

REGLAS Y PRINCIPIOS. UN ACERCAMIENTO INICIAL A LA TESIS DE LUIGI FERRAJOLI

RULES AND PRINCIPLES. AN INITIAL APPROACH TO LUIGI FERRAJOLI'S THESIS

*Andrés Fernando Mejía Restrepo**

Recibido: octubre 28 de 2016 – **Aprobado:** diciembre 23 de 2016 – **Publicado:** junio 1 de 2017

Forma de citar este artículo en APA:

Mejía Restrepo, A. F. (enero-junio, 2017). Reglas y principios. Un acercamiento inicial a la tesis de Luigi Ferrajoli. *Summa Iuris*, 5(1), 131-153.
DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.2463>

Resumen

En el artículo se relacionan los conceptos de reglas y principios, sus diferencias y semejanzas, a la vez que se realiza una descripción de la crítica que efectúa Luigi Ferrajoli en cuanto al uso excesivo de los últimos en la decisión judicial, de tal suerte que, en razón de la textura abierta que los caracteriza y su propia naturaleza, se puede eventualmente incurrir en desconocimiento de garantías constitucionales, al prevalecer en sentencia la posición subjetiva del juez por sobre lo establecido en la norma, creencias que hace valer a través del uso de la ponderación. La metodología usada en la confección de este documento fue la de tipo teórico mediante la revisión documental, teniendo como objetivo dar a conocer una posición minoritaria en la comunidad jurídica, y si bien, el punto de partida de esta revisión documental es la obra de Ferrajoli, no por ello resulta carente de rigor metodológico y teórico, toda vez que se acudió a otros autores que sustentan esta misma posición. Como corolario se refiere que las reglas y los principios no se diferencian de manera tan profunda como se ha creído, y que la ponderación como método de aplicación del derecho tiene un alcance más limitado de lo que habitualmente se considera.

Palabras clave: Reglas; Principios; Ponderación; Positivismo; Derechos constitucionales.

* Abogado Universidad Libre Seccional Pereira, Licenciado en Derecho por homologación Universidad de Málaga (España), Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín, Especialista en Administración Universidad EAFIT, Magister en Derecho Procesal Universidad de Medellín, Magister en Administración Universidad EAFIT. Docente Programa de Derecho Fundación Universitaria del Área Andina seccional Pereira, vinculado al grupo de estudios e investigaciones socio-jurídicas GEIS. Gerente Construcciones C.I.R. S.A.S., Pereira. Colombia. amejia3@areandina.edu.co

Abstract

In the article, the concepts of rules and principles are related, their differences and similarities. At the same time, the criticism developed by Luigi Ferrajoli about the excessive use of principles in the judge rulings is described. As a consequence, because of the open texture that characterizes them and their own nature, a disregard of the constitutional warranties can eventually occur as the subjective position of the judge can prevail in sentencing over what is established in the law, beliefs that get value through the use of the weighting. The methodology for the construction of this text was theoretical, through documentary revision, with the purpose of making a minority stance in the legal community to be known. Even if the starting point for this documentary revision is the work of Ferrajoli, methodological and theoretical accuracy have not been harmed, as there are other authors who support this stance. As corollary, it is referred that the rules and principles are not as deeply different as it has been believed and that the weighting as a method to apply law has a more limited reach than what is commonly considered.

Keywords: Rules; Principles; Weighting; Positivism; Constitutional rights.

INTRODUCCIÓN

Resulta importante señalar que aunque en el presente artículo solo se abordarán tangencialmente aspectos relacionados con las reglas y los principios y en menor medida se abordará la ponderación como método de aplicación de los últimos, a partir de la tesis sostenida por Ferrajoli; estos elementos hacen parte de una teoría compleja que el autor italiano esboza, en la que sostiene un constitucionalismo garantista como positivismo reforzado, que se compone fundamentalmente de tesis mediante las que rechaza los postulados caracterizadores del constitucionalismo no positivista imperante, las cuales son: "a) la conexión entre derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional" (Ferrajoli, 2012, p. 24).

Luigi Ferrajoli (2012) plantea respecto del segundo elemento del constitucionalismo principialista que "la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más de estilo" (p. 36), advirtiendo, acerca de las consecuencias no deseables que la tesis principialista de la Constitución aceptada generalmente de manera pacífica acarrea frente a la efectividad de los derechos, esto es, la posibilidad de que a través de la ponderación se legitimen eventuales desconocimientos de derechos y garantías constitucionales, que, de no ser leídas en forma de principios, sino de reglas, impedirían su limitación; de modo tal que existe un "debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes" (p. 24). Corolario de lo anterior, "ésta es la posición de los que asumen la constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete" (p. 40).

EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

A través de los años ha sido evidente la dificultad que se presenta al momento de definir con claridad inequívoca lo que el derecho significa, este problema no corresponde a una incapacidad profesional de quienes se acercan a la teoría del derecho, tal y como con acierto lo advierte Nino (2003), sino que esa falta de claridad se debe a

la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso “derecho” (p. 11).

