

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

ISSN 1851-0590

TEMA SELECCIONADO

Prerrogativas y garantías del poder público

Las prerrogativas de la Administración y las garantías del contratista en un Estado Constitucional de Derecho

Por Juan Carlos Morón Urbina

Potestades públicas y derechos humanos. Teoría Jurídica

Por Ismael Mata

La buena administración y la morigeración (¿agonía?) de las prerrogativas de poder público en la contratación pública

Por Martín Galli Basualdo

Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos, con especial referencia al contrato de Participación Público-Privada

Por Ariel Cardaci Méndez

Por Ariel Cardaci Méndez

ESTUDIOS

Para una teoría de los principios jurídicos

Por Alejandro Vergara Blanco

La categoría institucional del acto administrativo

Por Osvaldo H. Bezzi y Lucas M. Rueda

Aproximaciones sobre el derecho a la ciudad, gobernabilidad en la megalópolis Buenos Aires y sus garantías

Por Isaac A. Damsky

Breves reflexiones sobre la distribución de competencias en el Sistema Federal Argentino

Por Raúl L. Montero

Desafíos actuales del procedimiento administrativo frente a la desburocratización y simplificación normativa de la actividad del Estado

Por Leandro G. Salgan Ruiz

La falta de sistematicidad en la regulación del pago previo en el Código Contencioso Administrativo bonaerense

Por Franco R. Alaniz

La potestad sancionadora de la Administración, fundamento y régimen jurídico

Por Alejandro G. Lalanne

El recurso de apelación frente a determinaciones fiscales ante el Tribunal Fiscal de Apelación bonaerense y la garantía del acceso al contencioso fiscal

Por Germán R. Cañete y Benjamín Dufourc

El interés público debilitado y su necesaria revitalización: aproximaciones acerca de su contenido actual

Por Martín R. Espinoza Molla

LEGISLACIÓN ANOTADA

Binarismo, demografía y representatividad

Por Horacio J. J. Piombo

Los alcances del Principio de Progresividad en materia de derechos sociales.

Por Pablo J. Conte Grand

La normativa bonaerense sobre Contratos de Participación Público-Privada

Por Álvaro B. Flores

ABELEDOPERROT

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tomayo

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)

Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

Una publicación de
Abeledo Perrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC)
Buenos Aires
Argentina

ISSN 1851-0590
RNPI 5074816

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© ABELEDOPERROT S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: 0810 222 5253

Ventas

Casa Central
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

Local I Facultad de Derecho - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Centro Digital Legal One
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4803-2468

tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

ABELEDOPERROT

SUMARIO

TEMA SELECCIONADO: PRERROGATIVAS Y GARANTÍAS DEL PODER PÚBLICO

Las prerrogativas de la Administración y las garantías del contratista en un Estado Constitucional de Derecho	
Por Juan Carlos Morón Urbina	817
Potestades públicas y derechos humanos. Teoría Jurídica	
Por Ismael Mata	839
La buena administración y la morigeración (¿agonía?) de las prerrogativas de poder público en la contratación pública	
Por Martín Galli Basualdo	853
Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos, con especial referencia al contrato de Participación Público-Privada	
Por Ariel Cardaci Méndez	873

ESTUDIOS

Para una teoría de los principios jurídicos	
Por Alejandro Vergara Blanco	897
La categoría institucional del acto administrativo	
Por Osvaldo H. Bezzi y Lucas M. Rueda	907
Aproximaciones sobre el derecho a la ciudad, gobernabilidad en la megalópolis Buenos Aires y sus garantías	
Por Isaac A. Damsky	949
Breves reflexiones sobre la distribución de competencias en el Sistema Federal Argentino	
Por Raúl L. Montero	965
Desafíos actuales del procedimiento administrativo frente a la desburocratización y simplificación normativa de la actividad del Estado	
Por Leandro G. Salgan Ruiz	975

