

# PRINCIPIOS JURÍDICOS Y SISTEMAS NORMATIVOS

FÉLIX F. MORALES LUNA

PROFESOR DEL DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO  
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**Sumario:** 1.- Introducción 2.- Definición de los principios jurídicos: a) Tesis fuerte de distinción b) Tesis débil de distinción 3.- Tipología de los principios jurídicos 4.- Roles de los principios jurídicos en los sistemas normativos 5.- Principios jurídicos en el ordenamiento normativo peruano.

## 1. Introducción

En los últimos años, los principios jurídicos han recobrado un singular protagonismo en la agenda de la Teoría y Filosofía del Derecho. Como lo sugieren Atienza y Ruiz Manero, podríamos ubicar de manera referencial este resurgimiento en la obra de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1978) que, si bien no contiene un planteamiento innovador, su importancia radica en haber cuestionado la concepción dominante en la Teoría del Derecho del momento, identificada con la obra de H. L. A. Hart, autor emblemático del positivismo jurídico, quien elaboró los mayores aportes desde los planteamientos efectuados por Hans Kelsen<sup>1</sup>.

En realidad, referirse a los principios en los ordenamientos jurídicos no supone algo novedoso; por el contrario, podríamos encontrar remotas alusiones a los denominados principios generales del Derecho en textos normativos del siglo XIX. Sin embargo, atendiendo a la evolución de las principales concepciones del Derecho, la discusión en torno a los principios parece constituirse hoy en el fiel de la balanza en la irresuelta discusión entre el iusnaturalismo y el positivismo, al representar reivindicaciones de la primera ante los principales postula-

dos de la segunda; a saber, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho; y, la tesis de la separación entre el derecho, moral y política.

Muchas explicaciones podrían ser esbozadas para entender este retorno de los principios jurídicos. Por ello, coincidimos con Prieto Sanchís cuando señala que la moderna doctrina de los principios pretende extender al legislador y en general, a los órganos de producción normativa, la garantía de una actuación controlable y no arbitraria. De ahí, precisa el autor, la importancia adquirida por los principios constitucionales, que parecen llamados a cercenar la discrecionalidad del legislador incluso en aquellos casos en que ningún concreto precepto constitucional se halla en juego<sup>2</sup>.

Entonces, esta nueva “puesta en escena” de los principios debe ser entendida como una reacción ante una tendencia de concebir al Derecho desde la rigidez de las reglas, soslayando la consideración de los valores que fundamentan y estructuran el ordenamiento, generando con ello una interpretación tradicional y ortodoxa de las normas, en lugar del dinamismo que debería caracterizar la labor del intérprete jurídico.

Los efectos provocados por este re-

surgimiento de los principios jurídicos se evidencian a todo nivel tanto en la Teoría como en la Filosofía del Derecho generando una fecunda gama de temas conexos. Así, el desarrollo de los principios jurídicos guarda relación con la argumentación jurídica, la ponderación y discrecionalidad judicial, el neoconstitucionalismo, la tesis del garantismo, la indeterminación del Derecho, la razón práctica, etc. Excederíamos los alcances del presente artículo el pretender referirnos a cada uno de estos temas; por ello, nuestro propósito consiste en presentar los principios jurídicos como piezas fundamentales en los sistemas normativos, precisar su tipología y funciones, para referirnos finalmente a su situación en el sistema jurídico peruano.

## 2. Definición de los principios jurídicos

Como es sugerido de manera coincidente por los autores que abordan el tema de los principios, no existe un empleo mínimamente uniforme respecto de su significado. Así, Atienza y Ruiz Manero<sup>3</sup>—sobre la base de los análisis de Carrió y Guastini— han detectado de manera referencial las siguientes acepciones reconocidas a los principios jurídicos según los usos más frecuentes en los que se emplea dicho término:

- "Principio" en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1361° del Código Civil, según la cual *"los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"*);

- "Principio" en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1355° del Código Civil, según la cual *"la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos"*);

- "Principio" en el sentido de norma programática o directriz; esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines (por ejemplo, una norma como la contenida en el primer párrafo del modificado artículo 188° de la Constitución según la cual *"la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país"*);

- "Principio" en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 1° de la Constitución según la cual *"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*);

- "Principio" en el sentido de una norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. (por ejemplo, las normas contenidas en los incisos 9° y 11° del artículo 139° de la Constitución que reconocen como principios de la función jurisdiccional, respectivamente, *"la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos"* y *"la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*); y,

- "Principio" en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o de máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo (por ejemplo, una norma como la contenida en el artículo 51° de la Constitución según la cual *"la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de menor jerarquía, y así sucesivamente"*).