Efectivamente, por derecho se puede entender un sistema de normas, o una facultad o prerrogativa, así como a la disciplina que estudia fenómenos sociales con relevancia jurídica; en otros términos, el derecho hace referencia “tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto” (Nino, 2003, p. 14); de otro lado, es posible considerar que el término derecho, al hilo de lo expuesto por Nino (2003) contiene una carga emotiva ya que su sola mención implica aspectos positivos o favorables en razón de fenómenos vinculados tales como los valores, específicamente la justicia. “Siendo esto así, una amplia corriente de pensamiento siempre ha supuesto o propugnado que la relación entre el derecho y la moral debe necesariamente reflejarse en el concepto de derecho” (p. 16), no obstante, sostener que existe una conexidad inescindible entre el derecho y la moral no implica automáticamente defender tesis uniformes subsiguientes, en efecto, son muchas las vertientes del iusnaturalismo, siendo en algunos casos, entre ellas incompatibles. Debido a la confusión que puede suscitar la lectura de posiciones disímiles al interior de una misma escuela de derecho, resulta pertinente señalar los dos principales postulados que cualquier iusnaturalista debería, por lo menos en principio, defender:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia (Nino, 2003, p. 28).

Puede, por tanto, contrario sensu a lo dicho con anterioridad, afirmarse que un positivista lo será, en tanto rechace por lo menos una de estas dos posturas. Sin embargo, tal y como se puso de presente en cuanto al iusnaturalismo, “la expresión positivismo no es ciertamente unívoca” (Sanchís, 2011, p. 11). En ese sentido, Norberto Bobbio (1997) manifiesta que respecto del positivismo jurídico

puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia (p. 39).

El positivismo ideológico considera que sin importar el contenido de las normas positivas, estas son válidas y deben ser observadas; esto es, “debemos obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho” (Figueroa, 2011, p. 123).

Por su parte, el positivismo teórico plantea que “el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales” (Nino, 2003, p. 36). Niega, por tanto, la existencia de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad, y por otra parte se defiende una teoría de interpretación formalista, según la cual el juez es una boca muda que se limita a pronunciar las palabras de la ley (Figueroa, 2011, p. 122).

Finalmente, el positivismo metodológico o conceptual, según Nino (2003), sostiene la tesis de neutralidad, es decir que para describir el derecho no es necesario introducir valoraciones de carácter moral, y de esto derivan por lo menos tres consecuencias importantes:

a) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejan de ser jurídicos, b) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo parte del Derecho; c) que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada (ni a favor ni en contra) acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe o no tal obligación será un problema a dilucidar en sede de teoría moral y no de teoría del Derecho (Guastini, 1990, p. 228, como se citó en Sanchís, 2011, p. 12).

Esta vertiente permite que si cierto orden o norma jurídica son demasiado injustos no sean obedecidos o aplicados. “Un positivista de esta persuasión puede decir, sin contradicción, que en determinados casos, los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas” (Nino, 2003, p. 38). No obstante, este tipo de afirmación no es de recibo por parte de los iusnaturalistas, ni por quienes se adhieren al positivismo ideológico, ya que

un iusnaturalista dirá que si los jueces están moralmente obligados a desconocer una norma, ella no es una norma jurídica; un positivista ideológico dirá, en cambio, que si una norma es una norma jurídica, los jueces están necesariamente obligados a aplicarla (Nino, 2003, p. 38).

Una vez enmarcado el positivismo como corriente que explica lo que es o debe ser el derecho, y sus diferencias con el iusnaturalismo, es pertinente determinar los tipos de normas que componen el ordenamiento jurídico.

REGLAS Y PRINCIPIOS

Las normas jurídicas han sido tradicionalmente descritas como prescripciones según la clasificación elaborada por Georg Henrik von Wright; en ese sentido, John Austin analizó el concepto de derecho “en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos” (como se citó en Hart, 2007, p. 23) en su obra *The Providence of Jurisprudence Determined*, así, en palabras de Hart, el planteamiento de Austin exige para considerar un sistema jurídico, la existencia de

alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia (Hart, 2007, p. 32).

Desde este particular punto de vista, el derecho es “el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano en ejercicio de su poder legislativo ilimitado” (Rodríguez, 2005, p. 23). Por su parte, Kelsen, tras distinguir entre juicios del ser y del deber ser, concluye que los correspondientes a las normas jurídicas son los últimos, y aunque difiere

con Austin en cuanto al origen de las normas desde la voluntad del soberano, ya que “sugiere que la analogía entre las normas y los mandatos es sólo parcial; en todo caso, se podría decir, en sentido metafórico, que una norma es un mandato ‘despsicologizado’” (Nino, 2003, p. 80). Para Kelsen, entonces, es una característica única lo que diferencia a las normas de los mandatos u órdenes cual es la validez, esto es, su existencia, para lo que requiere que “quien la formule esté autorizado a hacerlo por otra norma que a su vez sea válida” (p. 80).

