

# Una pregunta: ¿existen los principios jurídicos?

---

Por Luis Aníbal Maggio<sup>323</sup>

## I.

Jurgen Habermas se sirve del concepto “mundo de la vida” (*lebenswelt*) que fuera acuñado por Husserl y comprende el “ámbito del conocimiento precientífico y cotidiano de la experiencia sensible, distinguiéndolas de las experiencias obtenidas mediante mediciones específicas en las ciencias exactas. No es solo el mundo en que vivimos sino también la base presupuestas en todo conocimiento, incluso el de las ciencias”. Marginado del paradigma de la conciencia, lo presenta como “acervo culturalmente transmitido y lingüísticamente organizado de patrones de interpretación” que abarca infinidad de elementos culturales, prácticas sociales, normas, habilidades, órdenes institucionales, estructuras de la personalidad, etc. Es decir, un conglomerado que nunca puede tematizarse por entero y que opera predeterminando una *precomprensión* de las diversas situaciones. Tal reservorio de “actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta, ya sea de una persona individual o de un grupo social o étnico”, conforma el “*ethos*” de una sociedad.<sup>324</sup>

La sociedad se encuentra constituida por el plexo de ordenamientos que regulan la pertenencia de los individuos al grupo social. Comprende pautas orientadoras de relaciones intersubjetivamente compartidas. El derecho es un orden reflexivo superior que emerge de este substracto social y procura capturar regulativamente en sus dominios mediante las llamadas “fuentes materiales”. Bordeando la erizada problemática sobre las fuentes del derecho, a los fines de esta exposición

---

<sup>323</sup> Universidad de Morón. UCES.

<sup>324</sup> Maliandi, R. (2010). *Ética Convergente*. Buenos Aires: Las Cuarenta, T. I, p. 26; Maliandi, R. (1991). *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos, T. I; Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, T. I. 3.

entenderemos estipulativamente por fuentes materiales “ciertos datos o hechos de la vida social (estándares axiológicos, convicciones, movimientos de opinión, declaraciones partidarias, etc.) que contribuirían a determinar el contenido de las normas jurídicas” y expresan una tendencia hacia lo jurídico que se positiviza mediante las fuentes formales (ley, jurisprudencia, doctrina).<sup>325</sup>

Las normas jurídicas no son creaciones “*ex nihilo*”. Al elaborar un proyecto de ley, el legislador, salvo que sea tocado por el improbable supuesto de la vara mágica de alguna “genialidad”, comienza por indagar fundamentos “en lo que hay” sobre el asunto en el mundo de la vida, sean creaciones espontáneas (creencias, ideas, valores, aspiraciones sociales, etc.) o reflexivas (reglas, conocimientos, antecedentes, etc.). Según de lo que se trate (economía, arte, religión, ciencia, etc.) encontrará seguramente valores o principios instalados en el imaginario o en el ámbito reflexivo de la sociedad, cuya fuerza inspiradora lo impulsará hacia su realización de la mejor forma posible o conjeturada introduciéndolos en el mundo del derecho, dotándolos de obligatoriedad jurídica y creando los medios más adecuados a tales fines. “Las normas proceden del mundo de la vida y la filosofía moral se limita a describir los procedimientos para legitimarlas”.<sup>326</sup> En otras palabras, la norma se extrae de la cantera de las “fuentes materiales” y se la convierte en “fuente formal” (ley, jurisprudencia, doctrina). Debe aclararse sin embargo que la crítica al formalismo jurídico desde la postguerra ha puesto en cuestión esta distinción habitual.<sup>327</sup>

## II.

Las normas de acción, sean morales o jurídicas, contienen siempre un “deber ser”, algo que debe ser cumplido y esa “vocación de ser cumplidas”<sup>328</sup> es su causa eficiente. Desde este punto de vista y considerando en términos aristotélicos un “principio” como “lo primero desde donde algo es, se engendra o se conoce”, toda norma está inspirada o impulsada por un principio y expresa un juicio de valor.<sup>329</sup> Es que el fin está en el comienzo, como también dijera el Estagirita;<sup>330</sup> a su vez Santo Tomás y los escolásticos reiteraban: “*Finis, qui*

---

<sup>325</sup> Aftalion, E., García Olano, F. y Vilanova, J. (1964). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley, Bs.As, X, 3; Cueto Rúa, J. (1982). *Las fuentes del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Cap. I.