Ante este espectro de significados

que suelen denotarse con el término de "principios" ha llegado a sugerirse, inclusive, que se prescindiera del nombre para centrar la atención en los significados que pretenden designarse, pues las frecuentes polémicas acerca de los principios suelen ser engañosas, ya que en realidad se discute sobre cosas distintas<sup>4</sup>.

Lo expuesto indica que la imprecisión conceptual ha sido uno de los principales problemas que han enfrentado quienes reconocen los principios jurídicos como piezas estructurales de los sistemas normativos. Posiblemente se deba a este problema en la definición el descrédito en que cayeron los principios generales del Derecho<sup>5</sup> pues, atentaba contra su aceptación el no saber a qué se referían y que, al tener un origen indeterminado, se cuestionaba su fuerza normativa y vinculante. Sin embargo, ello no llegó a enervar la necesidad de contar con enunciados que flexibilicen la rigidez de las reglas, haciendo más permeable el ordenamiento hacia la racionalidad del intérprete.

Actualmente, como lo reconoce Prieto Sanchís, ya no se discute la fuerza obligatoria de los principios, la que se reconoce y con la más alta intensidad, sino que el debate gira en torno a su identidad dentro del sistema normativo. Así, se discute si cuentan con una morfología propia que los distinga de las reglas o se trata simplemente de una distinción de grado correspondiendo a un cierto modelo de argumentación<sup>6</sup>.

De este modo, los intentos de definición de los principios jurídicos parten del entendido que son enunciados que forman parte —o que se pueden inferir— del ordenamiento normativo y que, por existir una gran ambigüedad en el uso de dicho término, la doctrina ha recurrido a su distinción de las reglas, para poder darles identidad. En esta línea, se afirma que tanto las reglas como los principios no serían sino especies dentro del género de normas jurídicas de forma tal que reglas y principios se integran y articulan en el sistema normativo.

A fin de distinguir los principios de las reglas se han postulado diversas razones que, siguiendo a Alexy y Prieto, podríamos clasificar en una tesis fuerte o cualitativa —apoyada en la idea de que los principios son algo lógico o cualitativamente distinto de las normas, lo cual abre el sistema a la admisión de elementos de moralidad, política o exigencias de justicia—; y, una tesis débil de distinción —la cual considera que los principios no son nada sustancialmente dis-

tinto de las normas, caracterizándose simplemente por la posesión de ciertos rasgos que se pueden tener en determinada medida<sup>7</sup>.

#### a. Tesis fuerte de distinción

Esta tesis es sostenida principalmente por Ronald Dworkin en su intento de demostrar que el Derecho excede a un sistema de reglas identificables mediante un mecanismo formal y alejado de concepciones morales sustantivas. A partir de dicho planteamiento, Dworkin marca distancia tanto con el positivismo, en su intento de fundamentar lo que es el derecho, como con el utilitarismo en su pretensión de postular lo que debe ser el derecho.

Para ello, Dworkin plantea los siguientes argumentos para la distinción entre reglas y principios<sup>8</sup>:

- El primero es que las reglas, a diferencia de los principios, son aplicables en la forma "todo o nada". Esto supone que si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida y deben aceptarse las consecuencias jurídicas o, no es válida, por lo que no contaría en la decisión a ser tomada. Por el contrario, los principios no determinan la decisión sino que solamente proporcionan razones a favor de una u otra decisión; es decir, que los principios a diferencia de las reglas enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.

Según este planteamiento, por ejemplo, un enunciado como el contenido en el artículo 704° del Código Civil según el cual *"el notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado"*, correspondería a una regla. Así, si se acredita el grado de parentesco señalado por la norma entre un notario y un testador, la consecuencia de la norma resulta aplicable y el primero estará impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado del segundo; de no existir esa relación de parentesco, la consecuencia de la norma no sería aplicable al caso. Es decir que esta regla o es válida y se aplica, o no es válida y no interviene en el caso; es decir una aplicación del "todo o nada".

Distinto sería el caso de un enunciado como el contenido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución según el

cual "toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley" que por sí mismo no determinaría la solución de un caso sino que debe ser considerado como una razón para orientar una decisión o la aplicación de otras normas.

A esta misma línea se adscribe el planteamiento desarrollado por Atienza y Ruiz Manero para quienes "la diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada". Es decir, mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas<sup>9</sup>.

Este criterio es también el punto de partida de Zagrebelsky para desarrollar su planteamiento sobre un Derecho dúctil. Así, respecto a la distinción entre reglas y principios, señala que las reglas nos dicen cómo debemos, no debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; en contra, los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas<sup>10</sup>.