Las normas jurídicas para Kelsen y Hart

Kelsen clasifica las normas en primarias y secundarias, las primarias “son las que prescriben, en ciertas condiciones o no, la privación a un sujeto de sus bienes por medio de la fuerza. Son las normas jurídicas genuinas, lo que significa que un orden jurídico está integrado sólo por ellas” (Nino, 2003, p. 84). En tanto que las secundarias “son meros derivados lógicos de las normas primarias, y su enunciación sólo tiene sentido a los fines de una explicación más clara del derecho” (p. 84). Ante la indeterminación de esta definición, Kelsen brinda el criterio para diferenciarlas al señalar que

el carácter de una norma secundaria es un carácter de deber y su contenido es la conducta opuesta a la que figura como condición de aplicación en una norma primaria. Por ejemplo, si se tiene esta norma primaria: “si alguien mata debe aplicársele prisión”, la norma secundaria será: “se debe no matar” (como se citó en Nino, 2003, p. 84).

Para Kelsen, por tanto, las verdaderas normas son únicamente aquellas que establecen una sanción como consecuencia jurídica del supuesto de hecho que consagran, Hart (2007) critica esta posición, ya que en su sentir, esa forma de entender las normas solo describe parcialmente el ordenamiento jurídico, al dejar por fuera las reglas que confieren potestades; en realidad,

hay normas jurídicas que se refieren a la forma para celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera. Esas normas no tienen por función imponer obligaciones sino acordar a los particulares facilidades para concretar sus deseos otorgándoles potestades para crear, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro de un marco coercitivo (Nino, 2003, p. 89).

Hart (2007), al igual que Kelsen, clasifica las normas en primarias y secundarias, no obstante, el autor británico le otorga diferentes significados a ambos tipos, tal y como declara en *The concept of law* (El concepto de derecho):

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación (p. 101).

Por consiguiente, las reglas primarias imponen acciones u omisiones a los individuos (Rodríguez, 2005), en tanto que las secundarias se refieren exclusivamente a estas. Hart subdivide a su vez esta última categoría en tres, la primera, a la que denominó “reglas de cambio”, en la medida que consagran los “procedimientos para que las reglas primarias cambien en el sistema” (como se citó en Nino, 2003, p. 92). A la segunda categoría le denominó “reglas de adjudicación”, a través de las cuales “además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir” (Hart, 2007, p. 120). Por último, se encuentran las “reglas de reconocimiento”, que “suministra[n] los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema” (p. 132). De esta forma, la validez de un acuerdo u ordenanza dependerá de una ley que le otorgue al órgano colegiado la facultad de expedirlo, de igual forma sucede con la ley, siendo en este caso la misma Constitución en la que reside su validez. Y he aquí una dificultad en razón de la ausencia de elemento material que puede considerarse fundamento de validez de la Constitución; ante esta situación, Hart manifiesta que esa validez proviene de “una regla que establece ‘lo que la Constitución dice es derecho’” (como se citó en Rodríguez, 2005, p. 23). De esta no es predicable su validez, sino su existencia fáctica (Rodríguez, 2005). En cuanto a su naturaleza, ha señalado Páramo (como fue citado en Rodríguez, 2005): “no se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de

regla de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica” (p. 28). Kelsen frente a la misma disyuntiva respecto del fundamento de obligatoriedad de la Constitución considera que

deriva (...) de la norma fundamental o básica que los juristas presuponen en forma hipotética, sin que tal presuposición implique una adhesión ideológica al sistema (la norma fundamental prescribe observar el sistema, pero los juristas la presuponen como hipótesis sin adherirse categóricamente a su contenido) (como se citó en Hart, 2007, p. 95).

En palabras del propio Kelsen (1988), “a diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de algún modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida” (p. 137).

Revisado sucintamente el concepto de derecho, los planteamientos fundamentales de las dos principales escuelas de derecho y las normas jurídicas primarias y secundarias, debe resolverse el interrogante acerca de la conducta que debe seguir un juez en el evento de que no halle reglas que contengan previsiones respecto de los hechos que se ventilan en un caso determinado.

VACÍOS NORMATIVOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Las posiciones frente a la discrecionalidad judicial tienen su origen en el instrumento mismo usado por el derecho para poder regular y que ya fue anticipado en este mismo texto, es decir, el lenguaje. El derecho goza de vaguedad¹, propiedad que pertenece al lenguaje y que se ve enfatizada en esta particular área del conocimiento en razón de dos factores primordialmente:

En primer lugar, las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas particulares, sino a “clases” de personas o cosas –v.gr. las normas sobre tránsito no se refieren al carro de Pedro Pérez, sino a vehículos y conductores-. En segundo lugar, permanecen vigentes durante períodos largos y, por tanto, se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación (Rodríguez, 2005, p. 23).