<sup>326</sup> Cortina, A. (1991). “Ética Comunicativa.” En *Concepciones de la Ética*. Madrid: Trotta, p. 179.

<sup>327</sup> Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico*. Madrid: Trotta, 1º parte, cap. I.

<sup>328</sup> Recasens Fiches, L. (1945). *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, cap. I.

*est primus in intentione, es ultimus in executione*".<sup>331</sup> Pero como contiene la exigencia normativa de ser realizado de la mejor manera, desde este otro punto de vista, podemos considerar a los principios, en nomenclatura de Robert Alexy, como "mandatos de optimización".<sup>332</sup> Los "principios" que el legislador colecta de la cultura del mundo de la vida, que es una de sus dimensiones, son pues el punto de partida inspirador y movilizador de su proyecto de ley y lo interpelan a plasmarlo en la realidad apuntando a lo mejor.

Los juicios normativos suelen denominarse genéricamente como *juicios morales* comprendiendo los *juicios de deber* (lo que debe hacerse o no hacerse) y *juicios de valor* (lo que es valioso o disvalioso). "Una norma es un tipo específico de regla. Una norma moral (que es lo que aquí nos interesa) es la expresión de una determinada exigencia para la acción",<sup>333</sup> dice Ricardo Maliandi, aserto trasladable al derecho, que es lo que aquí nos interesa. Si tenemos en cuenta la fuerza con que se impone el deber, los juicios del derecho son *coactivos* o *coercibles* y todos los demás *morales* (no coercibles); pero, mientras los juicios morales en sentido amplio (usos y costumbres) tienden a realizar diversos valores (utilidad, placer, bienestar, etc.), con propiedad *morales* lo son aquellos que tienden a realizar el valor de lo bueno y lo correcto.<sup>334</sup>

Lo que determina "lo que es ser esto y no otra cosa" es, en términos aristotélicos, la "forma" de todo ente.<sup>335</sup> Hay pues una "forma" de identificación de lo moral y una "forma" de identificación de lo jurídico. Moral y derecho genéricamente concuerdan en cuanto son normas generales de acción; no obstante difieren específicamente, aunque vale recordar que la diferenciación entre moral y derecho es, en palabras de von Ihering, el "Cabo de Hornos" de la ciencia jurídica y, según Benedetto Croce, un verdadero rompecabezas. Para Habermas,<sup>336</sup> la forma jurídica no es un principio que pueda fundamentarse en términos epistémicos o normativos, pero las características formales del derecho pueden funcionalmente explicarse con el cotejo entre ambos órdenes normativos.

---

<sup>329</sup> Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México; Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción por Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba.

<sup>330</sup> Etic. Nic. VI, V, 15.

<sup>331</sup> Summa Teholog. I-II, q. 1 ad unum; a.3 ad 2um; a 4; q. 18 a.7.ad 3um.

<sup>332</sup> Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, apéndice B, I.

<sup>333</sup> Maliandi, R. (1991). *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires: Biblos, T II, 2.

<sup>334</sup> Rawls. J. (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>335</sup> *Metafísica*. VII, 1929<sup>a</sup>.

<sup>336</sup> *Facticidad y Validez*, op.cit., cap. III, II.

Las dicotomías clásicas *autonomía/heteronomía, subjetividad/intersubjetividad* y *incoercibilidad/coercibilidad*, aparecen hoy en día rebasadas por la penetración de lo subjetivo (intención, voluntad, etc.) en el derecho y la tendencia a la bilateralidad en lo moral.<sup>337</sup> Se proponen en reemplazo otras caracterizaciones. Herbert L. A. Hart,<sup>338</sup> por ejemplo, el más importante continuador de Kelsen, reafirma la distinción entre moral y derecho para prevenir el riesgo de que el derecho sea suplantado por la moral. Las conexiones del derecho y la moral son históricas y empíricas, pero no existe una “conexión lógica y conceptualmente necesaria”. Los rasgos o “características cardinales” que permiten trazar una línea divisoria entre la moral y el derecho, según este autor, son: a) la mayor *importancia* que las sociedades otorgan a la moral, mientras las normas jurídicas ocupan un lugar relativamente bajo; b) la *inmunidad al cambio deliberado*; las normas morales no son creadas artificialmente como las jurídicas y son resistentes al cambio, en tanto las jurídicas son contingentes; c) *el carácter voluntario* de las transgresiones morales; el reproche moral supone voluntariedad en las decisiones, lo que no siempre ocurre en el derecho (responsabilidad objetiva); y d) las *formas de presión moral* (advertencias severas sobre lo que exigen, apelaciones a la conciencia, confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento) que resuman ciertos elementos internos relacionado al temor y al castigo y presuponen un sentimiento de vergüenza o culpa.