De esta manera, las reglas impondrían una sola vía de observancia: o se cumplen o se incumplen. En ambos casos operaría con precisión el silogismo, sea para asumir la responsabilidad o eximirse de ella por configurar el supuesto de hecho. En oposición, los principios no son aptos de establecer imposiciones definitivas sino que simplemente ofrecen criterios o pautas a ser consideradas para conseguir ciertos resultados en el derecho.

- El segundo es que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir una dimensión de peso que se manifiesta principalmente al momento de resolver la colisión entre los principios. En efecto, coincide la doctrina que los conflictos de principios no pueden ser abordados según los criterios para los conflictos de reglas, pues ante una antinomia o contradicción de reglas, una de ellas excluirá del sistema a la otra en virtud de criterios como la jerarquía, temporalidad, especialidad o competencia.

En el caso de los conflictos de los principios, dado el carácter fundamental y eminentemente valorativo, sería un despropósito pretender que en caso de conflicto, uno de ellos pudiese invalidar al otro; por el contrario, la "ley de la colisión" es la ponderación, que supo-

ne atender a las particularidades que presenta el caso para establecer qué valor debe prevalecer en el supuesto concreto que se está abordando, a fin de establecer un orden preferente de los principios en ese caso concreto.

Al respecto, señala Alexy que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco lo necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho<sup>11</sup>.

Sin desmerecer la relevancia de la ponderación en el proceso de aplicación del Derecho, Prieto no deja de advertir que este criterio distinción no se encuentra exenta de cuestionamientos. En estricto destaca el autor los siguientes: la distinción no precisa si el peso o importancia de los principios se decide en abstracto, con arreglo a algún criterio de ordenación jerárquica o depende de su mayor o menor idoneidad para regular el caso concreto; y, que no todo conflicto de reglas se resuelve con la declaración e invalidez de una de ellas<sup>12</sup>.

Sin que deba ser considerado un criterio determinante para establecer la distinción entre reglas y principios, su planteamiento implica dos aspectos que merecen ser destacados: el rol que juegan los valores en su relación con los principios jurídicos y el papel protagónico que le corresponde desempeñar al juez en tanto el encargado de la ponderación de los elementos del caso para la poder determinar la manera como podrán ser articulados los principios en el caso concreto.

Junto con estos criterios dworkianos, se incluye en esta tesis el planteamiento de Alexy para quien el criterio determinante de distinción entre reglas y principios es que estos últimos se configuran como mandatos de optimización a diferencia de las reglas que se configuran como mandatos definitivos. En esta línea, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su

satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también esencialmente, por los principios opuestos<sup>13</sup>.

Al considerar a los principios del derecho como mandatos de optimización, Alexy establece una distinción cualitativa con las reglas, incidiendo en el modo de su cumplimiento. Así, los principios admitirían una observancia gradual de tal forma que, a diferencia de lo que pasa con una regla, podría considerarse cumplido el principio, sea a plenitud o en un grado menor.

El planteamiento de Alexy es objeto de cuestionamiento tanto por Prieto Sanchís como por Atienza con Ruiz Manero. Para el primero, la consideración de los principios como mandatos de optimización que tengan que ser ponderados en casos de conflicto, se trataría más de una peculiar técnica de interpretación que de un rasgo indeleble de los principios y que se ausente de las reglas. En segundo lugar sugiere Prieto que no se puede ser tan terminante en que el atributo de la optimización pueda ser exclusivo de los principios, toda vez que —aunque con escasa frecuencia— se pueden dar también en el caso de las reglas<sup>14</sup>.

En cuanto a las observaciones de Atienza y Ruiz Manero, estos autores parten de un detalle de clasificación de los enunciados jurídicos mucho más puntual, de forma tal que centran su atención en la estructura morfológica de los enunciados para poder determinar a qué categoría corresponderían. Así, dentro de la categoría genérica de "principios" (entendiendo por tales a una especie dentro de los enunciados jurídicos, de carácter práctico, normativo, que expresa normas deónticas o regulativas) quedan comprendidos tanto los principios en sentido estricto — que podían quedar configurado en la siguiente estructura: "Si se da el estado de cosas X, entonces Z debe o puede realizar la acción Y"— como las directrices —que podrían enunciarse a partir de la siguiente estructura: "Si se da el estado de cosas X, entonces Z puede o debe procurar alcanzar el fin (estado de cosas) F"—<sup>15</sup>. Siguiendo este esquema, al concebir los principios como mandatos de optimización, Alexy sólo estaría considerando un grupo de ellos (las directrices) excluyendo en su razonamiento a los principios en sentido estricto.