¹ Textura abierta en términos de Hart (2007, Capítulo VII # 1. *La textura abierta del derecho*).

Ante esta realidad ineludible, se ha dicho que los términos lingüísticos poseen un “núcleo duro”, en el que cualquier intérprete consideraría que caben determinados hechos (subsumiendo), a estos casos se les ha denominado fáciles; sin embargo, existen términos que podrían tener eventualmente una atribución de vaguedad o “zona de penumbra”, en el que los hechos estudiados no aparecen claramente subsumibles; Hart (2007) usa el ejemplo del término “vehículo” con el objeto de explicitar su argumento y señala: “es indudable que un automóvil es un vehículo” (p. 158). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (“la palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”) (p. 158). Estos casos son denominados, contrario sensu, difíciles. Hart, frente a este tipo de casos sostiene que

debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada (como se citó en Rodríguez, 2005, p. 34).

Dworkin, por su parte, discrepa tanto respecto de la existencia de discrecionalidad, como de la existencia de lagunas en el derecho; lo último debido a que el derecho no solo se halla compuesto por reglas, sino que además lo conforman los principios, elemento novedoso que no puede ser identificado bajo el esquema de regla de reconocimiento de Hart² (Rodríguez, 2005) y que, por tanto, permite proveer las respuestas adecuadas a casos complejos que no encuentran determinación previa en las reglas, es decir, los casos difíciles siempre tendrán una respuesta correcta. Para probar que el ordenamiento jurídico se halla compuesto también por principios que no son tenidos en cuenta en la teoría positivista de Hart³, y tampoco resultan ser explicados por la regla de reconocimiento, Dworkin (2015) usa ejemplos de lo que en realidad sucede en la práctica jurisdiccional, de este modo, primero con el caso *Riggs vs. Palmer*, y después con el caso *Henningsen vs Bloomfield Motors Inc.* demuestra que los “princi-

² Genaro Carrió (1980) considera que la regla de reconocimiento si permite identificar principios y para ello propone este ejemplo: “imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella comunidad los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas (...) las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al modo de origen o pedigree de la norma porque tendría en cuenta el contenido” (p. 145).

³ Que la considera más compleja y más refinada que la de Austin al señalar: “la versión que da Hart del positivismo es, pues, más compleja que la de Austin, y más refinada su forma de probar las normas jurídicas válidas” (Dworkin, 2015, p. 71).

pios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas” (p. 80). En el primer caso, un Tribunal de New York en 1889 tuvo que decidir si un heredero podía acceder al patrimonio que le sucedía su abuelo a través de testamento, aún cuando éste lo asesinó con el objeto de poder generar los efectos jurídicos propios de aquella institución. Lo novedoso de este caso se encuentra en que, para la fecha, no existía regla alguna que le atribuyera una consecuencia jurídica al homicidio del causante por parte del causahabiente en razón del patrimonio que podría eventualmente obtener del primero por causa de un testamento, así que los jueces se enfrentaron a la decisión de un caso difícil que finalmente fue desatado al considerar el juez Earl⁴ “que la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla” (Dworkin, 2005, p. 27). En otros términos, “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen” (Dworkin, 2015, p. 73).

En el segundo⁵ caso, se revisó si “un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso” (Dworkin, 2015, p. 73). Y nuevamente, ante la ausencia de prueba si quiera sumaria aportada por parte del demandante de la existencia de norma alguna que le impidiera al fabricante ampararse en el contrato, el tribunal falló a su favor con base en principios como el de “en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias” (p. 75). Lo anterior prueba que existe una categoría normativa no tenida en cuenta hasta entonces por las más elaboradas teorías positivistas, categoría que dista de poseer iguales propiedades que las reglas, en efecto, “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o la importancia” (p. 77). Y para ilustrar su punto, Dworkin (2015) presenta el ejemplo de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

⁴ Ponente de la tesis mayoritaria del tribunal.

⁵ En el caso *Henningsen vs Bloomfield Motors Inc.*, el demandante sufre un accidente a causa de un defecto de fabricación, si bien existía una cláusula que limitaba la garantía solamente de reparar las partes defectuosas, cláusula incluida de manera conveniente en donde se ubicaron otras garantías, obligaciones y responsabilidades.

La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es « absoluta » dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? (p. 78).