A su vez, Jürgen Habermas<sup>339</sup> apunta que el carácter abstracto de las normas morales –cuyos principios generalmente son aceptados: justicia distributiva, ayuda al necesitado, solidaridad, etc.– sufre dificultades en su aplicación concreta (requieren consideraciones de diversa circunstancia objetivas y subjetivas) y, cuanto más complejas son las cuestiones, los problemas de fundamentación y aplicación exceden la capacidad analítica del individuo. Hay una *indeterminidad cognitiva* que el derecho resuelve mediante la facticidad de su producción, al determinar el legislador qué normas han de valer como derecho, los órganos y los procedimientos para su efectivización. A la indeterminidad cognitiva se suma una *incertidumbre motivacional* en cuanto a la concurrencia de una fuerza de voluntad suficiente para obrar por principios morales aún a costa de su propio interés. El derecho, mediante la facticidad de su producción de normas, supera la indeterminación estableciendo coercitivamente (bajo amenaza de sanción)

---

<sup>337</sup> Guariglia, O. y Vidiella, G. (2001). *Breviario de Ética*. Buenos Aires: Edhasa, cap. I; Kiserman, N. (comp.) (2001). *Ética, un discurso o una práctica social*. Buenos Aires: Paidós, cap. 4; Lévinas, E. (1993). *Humanismo del otro hombre*. Madrid: Caparrós Editores.

<sup>338</sup> Hart, H. (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, VIII-IX; Hart, H. (1962). *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma.

<sup>339</sup> *Facticidad y Validez*, op. cit., III, II, 181/4.

el comportamiento debido; las normas válidas solo son exigibles si pueden imponerse aun contra la voluntad renuente. La “gracia” del derecho consiste en que establece la obligación pero deja librado al individuo el motivo de la obediencia. Puede cumplir la ley por “razones morales”, o por cualquier otro impulso, centralmente el temor a la sanción compulsiva. La moral atribuye obligaciones resultantes de su carácter universalistas cuyo carácter puede ser inequívoco (combatir la pobreza, procurar la paz, etc.), pero que no pueden alcanzar soluciones prácticas sino mediante organizaciones o instituciones. Cuando más abstractas son tales obligaciones, más se acentúa la divergencia entre su carácter universalista por un lado y las coerciones administrativas y resistencia al cambio por el otro. Solo el derecho, que de por sí es reflexivo, contiene un repertorio de normas secundarias que posibilitan la aplicación de las normas primarias de regulación y control de los comportamientos y alcanzan a personas físicas, jurídicas y entes ficticios como organizamos e institutos.

En atención a estas razones, que Habermas había abordado desde el enfoque de la “Teoría del discurso”, en un ciclo de conferencias denominadas “Tanner Lectures” (1986), el derecho y la moral guardan para este autor una “relación de complementariedad”. En el prefacio de la obra que venimos citando<sup>340</sup> manifiesta haber llegado a una definición distinta de la relación de complementariedad entre derecho y moral, que aclara en el epílogo a la cuarta edición revisada de la obra (1993). El nuevo enfoque parte del concepto de “autonomía”. Si bien la moral y el derecho regulan conflictos interpersonales y ambos órdenes normativos tienen por fin proteger por igual la autonomía de todos los participantes y afectados, la positividad del derecho establece una “escisión” de la autonomía sin equivalente en la moral. La autonomía moral es un concepto “unitario” en virtud del cual la obligatoriedad y cumplimiento de una norma depende del juicio imparcial del mismo individuo autodeterminado, mientras que la autoderminación del ciudadano es bifronte; aparece “en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública”. Es decir, la autonomía en el sentido de libertad moral (privada) no coincide con la autonomía “jurídica” ya que ésta contiene en sí otros dos “momentos” de libertad: la de arbitrio del actor (agente) que decide racionalmente de acuerdo a fines y de la persona que decide éticamente. Los derechos subjetivos “desligan” a las personas de mandatos morales bajo el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”<sup>341</sup> abriendo espacios para el ejercicio de la libertad de arbitrio. En la moral se da una simetría entre derechos y deberes, mientras