#### b. Tesis débil de distinción

Los argumentos de la tesis prece-

dente demuestran ser insuficientes para demostrar por sí mismas que exista una distinción cualitativa entre los principios y las reglas, pues las características atribuidas a los principios podrían encontrarse también –aunque con menor incidencia– en las reglas y viceversa. Posiblemente deba atribuirse dicha incapacidad al hecho que no se parte de una precisa definición de cada uno de dichos enunciados (empresa por lo demás inútil por tratarse de fórmulas convencionales que carecen de un sustrato científico) sino que inductivamente se procura construir el concepto a partir de las características que exhiben las normas del sistema. De esta manera, siempre podrá encontrarse una norma que desafíe cualquier intento de sistematización de categorías como reglas o principios.

En atención a esta dificultad se plantean argumentos a favor de la denominada tesis débil de distinción que prefiere no enfocar la identidad de los principios desde un plano morfológico que, como ha sido visto, podría no ser determinante, sino que presenta a los principios jurídicos como singulares técnicas de interpretación. Así, se sugiere que el tema de los principios está dejando de ser un debate de lógica del Derecho o de las normas para convertirse en un debate de lógica de los juristas o de la interpretación<sup>16</sup>.

Una exponente de esta es la autora italiana L. Gianformaggio para quien la diferencia entre principios y reglas surge exclusivamente en el momento de la interpretación y aplicación del enunciado jurídico, de forma tal que una misma disposición puede ser entendida unas veces como reglas y otras como principios<sup>17</sup>.

Como acertadamente lo sugiere Prieto, *este desplazamiento desde la estructura de las normas a las técnicas de la interpretación o de justificación conduce, paradójicamente, a negar toda posible distinción entre reglas y principios con anterioridad al proceso interpretativo. En otras palabras, antes de la interpretación existiría un mundo indiferenciado de prescripciones y sólo la argumentación jurídica haría de cada una de ellas y en cada caso concreto un principio o una regla*<sup>18</sup>.

De esta manera, considera este autor, que la distinción estructural entre principios y reglas resulta insuficiente pues, a lo más, podrán enunciarse algunos rasgos o características que estarán presentes en mayor grado o medida en ciertas normas y no en otras. Por ello, postula que tanto las reglas y principios

son tan sólo dos modos de llamar a técnicas o modelos de argumentación diferentes lo que conduce a negar cualquier distinción entre ellas previa al proceso hermenéutico<sup>19</sup>.

Si bien, a nuestro entender, este criterio tampoco resulta determinante (siempre existirá alguna norma que presente el ejemplo emblemático de lo que por regla o principio pudiera suponerse), nos parece de mayor utilidad en tanto que traslada la discusión a un plano de mayor trascendencia práctica que los teóricos intentos de clasificación: el de la interpretación y argumentación jurídicas, así como el de la racionalidad y corrección de las decisiones judiciales.

De las posiciones expuestas, advertimos la dificultad de poder definir los principios jurídicos pues toda aproximación a ellos atiende a ciertos rasgos que, en mayor o menor medida exhiben, o al rol que cumplen al momento de la aplicación de las normas. Sin embargo, no puede postularse una definición estricta para dichos enunciados, lo que no supone de modo alguno tener que desconocer su existencia, pues de una simple observación de las normas en el sistema se pueden trazar distinciones entre ellas desde los planos morfológicos, funcionales o axiológicos<sup>20</sup>.

Así, podemos indicar que los principios jurídicos no suponen entidades que se encuentren fuera del sistema normativo; es decir que no serían importaciones de un orden anterior o superior a cualquier ordenamiento como una directa emanación del Derecho Natural. Por el contrario, los principios no son sino enunciados de un determinado ordenamiento que coexisten con las reglas pero que cumplen funciones distintas, en la medida que su formulación permiten una mayor capacidad de actuación por parte del operador del derecho mediante la argumentación.

### 3. Tipología de los principios jurídicos

Toda clasificación puede tener mucho de arbitrario en la medida que es el propio autor quien determina los criterios sobre los cuales basa la clasificación que propone. Por ello, es que podrían establecerse tantas clasificaciones como personas estén dispuestas a postularlas. En tal sentido, abordaremos este punto a partir de la clasificación de principios sugerida por Prieto Sanchís y seguida por Atienza y Ruiz Manero, tomando como referencia el esquema propuesto por Wroblewski.