Pues bien, la definición de principio tampoco ha encontrado unanimidad, muestra de ello son las múltiples diferencias que se pueden identificar en los doctrinantes que han abordado el tema; en efecto, para Robert Alexy (1997), ellos son “uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales” (p. 82); a su paso, Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza (como se citó en Ferrajoli, 2012) conciben los principios de forma abierta y son razones para la acción, no perentorias, sino ponderables con otras razones o principios, por contraposición a las reglas que son “razones perentorias para la acción” (pp. 9-29). En otra orilla se sitúa Zagrebelsky (como se citó en Ferrajoli, 2012), quien ha señalado que los principios carecen de supuesto de hecho y que, por lo tanto, no son subsumibles ni aplicables, sino solamente ponderables.

LA POSICIÓN DE LUIGI FERRAJOLI FRENTE A LA SEPARACIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Luigi Ferrajoli (2012) echa mano de la multiplicidad de conceptos heterogéneos que se han esbozado respecto de lo que son los principios para cimentar su crítica a la posición que él denomina “constitucionalista principialista”; efectivamente, la más difundida y conocida de las definiciones la ha acuñado Robert Alexy (1997), al considerar que los principios son “mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado” (p. 86). Y por carecer de “supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia” (Zagrebelsky, como se citó en Ferrajoli, 2012, p. 16); de esta manera, los principios resultan siendo “incierto[s] y problemático[s]” (p. 32), tanto en su “noción (...) como el significado y la consistencia conceptual de la distinción misma” (p. 32); de este modo, refiere una lista que Riccardo Guastini (1986) ha relacionado

con cinco caracterizaciones diferentes de los principios recogidos de la literatura especializada, “todas ellas reunidas por la idea de que «existe un único tipo de principios o de que, de todos modos, todos poseen una o más propiedades comunes», ninguna de las cuales «permite identificar los principios con rigor»” (pp. 519) y que, permite establecer palpables distinciones: “entre principios generales y principios fundamentales; entre principios de Derecho positivo y principios de Derecho natural; entre principios expresados y principios no expresados; entre principios constitucionales, principios legislativos y principios supremos” (Guastini, como se citó en Ferrajoli, 2012, p. 18).

Ferrajoli considera, que la conclusión a la que arriba Alfonso García Figueroa (2011) es correcta, en cuanto aquel afirma que “el carácter «débil» y, en última instancia, inconsistente de la distinción (...) en el que también las reglas, al igual que los principios, son susceptibles de ponderación” (como se citó en Ferrajoli, 2012, p. 142). De otro lado, discute la implementación de los principios como sustento de la decisión en los casos esgrimidos por Dworkin en su debate con Hart y referidos aquí previamente, esto es, Riggs vs. Palmer, y Henningsen vs Bloomfield Motors Inc.; efectivamente, Ferrajoli considera que con las reglas se habría podido llegar a la misma conclusión presentada como novedosa y alcanzada presuntamente a través de la aplicación de principios, para ello, respecto del caso Riggs vs Palmer, relaciona los artículos del código civil italiano (Arts. 463 -indignidad-) que legitimarían la decisión de negar el acceso al patrimonio por parte del nieto homicida, en tanto que para el caso Henningsen vs Bloomfield Motors Inc., habría procedido la aplicación del artículo 1.490 – garantía por los vicios de la cosa vendida- del código civil italiano. Siendo Ferrajoli un conocedor de las circunstancias en las que se presentaron ambos casos, concede que “en los ordenamientos de *Common Law* los dos casos son, ciertamente, más problemáticos, y esto explica por qué el enfoque antipositivista y principialista está más justificado en ellos que en los sistemas de Derecho codificado [subrayado añadido]” (Ferrajoli, 2012, p. 34): no obstante, su crítica parece mantenerse incólume en la medida que en la sentencia del caso Riggs vs Palmer se encuentran argumentos de tipo distinto al principio según el cual “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”, es decir, los jueces se basaron en

precisas reglas jurídicas, aun cuando obtenidas como implícitas en otras reglas: como el respeto a la voluntad del testador, (...) a la regla de la nulidad del negocio realizado por medio de violencia y engaño, (...) a la regla de la revocabilidad en todo momento del testamento (Ferrajoli, 2012, p. 34).

Reglas, eso sí, obtenidas de máximas en materia de interpretación elaboradas por Rutherford, Bacon, Puffendorf, Smith y Blackstone. Lo anterior también es predicable para el caso *Henningsen vs Bloomfield Motors Inc.* frente al que manifiesta que la

decisión bien podría haberse basado (...) sobre las reglas, también presentes en el Common Law, de la resarcibilidad del daño injusto por parte de quien lo ha provocado, poniendo en circulación automóviles inseguros, o de la invalidez de cláusulas contractuales viciadas de fraude o de engaño hacia uno de los contratantes (Ferrajoli, 2012, p. 34).