---

<sup>340</sup> Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

<sup>341</sup> “Postulado metafísico de la libertad”.

que los deberes jurídicos son los que resultan de salvaguardar las facultades y derechos teniendo en consecuencia primacía. La autonomía moral se agota en la capacidad de autovincularse uno de forma racional, mientras que la autonomía de la persona incluye la autonomía de los ciudadanos ejercida en común y la también capacidad de elección racional y autorrealización ética (según Rawls, de perseguir sus propias concepciones del bien). Por ende, el ejercicio de la autonomía jurídica apunta en dos direcciones: el uso público de las libertades comunicativas y el uso privado de las libertades subjetivas, no pudiendo entenderse el derecho como un caso especial de la moral.

Las materias susceptibles de regulación jurídicas son más restringidas que las morales porque se circunscriben a los comportamientos externos coercible, pero a la vez son más extensas porque no se agota en la regulación de conflictos interpersonales sino que el derecho sirve de medio para la organización de la dominación política y otorga a los fines y programas colectivos una fuerza vinculante. Por otra parte, en el derecho no se plantean tan solo cuestiones morales, sino también aspectos empíricos, pragmáticos y éticos o referidos a una ponderación equitativa de intereses susceptibles de compromiso. De allí en el proceso de formación de la voluntad común el legislador ha de valerse de distintos discursos y negociaciones, no solamente de discursos morales.

Estas y otras caracterizaciones son muy ilustrativas y de recibo. No obstante, si suspendemos todas esas razones argumentables y nos atenemos al concepto aristotélico de “forma”, o sea, “lo que es ser esto”,<sup>342</sup> quizá lleguemos a las últimas coordenadas que nos permite identificar “lo que es ser derecho” y “lo que es ser moral” o, al menos, “sin eso” no es derecho y “sin eso” no es moral. La moral tiende a realizar lo bueno y lo correcto en forma autónoma (i. e., voluntaria), de modo que una moral coercible, un querer hacernos buenos a la fuerza, sería una contradicción insostenible, mientras el derecho tiende a realizar lo justo en forma heterónoma (i. e., impuesta por una voluntad ajena, en estos tiempos, por el Estado) y exigible coercitivamente. La moral es una creación espontánea de la sociedad, el derecho es, otra vez en palabras de Habermas, artificialmente creado. La moral carece de un “código específico” de sanciones (salvo el menosprecio social o el remordimiento de la conciencia) y de una autoridad de aplicación; en el derecho toda norma lleva aparejada una sanción específica para algunos como Hans Kelsen, o al menos una “amenaza de sanción” (Hardt-tomismo) por parte del Estado administrador del monopolio de la fuerza. De allí que la “forma jurídica” requiera necesariamente, aunque no se efectivice en todos los casos sino *ut in pluribus*, la nota de *coercibilidad*. Las llamadas “norma de competencia” son jurídicas en cuanto pertenecen a un

---

<sup>342</sup> *Metafísica*. VII, 1929<sup>a</sup>.

sistema que regula el uso de la fuerza pública.<sup>343</sup> “Mandato”, “deber” y “sanción”, términos recíprocamente implicados, forman el núcleo constitutivo de derecho y todo lo que no puede expresarse como un mandato a obedecer bajo amenaza de sanción (vgr. la moralidad) queda al margen. Como sabemos, el repertorio de los *mores maiorum* se convirtió en derecho cuando sus normas fueron asumidas con la convicción de ser necesarias y obligatorias (*opinio certa iuris seu necessitatis*) y, por ser obligatorias, el incumplimiento traía una sanción punitiva. Ergo, sin voluntad autónoma no hay moral, sin posibilidad de coerción no hay derecho.<sup>344</sup> Pero aclaremos: la coacción no es un elemento de la esencia del derecho, sino un complemento; el derecho es lo contrario, precisamente donde no hay derecho es donde hay coacción, donde prevalece la nuda fuerza. No obstante, el derecho necesita de la coacción en ciertas circunstancias (según Kant, ante un obstáculo o impedimento a la libertad) para ser efectivo, en cuyo caso se “la coacción se justifica por el derecho, no el derecho por la coacción” (Habermas).