PARA UNA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Por ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Si se estudia la controversia que despierta en el derecho contemporáneo el tema de los principios generales del derecho, no puede ignorarse la obra escrita al respecto por Franck Moderne¹. Al abordar la legitimidad del recurso a los principios generales del derecho con la mirada propia de un jurista, marca distancia de los aportes que a esta cuestión han entregado las ciencias fronterizas (como la filosofía del derecho), valiosos pero carentes de la perspectiva epistemológica necesaria para aproximarse a la función de los principios en la praxis jurídica. Franck Moderne no cede a la tentación de muchos juristas que al analizar este tema asumen alguna de las siguientes dos actitudes: o se quedan en un franco legalismo (buscando los principios en medio de las leyes, como si fuesen lo mismo) o se escapan a la filosofía (buscando los principios en sus propias convicciones).

Parece entonces oportuno insistir en la necesidad de prestar atención a la técnica de los principios generales del derecho, tema sobre el cual los autores administrativistas casi sin excepción han cerrado sus ojos en nuestro país. Es la jurisprudencia la que ha ido, poco a poco, con cierta lentitud y circunspección, mostrando tímidamente una apertura a abandonar su ya arcaica actitud de hiper legalismo; de ello han sido muestras relevantes decisiones de los últimos años, en que nuestros jueces ya se han acostumbrado a ir "más allá" de la ley, pero con la razonabilidad y compañía de esta técnica de los principios generales del derecho. Y ello, casi sin que una amplia porción de la doctrina se halla dado cuenta.

Esta antigua actitud recelosa de la jurisprudencia con los principios generales del derecho en los casos administrativos podía ser considerada coherente en medio del recurso de casación, el más legalista de los recursos, según el cual la infracción "del derecho" es equivalente a la infracción "de las leyes", recurso que no ofrece casi ningún abono a esta técnica; pero, los principios jurídicos, de un modo casi silencioso, han ayudado a nuestra jurisprudencia a rehuir de dos extremos: del *literalismo* (que a veces es solo aparente o una mera excusa retórica) o de un velado activismo filosófico o ideológico de las ideas del propio juez (que es una actitud anti-democrática). Pues, como queda en evidencia en la obra que Franck Moderne le dedicó al tema, el recurso a los principios fortalece el Estado de derecho y la democracia².

¹ Un listado de los trabajos de Franck Moderne sobre teoría del derecho, en especial aquellos relativos a principios, están listados en: "Movement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne", Dalloz, París, 2004, p. X; y casi todos ellos están traducidos por mí (MODERNE, Franck, "Principios generales de derecho público", trad. de Alejandro Vergara Blanco, Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, y "Principios generales de derecho. Método y aceptación en Derecho Administrativo y Constitucional", trad. de Alejandro Vergara Blanco, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2017 [igual a Moderne 2005, corregido y con nuevo prefacio, que en parte transcribo al inicio]).

² Véase mi nota a la edición, en MODERNE, Franck, "Principios generales de derecho...", cit., p. 16.

Mi intento es ofrecer algunos argumentos para una teoría de los principios generales del derecho³. Este artículo no solo es mi contribución a su homenaje, sino que además es notorio que sigue la senda que sobre el tema abrió Franck Moderne.

I. Introducción: los principios jurídicos como fuente de derecho

I.1. Valores de justicia material, más allá de la ley

El Derecho no está formado únicamente por normas positivas, sino también por principios jurídicos que tienen una relevada importancia por la falta de sistematicidad y gran variedad de normas, de distinta jerarquía y con contenido diverso, que intentan regular con plenitud cada realidad jurídica sectorial o especial; cada trozo singular de la vida en sociedad.

Detrás de estos principios jurídicos están, por cierto, los valores materiales y morales de las sociedades contemporáneas; en los cuales se sustenta toda rama del Derecho. Pero en cada rama adquieren una identidad o fisonomía propia, pues tienen que ver con una tecnicidad particular de las instituciones de cada especialidad del Derecho. Cuando nos referimos a un principio específico, nos estamos refiriendo a unos concretos y específicos valores o sentimientos o convicciones populares, que, en su contraste con el dato objetivo que es la ley (que regula cada relación jurídica) y el dato subjetivo, los derechos subjetivos (lo que esperan y entienden los ciudadanos por una relación justa, cierta o segura), encuentran su verificación práctica.