Así, atendiendo a los rasgos característicos de los principios, los autores sugieren las siguientes tres categorías de principios con valor o fuerza normativa: principios explícitos o expresamente recogidos en alguna disposición normativa; principios implícitos obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas; y, principios extrasistemáticos o totalmente inexpressos, formados a partir de la Constitución material o de alguna filosofía moral o política que se supone inspira el ordenamiento en su conjunto, pero que no se puede decir razonablemente que constituyan el significado de una disposición<sup>21</sup>.

En cuanto a los principios explícitos, se les concibe como acciones para la acción, independientes de contenido, pero no perentorias. Esto supone que tienen su origen en una determinada fuente del ordenamiento pero no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional<sup>22</sup>.

Para Prieto Sanchís la relevancia de contar con principios explícitos es porque se hacen expresos los valores superiores en los que se fundamenta un determinado ordenamiento. Así, señala que el que diversos principios estén contenidos en normas expresas no tiene sólo un significado programático o de manifestación pública del orden de valores en que se estructura el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho<sup>23</sup>.

Un ejemplo de principio explícito en nuestro sistema normativo sería el contenido el en inciso 8) del artículo 139° de la Constitución que consagra como uno de los principios de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En cuanto a los principios implícitos, a entender de Atienza y Ruiz Manero, éstos se conciben como razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido<sup>24</sup>. Por su parte, Prieto Sanchís destaca el uso de la analogía para poder establecer estos principios implícitos, pues señala que *de un grupo cualquiera de normas que tengan algo en común pueden inducirse así diversos principios, por lo que el recurso a los mismos*

*indudablemente concede al operador jurídico (en especial al juez) mayor discrecionalidad que en la interpretación de textos normativos estables*<sup>25</sup>.

Finalmente, en cuanto a los principios extrasistemáticos, desde una perspectiva normativista se sostiene que no forman parte del Derecho, dado que ni constituyen el significado de una disposición legal ni pueden inferirse de ella, por lo que no pueden ser abordados por la regla de reconocimiento, aun cuando esta pudiera ser compleja. Sin embargo, desde que son aplicados por los jueces podrían ser consideradas como normas inválidas –al no hallarse recogidas en ninguna de sus disposiciones– pero eficaces –desde el momento en que resultan relevantes en la actuación de un operador jurídico–.

#### 4. Roles de los principios jurídicos en los sistemas normativos

Coincidiendo con Prieto, podemos señalar que la perspectiva más fecunda en el análisis de los principios es la funcional; es decir, aquella que no hace hincapié en una supuesta estructura morfológica particular de ellos, sino que intenta dilucidar para qué sirven en el ámbito de Derecho y del razonamiento jurídico<sup>26</sup>.

Al respecto, identifica este autor –siguiendo a Bobbio–, las siguientes posibles funciones que cumplen los principios en el sistema jurídico<sup>27</sup>:

- *Función interpretativa* que ayuda a resolver en un sentido antes que en otro las dudas que puedan existir sobre el significado de una determinada disposición;

- *Función integrativa* que proporciona un criterio en ausencia de normas; es decir, en casos de lagunas<sup>28</sup>;

- *Función directiva*, que orienta la actividad del legislador o de otros operadores a la hora de adoptar una decisión o de dotar de contenido una norma; y,

- *Función limitativa*, que establece las fronteras competenciales de un determinado órgano que cercena el ámbito de eficacia de una cierta regulación.

A entender de Prieto, estas cuatro funciones pueden reducirse a las siguientes dos: o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera; o, representan una norma secundaria que permite o contribu-

ye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio.

Un interesante planteamiento es el sugerido por Atienza y Ruiz Manero, para quienes las funciones que cumplen los principios jurídicos en el ordenamiento jurídico pueden ser apreciados tanto desde una dimensión explicativa, justificativa o legitimadora del Derecho.

Según la primera de dichas dimensiones, sostienen los autores, los principios cumplen la función de explicación del Derecho al menos en dos sentidos; el primero, por su capacidad de sintetizar una gran cantidad de información, cumpliendo por tanto una función didáctica de gran importancia; y, el segundo, por permitirnos entender el Derecho no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido<sup>29</sup>.

En cuanto a la dimensión justificativa, se atiende a las funciones de los principios en el razonamiento jurídico de forma tal que les sirva al operador del derecho no solamente para resolver el problema de qué hacer, sino también de cómo justificar lo que se ha hecho o se va a hacer, esto es, la toma de decisiones jurídicas<sup>30</sup>.