Ocioso será ensayar aquí la alabanza de la Justicia, virtud excelsa (Aristóteles), eterno anhelo humano de felicidad (Kelsen), principal virtud de todas las instituciones sociales (Rawls). El mundo de la vida está poblado por innumerables y perseguidores requerimientos de corrección, bondad, solidaridad, y toda una corona de virtudes personales y sociales sobre las que brilla la Justicia como la virtud total y perfecta.<sup>345</sup> A todas las exigencias morales o éticas orientadoras de la acción solemos llamar “principios”. Y, como todo mandato de tal naturaleza, compele al humano para ser eficazmente realizado, pero su fuerza normativa propia puede no ser suficiente. La sociedad ha de ofrecerle los instrumentos necesarios para su cumplimiento. La humanidad no ha hallado otro mejor que el derecho. Lo moral con sus principios emigra entonces al mundo del derecho que a veces los recibe, otras los convoca, los incorpora y se nutre de su sustancia axiológica.

Mucho se ha discutido sobre los “principios morales” que han emigrado al mundo del derecho, especialmente si son “principios jurídicos” o “normas” jurídicas o de otra naturaleza. Hay tesis por la negativa y la afirmativa. En Revista ADRA, Vol. III, he tenido oportunidad de tratar este tema. En esta comunicación, nos proponemos examinar cuál sería la entidad de los principios morales

---

<sup>343</sup> Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. Hardt, op. cit.; Ross, A. (1953). Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba.

<sup>344</sup> Cfr: Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Iuspositivismo*. Madrid: Trotta, cap.7; Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, p. 285.

<sup>345</sup> Etic. Nic.

que son receptados y sancionados por el derecho positivo, bajo la sospecha de si realmente existen tales “principios jurídicos”. Ocurre que cuando un principio ético o moral ha sido establecido por un ordenamiento jurídico se suele decir que se trata de un “principio jurídico” (por ejemplo, la buena fe como “principio jurídico” en materia de contratos). Genaro Carrió<sup>346</sup> ofrece una distinción entre reglas (norma jurídica) y principios 1 (generales que forma parte del sistema) y principios 2 (vgr. una cita del Digesto) que no forman parte del sistema pero sin embargo son “jurídicos”. Esta distinción que he tenido oportunidad de comentar en la conferencia del III Congreso Patagónico de Derecho Romano, celebrado en General Roca, Río Negro, suscita el interrogante de cómo puede ser “jurídico” un principio “que no forma parte” del sistema jurídico.

### III.

El derecho como sistema dinámico (Kelsen) podemos abordarlo en dos momentos: 1) el de la elaboración normativa (proceso legislativo) y 2) el de aplicación de la norma (proceso judicial).

#### III. a)

La “forma” de la norma moral es la de un *deber ser* general que desde Hegel suele ser bifurcarse en: *moral* (moralidad) por su aspiración universalista (apelaciones a la paz, la solidaridad, la igualdad, etc.) y *ética* (eticidad) o repertorio de normas que son vividas en una comunidad determinada (moral positiva). Pero con más o menos extensión, ambas formas tienden al mayor despliegue normativo. Bertrand Russell, no obstante su declarado relativismo cultural, llega a decir que se le haría imposible admitir la crueldad. “No hay ninguna moral vigente”, dice N. Hartmann, “que no tenga la tendencia a ser moral absoluta. En efecto, la moral vigente solo tiene validez mientras esté viva en ella la fe como moral absoluta”. Pero, por otra parte, “el problema ético recae sobre la situación, y ello de tal modo que ni un solo valor puede responder a todas las situaciones”.<sup>347</sup> “La conducta no puede ser conformada de manera que no exija excepciones”, dice Stuart Mill.<sup>348</sup>

<sup>346</sup> Carrió, G. (1983). *Notas sobre el derecho y el lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, cap.III.