Parece finalmente que tras evidenciar sus reservas frente a algunos aspectos de los principios, Ferrajoli (2012) presenta su verdadera censura, y con ello se anticipa su tesis fundamental al manifestar: “no quiero decir que la distinción carezca de fundamento; sólo pretendo señalar que tiene un alcance explicativo bastante más restringido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios se comportan como reglas [subrayado añadido]” (p. 33). Y para sustentar su posición clasifica los principios en *directivos* y *regulativos*, los primeros, que pueden entrar en colisión con otros principios, en tanto que los segundos, son inderogables; es decir, los principios son “relativamente marginales” (p. 34), siendo principios propiamente dichos solo aquellos que “enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil de identificar” (Ferrajoli, 2012, p. 34). Esta crítica parece ser compatible con la teoría de Dworkin (2015), ya que acepta una distinción entre “principios y directrices políticas” (p. 72). Para Ferrajoli, solo los últimos son verdaderos “principios”, los demás tendrían la misma estructura de las reglas.

Dworkin (2015) manifiesta que una directriz política es un “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad” (p. 72), al tiempo que un principio es un “estándar que ha de ser obser-

vado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72). Y aunque Dworkin reconoce que su distinción se puede desmoronar si se interpreta que un principio es una directriz, y viceversa, no se ofrecen en su teoría los elementos de juicio pertinentes para poder diferenciar uno y otro, ya que, como lo reconoce abiertamente, su “propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios –en el sentido genérico- de las normas” (2015, p. 73); es decir, del planteamiento de Dworkin se puede perfectamente predicar su altísima importancia al haber puesto de presente la existencia de una categoría jurídica no tenida en cuenta hasta el momento por las teorías positivistas más refinadas (Hart), esto es, los principios; sin que se llegue al punto de aseverar que la regla de reconocimiento es incompatible con aquellos (punto sobre el que existe discrepancia entre los expertos), ni que estos sean inconciliables con las reglas (tanto primarias como secundarias) concebidas por esta; pero también es cierto que la teoría resulta objeto de crítica (la de Ferrajoli), fundamentada en la misma abstracción del concepto principio y la falta de parámetros claros que permitan diferenciar los principios de las directrices políticas.

Ferrajoli (2012) ubica los derechos sociales entre los principios regulativos y los directivos; en tanto que los de igualdad y libertad los ubica en la esfera de los regulativos. “Consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no –como ocurre con las reglas- a su violación y a su consiguiente aplicación” (p. 35). Dice el autor italiano que prueba de ello son las reglas de tipo penal, de las que se demanda mayor taxatividad, y que,

cuando son observadas, son también consideradas como principios, que no se aplican, sino que se respetan: por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivale al respeto de los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio: hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los vehículos o detrás de las obligación de frenar ante el semáforo en rojo, hay principios, como los de la seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico rodado. A la inversa, también los principios regulativos, cuando son violados, se presentan como reglas, que no se respetan sino que se aplican: por ejemplo,

el principio constitucional de igualdad, cuando es violado, se manifiesta, en relación con sus violaciones, como regla: precisamente la que prohíbe las discriminaciones (Ferrajoli, 2012, p. 35).

Por ello, “la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo” (Ferrajoli, 2012, p. 36). Parece que en este aspecto, su crítica también se encuentra en la línea de Dworkin (2015) que acepta que: “en ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma” (p. 79). Y aunque sería necio no reconocer la indudable relevancia política de los derechos fundamentales, tal y como lo hace Ferrajoli (2012), no por ello deja de ser cierta su afirmación según la cual:

Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental (...) equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición (...).

Se entiende así por qué no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de éste una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes (pp. 36-37).

Para Ferrajoli (2012), más que las discrepancias teóricas, lo realmente importante aquí son las consecuencias prácticas que tiene la ubicación de los principios (entiéndase reglas en su sentir) en el área de lo ponderable, en lugar de lo meramente aplicable, lo que reduce el “valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional” (p. 37). Concebir los principios en ámbitos programáticos de cumplimiento de objetivos encomendados a los poderes políticos, tiene la vocación de neutralizar el alcance normativo de los principios, restándoles idoneidad para invalidar la normatividad vigente que los contraría (Ferrajoli, 2012).

Por último, Ferrajoli (2012) apunta a la arista más perversa de la concepción principialista de la Constitución, que según él se encuentra en la invención de principios que no tiene ningún fundamento en la Constitución; presentando como prueba de ello, el caso de Brasil, en el que Lenio

Luiz Streck ha identificado 24 principios de creación jurisprudencial que carecen de “anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto” (p. 40).

Claro está que la posición del maestro italiano es minoritaria y lejana de la ortodoxia de la teoría del derecho y el derecho constitucional, por lo mismo, ha sido objeto de numerosas críticas que no resulta del resorte del presente documento verter, ya que excede la pretensión del mismo, que valga recordar, es solo de carácter descriptiva.

