios [...]”. Cfr. REALE, M., *Introducción al Derecho*, p. 148. Consultar igualmente ATIENZA, M., “Sobre Creación judicial del Derecho de Eugenio Bulygin”, en E., Bulygin, M. Atienza y J. C. Bayón, *Problemas lógicos...*, cit., pp. 118-119.

¹²⁷ ATIENZA, M., y J. RUIZ MANERO, *Las piezas...*, cit., pp. 14-19.

¹²⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, pp. 34-48; REALE, M., *Introducción...*, cit., pp. 147-149. En sinonimia, ha dicho SENDÍN GARCÍA que los principios generales desempeñan “[...] un papel informador del conjunto del ordenamiento jurídico. Labor que se proyecta a su vez en una pluralidad de funciones. Así, en primer lugar, son elemento fundamentador del ordenamiento jurídico, dotando a éste de un sentido y una racionalidad propias, que impide su simple consideración como una mera conjunción de normas, más o menos armónica, para convertirlo en una unidad dotada de sentido [...]”. Cfr. SENDÍN GARCÍA, M. A., “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo español”, en *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, pp. 435-436. También vid. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *Los principios en...* cit., pp. 660.

se pueden derivar de una regulación a través de instituciones específicas. En lo que interesa a la función de justificación, esta se puede entender en relación con el razonamiento y la argumentación en el campo del Derecho, dándose una interesante y compleja dinámica entre principios y reglas como categorías lógicas que, desde diferentes ángulos, conjugan soluciones a los más disímiles casos y participan de la explicación razonada de las mismas.¹²⁹

Se puede evaluar al compás de lo dicho, la notable funcionalidad de los principios generales del Derecho en toda la complejidad jurídica, como “[...] pilares y paredes maestras del edificio jurídico [...]”.¹³⁰ Es errado considerar que la aplicación de estos ha de estar necesariamente mediada o condicionada por la existencia de una laguna de la ley. Esa es una concepción de antaño que no puede hacer coincidir sus argumentos con la realidad, dado que desconoce la justicialidad directa que los define y en virtud de la cual se nos permitiría recurrir cualquier acto jurídico (excepto, claro está, los que tengan rango de ley formal y el principio no tenga rango constitucional) que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama.¹³¹ Es una falacia pensar que los principios generales no poseen vocación de aplicabilidad directa, tanto más vinculante en cuanto vengan recogidos en la Constitución, según ZAGREBELSKY,¹³² puesto que si así fuera, ¿cómo se podría garantizar la irrestricta observancia y la plena realización del contenido que proponen? Sin temor a equívocos, esta potencialidad aplicativa es génesis y colofón de todo el entramado funcional descrito.

Como se ha visto, las funciones de los principios generales del Derecho son correlativas con la complejidad de su construcción ontológico-jurídica. Estos constituyen un elemento implícito, un conjunto de ideas sistemáticas¹³³ inherentes a la esencia misma de lo jurídico, razón por la cual su atención no depende del mero reconocimiento de su vinculación jurídica en una

¹²⁹ Cfr. CARRIÓ, G. R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, p. 45 y ss.; También vid. ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, p. 119 y ss.; y GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, pp. 15-49.

¹³⁰ REALE, M., *Introducción...*, cit., p. 148.

¹³¹ BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, cit., p. 159.

¹³² ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, cit., p. 117.

¹³³ POUND, R., “El Derecho y la Ciencia del Derecho en las teorías recientes”, *Revista jurídica argentina La Ley*, t. XXIX, Sección Doctrina, p. 826. También vid. POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, pp. 34-36 y 116.

estructuración formal de fuentes. Son construcciones que sistematizan, brindan sustento y coherencia, proyectan¹³⁴ y racionalizan el orden de Derecho en una sociedad determinada, aunque claramente pueden ostentar el carácter de universales. A través de su estudio se puede, como dijera en ingeniosa referencia verniana el precitado MATILLA CORREA, realizar un viaje al centro del ordenamiento jurídico.¹³⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Palestra, Lima, 2016.
- AARNIO, A., "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 4, 2000, p. 597.
- AFTALIÓN, E., VILANOVA, J. y J. RAFFO, *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- AFTALIÓN, E. y J. VILANOVA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Valencia, Venezuela, 1979.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALEXY, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral,"
- ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.
- ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios y razón práctica", en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2019.