<sup>347</sup> Hartmann, N. (2011). *Ética*. Madrid: Encuentro, p.79; Hartmann, N. (1961). *Introducción a la Filosofía*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>348</sup> Mill, S. (1980). *El Utilitarismo*. Buenos Aires: Aguilar, cap. II, p .55.

La “forma jurídica” consiste en ser norma general y abstracta establecida por autoridad competente mediante un proceso reglado y amparada por la posibilidad de coerción en caso de incumplimiento. La “forma moral” carece de autoridad competente, proceso reglado (aunque hay un tipo de argumentación o discurso moral) y posibilidad de coerción.

La relación moral-derecho puede ser contemplada desde dos miradores. Vista desde la moral, habría un vínculo de fundamentación. “Como en el lenguaje corriente los contenidos éticos sólo encuentran muy imperfectas caracterizaciones, todo impulso para la acuñación de conceptos del valor será un desafío. De ahí se sigue caracterización que no basta la mirada general a la vida del hombre para la orientación, aunque de hecho todo esté arraigada en ella; tiene que añadirse la visión en conjunto de conceptos de valor acuñados con precisión... por eso es lógico volver la vista en primer lugar hacia los dominios de la ciencia. Ahora bien, sólo hay una ciencia de naturaleza práctica que posea un sistema exacta y estructurado de conceptos, la ciencia jurídica”. Tanto el derecho como la ética tienden a la realización de lo valioso, pero la ética muestra una amplitud y riqueza diferente al contener la determinación de un fin supremo dominante de todos los fines, mientras que el derecho se limita a los medios que conducen a un valor real y auténtico pero solo uno entre muchos, y nos se ocupa de su determinación conceptual sino a las consecuencias que se siguen de él. La ciencia y el sentimiento jurídico que la anima son orientadores para la ética pero en una medida muy modesta. En cambio, está claro que la ética tiene que contener la fundamentación última del derecho explicitando en su tabla de valores el valor del derecho.<sup>349</sup>

Desde el mirador del derecho, la relación, según Habermas, es de *complementariedad*, sin perjuicio de que para el autor “el derecho se legitima por la concordancia con los principios morales de justicia y solidaridad universalista y principios éticos conscientemente asumidos individual y colectivamente”. El carácter abstracto de las normas morales –cuyos principios generalmente son aceptados: justicia distributiva, ayuda al necesitado, solidaridad, etc.– sufre dificultades en su aplicación concreta (requieren consideraciones de diversas circunstancias objetivas y subjetivas) y, cuanto más complejas son las cuestiones, los problemas de fundamentación y aplicación exceden la capacidad analítica del individuo. Por ello y demás razones que se han expuesto supra, una moral regida por principios necesita una complementación por el derecho positivo, en virtud de la cual los principios morales del derecho natural se han convertido en derecho positivo en los Estados constitucionales. Pero la moral ya no se cierne por encima del derecho, como entendía la construcción del

---

<sup>349</sup> Hartmann, N. *Ética*, op. cit., cap. VII, b.

derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas; emigra procedimentalmente al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en el derecho positivo. El derecho, aun con independencia del hecho de que solo sea válido en tanto derecho positivo, ha de poder al menos mantener la ficción de ser un derecho justo o correcto.<sup>350</sup>

Sea el principio "*In omnibus quidem. Maxime tamen in iura, aequitas spectanda est*".<sup>351</sup> En su expresión moral, es un noble principio regulador de todo el inabarcable espectro de la acción humana, pero su sola *vis* normativa aflora menesterosa, sería notoriamente insuficiente para estructurar y dar estabilidad a la selvática trama de las relaciones de poder de una comunidad. A su "indeterminidad" cognitiva y motivacional, se le agrega su carencia de medios y recursos para su realización. Receptado en el mundo del derecho, el principio queda *ipso facto* recortado a un espacio cierto de las acciones humanas, se reviste de un carácter obligatorio, tiene a sus espaldas una garantía de coercibilidad. Pero no basta su mera enunciación, ni siquiera será necesario "transcribirlo" al lenguaje jurídico (en todos los casos deberá observarse la equidad). Lo que fundamentalmente importa y tiene sentido es que deberá ser obligatoriamente aplicado en diversas situaciones de disparidad (enriquecimiento ilícito, lesión enorme, protección del más débil, etc.). El exegeta dirá más tarde al analizar esos institutos jurídicos que se encuentran inspirados en el *principio de equidad*.