Esta función, pues, está orientada a dotar de legitimidad las decisiones del operador del derecho sobre la base de los principios, entendidos como razones justificatorias en todo nivel del sistema, tanto al momento de legislar como de aplicación del derecho. Se asume a través de esta función, una suerte de corrección funcional en cuanto a la calidad del producto jurídico según su correspondencia con los principios pertinentes.

El tema de la justificación del razonamiento jurídico ha sido extensamente abordado por la doctrina en su afán de establecer pautas de corrección en las decisiones jurídicas cuando la solución no se agote en la aplicación de una razón perentoria, sino que se trate de un denominado *caso difícil*, en el cual queda a criterio del operador del Derecho, en aplicación de los principios, emitir una respuesta acorde con los valores del sistema. Este punto ha constituido el tema central en los planteamientos de Dworkin y Alexy, este último con su desarrollo de la teoría de la argumentación (sobre la base de plantea-

mientos como los de Perelman o Habermas) que fuera a su vez considerado por Atienza para sugerir que existen las razones del Derecho.

Finalmente, en la dimensión legitimadora, se sostiene que los principios cumplen una función de control y legitimación del poder. En este punto, señalan los autores, que *el eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir –y de lograr– objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio –que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo– dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos*<sup>31</sup>.

Por lo señalado, la importancia funcional de los principios radica en que constituyen parámetros de actuación que determinan los alcances, límites y niveles de corrección de las decisiones jurídicas que se adopten, erigiéndose de este modo como necesarios referentes que eviten la arbitrariedad en la aplicación del Derecho. De esta manera, los principios jurídicos se constituyen en lineamientos que diseñan la estructura y fundamentos del sistema normativo de tal forma que a la luz de ellos se podría configurar desde un criterio de pertenencia al sistema como la corrección de decisiones jurídicas.

En este punto podemos establecer un elemento esencial que aportan los principios al ordenamiento, es decir que se tratan de normas fundamentales en las cuales se sostiene la estructura del sistema. Así, siguiendo el planteamiento de Alexy, resulta impensable concebir un sistema que únicamente cuente con reglas que establezcan mandatos deónticos (prohibiendo, permitiendo u ordenando), pues en tal esquema dichas las reglas serían inconexas tanto en criterios de articulación como en una identidad de contenido valorativos. Ello no queda resuelto con las denominadas normas secundarias que propone Hart, entendiendo por tales a las que definen la pertenencia al sistema, el cambio de las reglas y la adjudicación de competencias para su aplicación. La insuficiencia de este último planteamiento radica en que se mantiene en el plano formal y adjetivo; sin embargo, descuida una dimensión que es esencial para estructurar un sistema jurídico: que las normas pudieran tener una identidad valorativa. Así, las normas secundarias de Hart serán consideradas como principios jurídicos, pero no los únicos, sino también aquellos que establecen, de manera

explícita o implícita, una razón justificatoria que parta de algún valor o interés relevante en el sistema.

## 5. Principios jurídicos en el ordenamiento normativo peruano

La referencia a los principios no es ajena a nuestra tradición jurídica pues desde los primeros años de la incipiente República del Perú, ya se les aludía, lo cual no deja de llamar la atención. Dichas referencias se puede encontrar en el Código Civil de 1852 cuyo articulado se iniciaba con las normas del Título Preliminar denominado "de las leyes en general".

La norma IX abordaba el supuesto de oscuridad o insuficiencia de las leyes en los siguientes términos *los jueces no pueden suspender ni dejar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverá atendiendo: 1° al espíritu de la ley; 2° a otras disposiciones sobre casos análogos; y, 3° a los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.*

Desde aquél antecedente llegamos a la regulación actual que contiene referencias a los principios generales del derecho tanto en el Código Civil como en el propio texto constitucional. Así, el Código Civil alude a los principios generales del derecho en el artículo VIII del Título Preliminar referido a los defectos o deficiencias de la ley en los siguientes términos *los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano*<sup>32</sup>.

En el caso de la Constitución de 1993, la referencia se encuentra en el inciso 8 del artículo 139° en el que se desarrollan los principios y derechos de la función jurisdiccional. Así, señala esta norma que *son principios y derechos de la función de la función jurisdiccional (...) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*

A partir de esta regulación, procuraremos plantear las principales causas por las cuales nuestro ordenamiento jurídico –tanto en el plano del reconocimiento positivo como, en menor medida, en un plano operativo– no ha desarrollado a plenitud una sólida teoría de

principios.

En nuestro entender, la principal causa al problema planteado se debe a la escasa difusión con que ha merecido la teoría de los principios jurídicos. Una muestra de ello se advierte en los enunciados normativos citados precedentemente. Sin embargo, el problema se advierte en todos los niveles del sistema, como la jurisprudencia y doctrina.