LA PONDERACIÓN

Este ejercicio de carácter interpretativo y argumentativo es una operación que se presenta “cuando dos principios entran en colisión (...) uno de ellos tiene que ceder ante el otro” (Alexy, 1997, p. 89), sin que el primero resulte inválido o el segundo prevalente “en virtud del principio de especialidad” (Ferrajoli, 2012, p. 44). La crítica de Ferrajoli (2012) se ubica en el debilitamiento de las normas vinculantes constitucionales que supone la aplicación de la ponderación; ello sin llegar a límites de “subestimar el rol de la ponderación” (p. 42), pues los “espacios de discrecionalidad de la jurisdicción son innegables” (p. 42). Así se evidencia la verdadera naturaleza de la posición crítica de Ferrajoli (2012), es decir, esta “no se dirige al rol de la ponderación en la actividad de producción del Derecho. Se dirige, más bien, a la excesiva ampliación del mismo en la actuación legislativa y en la interpretación jurisdiccional de las normas constitucionales” (p. 42). La ponderación entonces, lo que hace es ampliar la discrecionalidad judicial “hasta anular la sujeción del juez a la ley” (p. 44). Llegando a límites insospechados de riesgo de valores como la certeza y la igualdad frente a la ley, ya que

la ponderación termina por resolverse en una técnica argumentativa consistente no ya en contemporizar los principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio de otro, a menudo sobre la base de una «jerarquía axiológica móvil» entre principios, variable caso a caso según la discreción del intérprete (Guastini, como se citó en Ferrajoli, 2012, p. 45).

Para Ferrajoli (2012), entonces, las normas, sean estos principios o reglas, tienen igual peso, lo que cambiaría serían “los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables” (p. 45). Al no diferenciarse este ejercicio, tanto a nivel de reglas, como a nivel de principios, resulta ser básicamente el mismo, y para ello realiza un paralelismo entre los “casos difíciles” en el ámbito de reglas y los resueltos a nivel de principios. Acerca de las reglas:

En el Derecho penal, por ejemplo, la ponderación entre circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes del delito, unas y otras expresadas en forma de reglas, está directamente prevista por la ley para realizar el juicio de equivalencia o el de prevalencia de unas sobre otras [o en el de] la ponderación que se requiere [respecto de] la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa, considerados tales por el código penal italiano si se juzgan «proporcionales a la ofensa» (Ferrajoli, 2012, p. 45).

Y respecto de los principios considera que “estos ‘casos difíciles’ resueltos por la ponderación, inevitablemente ligada a la valoración de sus circunstancias específicas, no son más difíciles que los ya mencionados del concurso de circunstancias agravantes y atenuantes del delito” (Ferrajoli, 2012, p. 47). Corolario de lo anterior, los jueces no realizan una ponderación propiamente dicha, sino “las circunstancias de hecho que justifican la aplicación o la no aplicación de las mismas” (p. 48).

En concepto de quien suscribe, sin bien los argumentos de Ferrajoli respecto de la ponderación son persuasivos, no logran alcanzar un nivel de convencimiento, lo que sí sucedería con su tesis acerca de la relación entre principios y reglas; lo anterior, en razón de su creencia según la cual:

En general, todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que sólo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan (Ferrajoli, 2012, p. 47).

Esta posición parecería revivir una línea dura del positivismo en la medida que permitiría que en un hipotético caso, se denegara el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, permitiendo primar las formas sobre la sustancia (artículo 228, Constitución de Colombia [Const, 1991]). No obstante, su crítica a la excesiva ponderación es de recibo en la medida que la mayoría de los conflictos se leen en esos términos, que no siempre se hallan sujetos a las reglas de derecho previamente establecidas. Manuel José Cepeda (2007) reconoce esta situación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: “en Colombia, la noción de ponderación se utiliza en ambos sentidos” (p. 273) para significar que la Corte usa el término, tanto para la denominación genérica de “pesaje” de los principios, como para referirse al tercer subprincipio del principio de proporcionalidad (proporcionalidad en sentido estricto), lo que denota la falta de rigurosidad en el uso habitual del término y la técnica por parte del tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional. De otro lado, señala que “primero, la Corte empezó a hacer uso de la ponderación para diferenciar su argumentación de la de la Corte Suprema de Justicia, que claramente favorecía el silogismo” (p. 273). Pareciendo indicar que este método goza de unas propiedades superiores a las que aplican otros tribunales, que probablemente se deben a su mayor “pedigree”, convirtiéndose, tal y como parece indicarlo Ferrajoli, en una moda constitucional que resulta casi forzoso (aunque peligroso) adquirir (de manera pacífica y acrítica).