La forma es lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa. Podemos aquí sobrevolar la polémica naturalismo-positivismo si tenemos en cuenta que "lo que es" puede serlo por naturaleza o por convención. Un principio ante la insuficiencia de su fuerza normativa propia emigra al mundo del derecho para adquirir exigibilidad y eficacia, pero para ello obviamente debe adquirir la "forma jurídica". La "forma" jurídica es la de norma heterónoma, exigible, obligatoria y coercible. ¿Es posible conservar ambas formas? ¿Es posible ser simultáneamente principio moral y norma jurídica? Principio no contradicción mediante, no lo sería. Si decimos que para tener "juricidad" el principio debería despojarse de su "forma" moral, se podría argumentar en contrario que en ese caso el principio perdería su "moralidad" al trocarse en "juricidad". Depende de cómo interpretemos el significado de "moralidad", como *exigencia axiológica* o como *incoercibilidad*. Al ingresar al mundo del derecho, el principio conserva intrínsecamente su exigencia moral como valor fundante, pero bajo otra forma: se ha trans-formado en una norma jurídica coercible que lo expresa. Es decir, el principio es siempre moral, la norma siempre es

---

<sup>350</sup> *Facticidad y Validez*, op. cit., III,II, 164, 181/4; I. *Complementos y Estudios previos*, p. 545, 547, 559, 565, 574.

<sup>351</sup> Dig. I-XVIII, 90.

jurídica. No hay una norma “moral” (incoercible) que sea jurídica, ni una norma jurídica (coercible) que sea “moral”. La norma puede ser desobedecida o anulada sin por ello afectar al principio moral que, por orientarse hacia la universalidad, permanecerá indemne a las contingencias de la historicidad del derecho, pero no podrá “hacerse valer” en ese mundo real sin el auxilio del “brazo armado” del derecho.

Valga también al respecto lo dicho en Dig. XVIII, 85, 2: “*Quotiem aequitatem desiderii naturales ratio, aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis temperanda est*” (“Siempre que la razón natural o a duda sobre el derecho se resiste a la justicia de una demanda, debe arreglarse con justos decretos”, traducción de Álvaro D’ Ors).<sup>352</sup> *Nisi fallor*: cuando de alguna forma se afecta la equidad, hay que subsanar el agravio mediante “decretos justos”. ¿Qué son decretos sino normas positivas?

Conservadas las respectivas formas y mantenida la relación de complementariedad se evitarán los vicios del querer legalizar la moral (legalismo) o moralizar (moralismo) el derecho.<sup>353</sup>

### III. b)

La apelación, recurso a los principios en los casos de difícil interpretación o lagunas del derecho, tiene larga trayectoria. Ya Aristóteles pone al juez en el lugar conjetural del legislador en la emergencia de encontrarse sin ley (επιεικειασ). Para el positivismo jurídico (Hardt, etc.), en tales circunstancias, el juez decide discrecionalmente. Dworkin concibe el derecho como un sistema de reglas y de principios a los que recurrir en los “casos difíciles”.<sup>354</sup> Sea

---

<sup>352</sup> Inicialmente tomé la traducción de G. del Solar: “Siempre que la razón natural, o a una deuda de derecho se oponga a la equidad de la preterición, el negocio se ha de atemperar a decretos justos”, pero advirtiéndome que el texto latino dice “*dubitatio iuris*” y lo traduce “una deuda de derecho”, desconfié ya que en ningún diccionario “*dubitatio*” significa “deuda.” Conjeturé un eventual error tipográfico y me incliné por cuestión dudosa de derecho. Pero además, ¿podría la razón natural oponerse a la equidad? Y, ¿no sería más apropiado traducir “la preterición de la equidad” (es decir, la equidad preterida, relegada) que la “equidad de la preterición?” Parece que la traducción indicada merecería un llamado a indagatoria. Consulté al colega y amigo Dr. Norberto Rinaldi, quien tuvo la gentileza de facilitarme la traducción de Álvaro d’Ors que he transcrito y me confirma que efectivamente la traducción de García del Solar es desacertada.