Seguidamente, nos referiremos puntualmente a lo que consideramos como las principales causas que expliquen la postergación del desarrollo de los principios jurídicos en nuestro sistema normativo:

- La utilidad de los principios jurídicos ha sido vista de manera residual, siendo necesarios únicamente cuando el legislador ha omitido regular un determinado hecho. Esto supone restringir el uso de los principios a la función integrativa que, precisamente, es criticada por Zagrebelsky como una distorsión de los principios cuya importancia se ve soslayada tras la figura de las reglas.

Es más, todas las referencias normativas que hemos citado anteriormente, desde el más remoto antecedente hasta las normas vigentes, aluden únicamente a esta función integrativa. Ésta calza perfectamente en el modelo del Estado liberal del Derecho pues pretende asegurar la noción de plenitud del ordenamiento tomando como base la labor del legislador, cuyas omisiones serán suplidas solo por excepción y dando cuenta al legislador, por los encargados de la aplicación de las normas.

Sin embargo, en el modelo planteado por el Estado Constitucional Democrático, resulta insuficiente pues la función integrativa cede en importancia a favor de funciones más trascendentes como la directiva o limitativa. En esta línea, resulta paradójico advertir que mientras el inciso 8) del artículo 139° señala que el juez recurrirá a los principios en caso de vacíos de las normas, tal inciso está rodeado de principios permanentemente recurridos por el juez, por ejemplo para interpretar normas (v.gr. debido proceso, norma más favorable, motivación de las resoluciones, etc.).

- Nuestro sistema se adscribe a una tradición positivista en su versión inicial y más cuestionada en la cual se ve con desconfianza cualquier posibilidad de aplicar normas con flexibilidad pues del espectro de enunciados jurídicos se reduce a las normas jurídicas de estructu-

ra condicional, en la cual los principios no tienen cabida sino para cubrir los vacíos de dichas normas.

Tal modelo es propio de lo que Zagrebelsky y Prieto Sanchís denominan el Estado liberal decimonónico, absolutamente superado por la doctrina y que muestra un claro desfase con nuestra realidad social.

El riesgo que este modelo encierra se ha visto en su máxima expresión durante la década pasada, en la cual el sistema normativo fue puesto al servicio de un proyecto político. Es claro que una teoría desarrollada de principios no hubiese dado cabida a tales actitudes pues habría operado su función limitativa. Si bien este argumento no es suficiente para explicar los mencionados acontecimientos políticos, contribuye a poder evitar que tales experiencias pudieran repetirse.

- Lo anterior guarda relación con la escasa valoración que en nuestro medio tiene el órgano jurisdiccional respecto al cual no existe una seria voluntad política de potenciar, contribuyendo con dicha actitud a que los productos de los procesos judiciales, principalmente en los procesos de garantías constitucionales, no sean debidamente justificados.

- La revisión de la exposición de motivos de la comisión encargada de la elaboración del Código Civil revela que el legislador no tenía una noción de los principios jurídicos que siquiera se aproximase a lo que la doctrina comparada ha planteado<sup>33</sup>.

La gravedad de tal situación es aún mayor si advertimos que los argumentos dados por el legislador casi identifican lo que ellos entendían por principios generales del derecho con los denominados principios extrasistemáticos (en la clasificación de Wroblewsky y Prieto Sanchís). Cabe recordar que en la doctrina no admite tales principios como parte del Derecho pues supone una admisión de elementos que no están adecuadamente justificados a la luz de los valores del sistema, lo cual es sumamente elocuente del grado de desinformación existente al respecto.

- Un punto adicional entre las causas de la postergación de los principios generales del derecho estaría constituido por una imperfecta técnica legislativa. Si ésta se aplicase adecuadamente, el legislador debería estructurar adecuadamente los cuerpos normativos, ponderando los títulos preliminares en los cuales se inser-

ten los principios que informan dicho cuerpo de reglas, sin afán que eso sea excluyente sino meramente referencial. Esta observación resulta extensible, incluso y sobre todo al propio texto constitucional.

-Otra posible causa estaría determinada a que en la relación entre los operadores del derecho y entre éstos con la sociedad, no se dan las condiciones para que

sea viable una adecuada implementación de la teoría del discurso, pues la escasa motivación de las resoluciones o la poca difusión de éstas dificulta la posibilidad de contradecir dichos argumentos. Adicionalmente, en nuestra sociedad existe un fuerte arraigo de criterios de la moral positiva que se resisten a ser sometidos a criterios de fundamentación jurídica.