Juan Antonio García Amado (2016), al igual que Ferrajoli, presenta argumentos en contra de la absolutización de la ponderación en la decisión de los casos y el reductivismo del derecho a este ámbito, desechando el método de la subsunción a su paso. Para probar que aún cuando los tribunales presentan algunos casos resueltos a través de la ponderación, estos no hacen algo diferente a la mera aplicación del método subsuntivo, García Amado (2016) relaciona la sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014 a través de la cual se desató un recurso de amparo en el que colisionaban dos derechos fundamentales, a saber: intimidad (de la actriz a la que el medio de comunicación publicó fotos con su pareja y le agregaron notas al pie de foto con doble sentido) y el de información (esgrimido por la defensa de la revista y en virtud del cual se publicaron las polémicas fotografías). Pues bien, el autor considera que

esta sentencia es otra más que nos enseñan que no hay en estos conflictos entre derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, por un lado, y derecho a la libertad de información o de expresión, por otra, ponderación ninguna, si por ponderación entendemos o un método particular o una operación intelectual especial mediante el que se resuelven casos que son peculiares por consistir en conflictos de derechos, o en conflictos de derechos fundamentales. Simplemente se razona sobre si hay o no intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (en otras ocasiones, el derecho al honor o a la propia imagen), tal como las normas que recogen y desarrollan ese derecho, en la Constitución y la ley, lo enuncian y tal como esas normas vienen siendo interpretadas, en particular por el Tribunal Constitucional mismo. Es decir, no se arranca de que hay afectación positiva de un derecho, la libertad de información, aquí, y afectación negativa de otro, el derecho a la intimidad, y de pesar los dos derechos con la vista puesta en los hechos, para comprobar si es más lo que uno pierde o lo que otro gana. Nada de eso.

Lo que en un caso así se razona es únicamente si acontece intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, lo que es tanto como decir vulneración del derecho a la intimidad (pues no parece que tenga mucho sentido o sea especialmente útil hablar de intromisión legítima en el derecho a la intimidad). Si se estima que sí, se mandará reponer al dañado en su derecho; si se estima que no, nada se ordenará arreglar, pues ninguna norma se ha violado ni, por tanto, se ha vulnerado o afectado negativamente derecho de nadie. Exactamente igual que en cualquier caso normal y corriente, constitucional o infraconstitucional, en que una parte en el proceso alegue que le respalda una norma y que esa norma le da un derecho, mientras que la otra parte aduce que le respalda otra norma, que esa otra norma le da también un derecho y que si ella tiene ese derecho no puede tener el demandante, frente a ella, aquél que invoca (García Amado, 2016).

Así, concluye con gran coincidencia con la tesis sostenida por Ferrajoli de que estructuralmente los conflictos de derechos fundamentales son exactamente iguales que los conflictos entre cualesquiera de los derechos infraconstitucionales, si bien la mayor parte de los derechos fundamentales (no todos) pueden considerarse más importantes que muchos derechos legales, y si bien los derechos fundamentales suelen estar en la Constitución recogidos con menos extensión y precisión que muchos derechos de base sólo legal, lo están en la ley y normas infralegales (García Amado, 2016, p. 118).

Pareciera que de este corto aparte dedicado de manera superflua a la ponderación, se puede afirmar, de conformidad con los autores relacionados, que:

Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas (García Amado, 2006, p. 119).

CONCLUSIONES

De las cortas líneas arriba vertidas se puede mencionar que:

- La ponderación está más justificada en los países que pertenecen a la tradición del common law, que en aquellos que poseen de manera preeminente un derecho legislado.
- El alcance de la ponderación es mucho más limitado de lo que habitualmente se considera, en razón de que muchos de ellos en realidad funcionan de manera similar a las reglas.
- La crítica que realiza Ferrajoli parece no ser incompatible con la tesis de Dworkin en cuanto a la distinción entre reglas y principios.
- Los principios y las reglas se asemejan, con excepciones puntuales.
- La aplicación generalizada de los principios y su método, la ponderación, pueden poner en riesgo las garantías constitucionales.
- Estructuralmente los conflictos entre derechos fundamentales son iguales a los conflictos entre reglas que no tienen esa condición.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amado, J. A. (2006). *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Bobbio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. México, D.F., México: Distribuciones Fontamara.
- Carrió, G. (1980). Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 10(1).
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 228. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Dworkin, R. (2015). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Figueroa, A. G. (2011). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. , Regla, J.A., Atienza, M., Barberis, M., Comanducci. P., Chiassoni, P.,... Ugart, P. S. (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En *Un debate sobre el constitucionalismo* (pp. 11-50). Madrid, España: Marcial Pons.

García Amado, J. A. (2016). No es ponderar. Sobre la STC 7/2014. Recuperado de <http://almacenederecho.org/no-es-ponderar-sobre-la-stc-72014-derecho-a-la-intimidad-vs-libertad-de-informacion/>

Guastini, R. (1986). *Sui principi di diritto*. Padova, Italia: Cedam.

Hart, H. L. A. (2007). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Kelsen, H. (1988). *Teoría general del derecho y del Estado*. México, D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed. ampliada y revisada, 12ª reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Páramo, J. R. (1984). *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Rodríguez, C. (2005). *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.

Sanchís, L. P. (2011). *Constitucionalismo y positivismo*. México, D.F., México: Editorial Fontamara.