<sup>353</sup> Laporta, F. (2003). “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo.” En Campos, V. (comp.). *Historia de la Ética*. Barcelona: Editorial Crítica, T. 3.

<sup>354</sup> Bobbio, N. op. cit. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

que el juez se mimetice en legislador, sea que proceda prudencialmente a su leal saber y entender, en el proceso de aplicación de la ley, el cuadro es *mutatis mutandi* el mismo. Este hombre recurrirá a pautas y principios culturales del mundo de la vida y del derecho, pero cuya virtualidad normativa no tendrá fuerza resolutoria exigible coercitivamente mientras no hayan sido introducidos y revestidos con la “forma” jurídica, en este caso, de una sentencia o norma individual.

Este enfoque podría ser objeto de alzamiento por parte del “iusnaturalismo” que distingue entre positividad *ex forma* y positividad *ex causa*. La positividad *ex causa* responde a la intervención del legislador. La positividad *ex forma* responde a los caracteres necesarios para disciplinar la vida social: *debitum alteri ad aequalitatem* (lo justo debido a otro en su exacta medida), de modo que por esta variable existirían principios de una normatividad tan fuerte que tendrían *per se* juricidad; habría pues juricidad *intrínseca* y *extrínseca*.<sup>355</sup> El enigma es cuándo se produciría la trasmutación de lo natural a lo jurídico positivo. Según Santo Tomás, lo justo puede darse “*ex natura rei*” (*iustum naturale*) y “*ex conducto*” (derecho positivo). El tránsito de la “zona nuclear” (*iustum naturale*) a la positividad (*iustum ex conducto*) se iría produciendo “*per modum deductionis*” (a modo de deducción) y “*per modum determinationis*” (a modo de especificación). Los extremos no muestran dificultad: *iustum naturale*, zona nuclear, pura naturalidad, por una punta; *iustum ex conducto*, zona concreta, pura positividad, por la otra.<sup>356</sup> El problema está en el eslabón intermedio. “*Per modum deductionis*”: “la norma de vida práctica que le sigue, no se sigue ya como un simple dictado espontáneo de las cosas, como un reflejo natural de un estado objetivo ya existente, sino que debe ser descubierta como querida o sugerida por lo que es previsible en el curso ordinario de los sucesos humanos”. Sería una zona neblinosa, algo así como un condominio por confusión de límites, entre una moralidad intermedia y una positividad al alcance. Por nuestra parte, aceptamos la existencia de tales principios fundamentales que por su autoevidencia o densidad normativa intrínseca obligarían al legislador o al juez. Al legislador por lo menos negativamente al no permitir una norma en contrario y al juez positivamente a aplicarlos en el caso “*sine lege*”, pero es obvio que, no obstante su determinante y diríamos irresistible valor, no tendrían exigibilidad

---

<sup>355</sup> Sto. Tomás. *Com. Etic. Nic.* V, 12, 107; Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, cap. V; Massini Correas, I. (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, I, 3 / Bobbio, N. *Iusnaturalismo y Positivism Jurídico*, op. et loc. cit.

<sup>356</sup> Cfr: Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, cap. V.

coercitiva y eficacia mientras no hayan traducidos concretamente a forma jurídica y auxiliados por el derecho mediante ley o sentencia. Podríamos decir que los principios morales son *declarativos*, mientras las normas jurídicas son *operativas*. El mismo prestigioso autor que citamos reconoce: “Hasta que la ley natural no haya recibido estas últimas determinaciones es insuficiente para regular la vida humana en sociedad”.<sup>357</sup> De acuerdo con lo argumentado en esta comunicación podríamos entonces decir: hasta que no hayan recibido la “forma jurídica”.

Nadie dudaría que, a la luz de principios superiores, los crímenes de lesa humanidad del nazismo fueron inaceptables y merecedores de sanciones ejemplares, pero también fue necesario que los tribunales de Nuremberg los acogieran y en virtud de ello dictaran e hicieran cumplir sus sentencias, para que los principios de un derecho natural “desarmado”<sup>358</sup> pudieran imponer el escarmiento.

---

<sup>357</sup> Es decir, las normas jurídicas que posibiliten efectivizarla. “Particulares direcciones” *Summa Theolog.* I-II, 91, 3 ad um.

<sup>358</sup> Bobbio, N. op. et loc. cit.