Por lo expuesto, las características y

defectos que nuestro ordenamiento jurídico ostenta hacen imperativo una adecuada difusión y cabal adopción de la teoría de los principios jurídicos. Tal esfuerzo podría traducirse en una mayor legitimidad de las decisiones jurídicas que supongan un mayor nivel de aceptación por los destinatarios e impulsaría una necesaria actividad creativa del Derecho en la figura del juez en ejercicio de su labor de interpretación jurídica.

## Notas

<sup>1</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 10, 1991, p. 101. Estos mismos planteamientos son recogidos posteriormente en el texto de los mismos autores, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 1996, p. 3.

<sup>2</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992, p. 23.

<sup>3</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. Op. cit., 1991, pp. 3 – 4. Este planteamiento ha sido recogido por Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel. 2000. p. 133, sobre el cual basa su desarrollo sobre los principios.

<sup>4</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 7. Madrid: Dykinson. 1998, p. 49.

<sup>5</sup> Al respecto, muchos autores sugieren dejar de lado la denominación de principios generales del Derecho para referirse a los principios jurídicos, en un intento por sacudirse de los cuestionamientos que la referida denominación creaba. Así, se les calificaba de oscuros, inexistentes o que, de existir, no podrían ser en ningún caso generales (al respecto, véase Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, pp. 20 y ss). En todo caso, se advierte un uso dispar de los términos para hacer referencia a dichos enunciados pues, mientras que la doctrina se refiere a ellos como principios jurídicos, los textos normativos y resoluciones judiciales los nombra como principios generales del Derecho. En nuestro caso, emplearemos el término de “principios jurídicos” salvo cuando hagamos referencia a textos normativos que mantienen la denominación de principios generales del Derecho.

<sup>6</sup> Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1998, p. 32.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 131 – 132.

<sup>8</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho. Cuarta reimpression de la primera edición. 1999, pp. 72 y ss.

<sup>9</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel. 1996, p. 9.

<sup>10</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 110.

<sup>11</sup> Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2° edic. Barcelona: Gedisa. 1997, p. 162.

<sup>12</sup> Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, pp. 40 – 42.

<sup>13</sup> Alexy, Robert. Op. cit., p. 162.

<sup>14</sup> Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1998, pp. 45 – 46.

<sup>15</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. Op. cit., 1996, pp. 8 – 9.

<sup>16</sup> Prieto Sanchís, Luis. Op. cit., 1992, p. 52.

<sup>17</sup> Gianformaggio, L., citada por Prieto Sanchís. Op. cit., 1992, p. 53.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 53 – 54.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 56.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, es perfectamente distinguible desde los mencionados planos, una norma como la contenida en el artículo 935° del Código Civil por el cual *el tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto*, de una norma como la contenida en el inciso 2) del

artículo 2º de la Constitución según la cual *nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*. Sin desmerecer la importancia de ambas normas, resulta evidente que cada una de ellas cumple funciones distintas en el sistema, por lo que resulta válido distinguirlas en su forma, función y contenido, aproximándose la segunda de ellas a lo que por principio entendemos, mientras que la primera sería nítidamente una regla.

<sup>21</sup> *Ibídem*, p. 134.

<sup>22</sup> Atienza & Ruiz Manero. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>23</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, 1998, p. 135 – 136.

<sup>24</sup> Atienza & Ruiz Manero. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>25</sup> *Ibídem*, p. 142.

<sup>26</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, 1992, p. 153.

<sup>27</sup> *Ibídem*, p. 161.

<sup>28</sup> Zagrebelsky entiende esta función como una distorsión introducida por el positivismo que hizo ver a las reglas como las verdaderas normas, mientras que los principios serían un “plus”, que actuaría como una válvula de seguridad para cerrar el sistema. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 117).

<sup>29</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *Op. cit.*, 1996, p. 20.

<sup>30</sup> *Ibídem*, p. 23.

<sup>31</sup> *Ibídem*, p. 25.

<sup>32</sup> El fraseo de este artículo es idéntico a la disposición contenida en el inciso 6 del artículo 233 de la Constitución de 1979.

<sup>33</sup> Solo a manera indicativa, cabría extraer un párrafo de los argumentos esgrimidos en el seno de la comisión: “ *y solo en la hipótesis que no puede encontrarse esa norma, se tendrá en cuenta entonces los principios generales del derecho, esto es, los principios de estructuración del Derecho Civil y del sistema general del Derecho vigente, así como las opiniones prevalecientes en la comunidad jurídica sobre los aspectos que configuren la laguna legislativa. Estos principios son, por su misma naturaleza, susceptibles de aplicarse con la mayor amplitud y flexibilidad*”.