¹³⁴ Según VALDECASAS, esta virtud o fuerza expansiva de los principios, gracias a la cual pueden servir para llenar las lagunas jurídicas, es la que tuvo en cuenta el legislador español al indicar al juez su aplicación en defecto de la ley y costumbre. *Vid.* VALDECASAS, G. G., "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, abril-junio de 1975. p. 333. También *vid.* LARENZ, K., *Metodología...*, *cit.*, p. 363 y ss.

¹³⁵ MATILLA CORREA, A., "Comentarios...", *cit.*, p. 187.

- ALONSO, J. P., "Principios implícitos y fuentes sociales del Derecho", *Doxa*, No. 41, 2018, Alicante, p. 64.
- ÁLVAREZ TABÍO, F.; M. F. MÁRQUEZ Y DE LA CERRA y M. MARTÍNEZ VÉLEZ, *Legalidad y Justicia (Tres puntos de vista sobre el principio de legalidad)*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1952.
- APARISI, A. y F. LÓPEZ, "Fuentes del Derecho", en J. De Lucas, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2006.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
- ARISTÓTELES., *Metafísica*, Aguilar, Madrid, 1973.
- ARREDONDO SUÁREZ, I., "¿Principios generales del Derecho en el sistema de fuentes?", *Revista Justicia y Derecho*, No. 14, año 8, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, La Habana, 2009, pp. 47-52.
- ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, S.A., Madrid, 1986.
- ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993.
- ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ÁVILA, H., *Theory of Legal Principles*, Springer, Dordrecht, The Netherlands, 2007.
- BALAGUER CALLEJÓN F., *Fuentes del Derecho. Ordenamiento Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARBERIS, M., "Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad", *Doxa*, No. 39, 2016, Alicante, pp. 272-273.
- BARAK, A., *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 2017.
- BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BERNAL PULIDO, C., "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos

fundamentales de la Constitución española?”, *Doxa*, No. 30, 2007, Alicante, pp. 273-191.

- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridice (Teoria generale e dogmatica)*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1949.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1965.
- BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1998.
- BOTERO BERNAL, A., “La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad de principio de justicia”, *Revista de Derecho*, No. 23, 2005, Universidad del Norte, Barranquilla, pp. 29-68.
- BOULANGER, J., “Principes généraux du droit et droit positif”, en *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes a Georges Ripert*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.
- BULYGIN, E., “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en E. Bulygin, M. Atienza y J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- CARRIÓ, G. R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- CASSAGNE, J. C., “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- CELANO, B., “Positivism jurídico normativo, neutralidad y estado de Derecho”, en J. FERRER BELTRÁN, et al. (eds.), *Neutralidad y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CIANCIARDO, J., “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 108, año XXXVI, septiembre-diciembre de 2003, México, pp. 891-906.
- CICERÓN., *Tratado de República*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., “El método en la aplicación del Derecho Civil. Los principios generales del Derecho”, *Revista de Derecho Privado*, No. 37, año IV, 1916, Madrid, p. 294.

- COSSIO, C., *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires, 1947.
- COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1950.
- DE AQUINO, T., *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, t. I, Civitas, Madrid, 1984.
- DE FAZIO, F., "La teoría de los principios. Un estado de la cuestión", en *Lecciones y Ensayos*, No. 100, Buenos Aires, 2018.
- DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milano, 1934.
- DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1933.
- DEL VECCHIO, G., "Riforma del Codice civile e principi generali del Diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XVIII, fascículo I, Roma, 1938.
- DÍAZ COUSELO, J., *Los principios generales del derecho*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.
- DÍEZ-PICAZO, L., "La doctrina de las Fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVII, fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 941.
- DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN., *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1997.
- DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910.
- DWORKIN, R., "¿Es el Derecho un sistema de reglas?", en *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- ESSER, J., *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.
- FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- FERRARI YAUNNER, M., "Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba", *Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas*, dirigida por la Dra. Lissette Pérez Hernández, La Habana, 2010.
- FREIXES SANJUÁN, T. y J. C. REMOTTI CARBONELL, "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, año 12, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 103.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, No. 40, enero-abril de 1963, pp. 201-202.

- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GOLTZBERG, S., *Les sources du Droit. Que sais-je?*, Presses Universitaires de France, Paris, 2016.
- GORDILLO CAÑAS, A., *Ley, principios generales y constitución. Apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990.
- GRAU, E. R., *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- GROSSI, P., *De la codificación a la globalización del Derecho*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2010.
- GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, Distribuciones Fontamara, Colección de Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001.
- GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- GUASTINI, R., *La sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- GUASTINI, R., *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Editorial Científica Peruana, Lima, 2016.
- GUASTINI, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Zela, Perú, 2018.
- GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Reus, Madrid, 1925.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HART, H. L. A., "Postcriptum", en C. Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997.
- HEGEL, J. G. F., *Filosofía del Derecho*, Claridad, Buenos Aires, 1968.
- JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943.
- LEIBNIZ, G. W., *Tres ensayos: El Derecho y la equidad; la Justicia; y la Sabiduría*, Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, México, 1960.

- LLULL, R., *Arte de Derecho*, Universidad Carlos III, Madrid, 2011.
- MANS PUIGARNAU, J. M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Bosch, Barcelona, 1947.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- MATILLA CORREA, A., "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)", en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, t. I, Félix Varela, La Habana, 2004.
- MILLARD, É., *Teoría general del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- MORESO, J. J., "Positivismo jurídico contemporáneo", en J. L. Fabra Zamora y Á. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015.
- MORESO, J. J. y J. QUERALT., "Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la moralidad", *Isonomía*, No. 41, octubre de 2014, México, pp. 143-171.
- NINO, C. S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- ORUNESU, C., et al., *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, 2009.
- ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Fundamentación y fuentes del derecho internacional (distintas a los tratados)*, Curso impartido en la Escuela Diplomática, Madrid, 1971-1972.
- PATTARO, E., "El origen de la noción principios generales del derecho. Lineamiento histórico-filosófico", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, no. 59, 1987, México, pp. 525-563.
- PERELMAN, Ch., *Lógica jurídica. Nova retórica*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Publicaciones de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, No. 98, octubre-diciembre de 1997, Madrid, p. 12.

- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2012.
- PERLINGIERI, P., "Por un Derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fascículo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 14-15.
- POSCHER, R., "Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios", en J.-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, United States of America, Yale University Press, 1930.
- POUND, R., "El Derecho y la Ciencia del Derecho en las teorías recientes", *Revista jurídica argentina La Ley*, t. XXIX, Sección Doctrina, 1943, p. 826.
- POZZOLO, S., "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, No. 21-II, 1998, Alicante.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2011.
- PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951.
- PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente de Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1952.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 278 y ss.
- RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, vol. 81, No. 5, 1972, p. 838.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.
- RAZ, J., *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- REALE, M., *Introducción al Derecho*, Pirámide, S.A., Madrid, 1982.

- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- RECASÉNS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1997.
- RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. I, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Madrid, 2004.
- RIVERO, J., "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo", *Revista de Administración Pública*, No. 6, año II, septiembre-diciembre de 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 289-290.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, A., *Manual de Derecho Internacional Público*, Talleres Tipográficos La Mercantil, La Habana, 1945.
- SENDÍN GARCÍA, M. A., "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo español", en *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Valladolid y Salamanca, 2008.
- SOPER, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, Lansing, pp. 473-519.
- SQUELLA NARDUCCI, A., *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2000.
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1956.
- UTZ, A. F., *Ética social*, t. II, Herder, Barcelona, 1965.
- VALDECASAS, G. G., "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, abril-junio de 1975.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C., "Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, p. 115.
- VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1957.
- VIGO, R. L., *De la ley al Derecho*, Porrúa, México, 2012.
- VILAJOSANA RUBIO, J. M., "De lo posible a lo deseable. Las circunstancias de la jurisdicción y de la política en democracia", en R. Vázquez, *et al.*, *Democracia, religión y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, Madrid-México, 2010.

WALDRON, J., "¿Ha respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?", en M. C. Melero de la Torre, *et al.*, *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*, tirant lo blanch, Valencia, 2012.

WALTER, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, Temis, Bogotá, 1984.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2005.

ZITELMANN, E., "Las lagunas del Derecho", en Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1989.

Recibido: 26/1/2022
Aprobado: 10/3/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