I.2. Los principios como obra de la jurisprudencia y doctrina

Los principios jurídicos que inspiran el ordenamiento jurídico, son fruto y desarrollo de la vida jurídica; "no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del Derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y de la doctrina, actuando en recíproca interrelación"⁴.

La conciencia cada vez mayor de la relevancia de los principios es notoria en las más maduras reflexiones actuales de la doctrina y la teoría del derecho⁵.

II. Conocimiento y aceptación de la función de los principios en nuestra cultura jurídica

II.1. Conocimiento y reconocimiento de los principios

En nuestro país falta una conciencia social y erudita de los principios jurídicos como fuentes del Derecho. Los principios constituyen un producto cultural precioso que ofrecen los jueces y juristas; están más allá de las leyes, de cada propuesta filosófica (iusnaturalista, positivista, o de cualquier otra filosofía militante), y lejos de las convicciones internas del intérprete; están en la realidad inmanente del derecho vivido en sociedad, cuyo reconocimiento marca el pulso de

³ Argumentos que también ofrezco en VERGARA BLANCO, Alejandro, "Teoría del derecho", Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de derecho administrativo", Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. I, p. 91.

⁵ Vid. el espléndido trabajo de madurez de Cassagne (CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, y "Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, passim).

cada sociedad. Su reconocimiento y la conciencia de su relevancia en nuestro sistema de justicia puede darle otro tono a nuestra democracia: más densa, más robusta, más justa.

En la jurisprudencia (de los jueces en su conjunto) y en la doctrina (de los juristas intelectuales eruditos, en sus tratados) se descubre (a través de la interpretación y de los principios) una de las dimensiones y fuentes más palpitante del Derecho en la sociedad: el espíritu del pueblo, el derecho vivido (que es distinto a la ley; es la llamada "costumbre"). Ambos se distancian, así, de la ley, por la vía de los principios que viven en medio del pueblo. Los roles de jueces y juristas en la democracia son similares (ayudan al sistema de derecho en la resolución de conflictos) y su imperativo es la tolerancia al sistema de fuentes, compuesto por la ley (interpretándola) y los usos sociales o costumbres (principios ponderándolos). En el caso de los principios, los jueces y juristas más bien los descubren y no los crean o inventan de sus propias convicciones; de ahí la necesidad de que ambos no se politicen, pues así no "manipulan" tales principios. Los aportes de estos actores del mundo jurídico sirven como conexión entre el sentimiento popular y el legislador, y constituyen una real manifestación de la conciencia social de su tiempo; de ese modo cumplen y completan el rol de fuente del Derecho que tiene sus respectivas tareas.

Y ese mejor conocimiento de los principios, al nivel doctrinario, debe ser por especialidades.

2. Los principios en los escritos de juristas

Es curioso el fenómeno en la doctrina nacional, pues pareciera que esto de los principios solo fuese tema de filósofos del derecho militantes de alguna tradición filosófica, pero los filósofos muy pocas veces (o casi nunca) "descienden" a la praxis de la aplicación o adjudicación del derecho. No obstante, la tradición positivista niega la existencia de los principios⁶; y la tradición iusnaturalista los conecta con la verdad revelada o racional, según los casos⁷. Sin perjuicio de la validez filosófica de tales planteamientos (que aquí no se analiza ni se pone en duda), esa no es una respuesta que rinda frutos en la praxis de la aplicación de las fuentes democráticas del derecho.

Es curioso que en la Doctrina comparada existan al menos cinco tradiciones muy destacadas de los principios:

- i) la más famosa, la iniciada por Dworkin del derecho anglosajón, con ejemplos jurisprudenciales de EE. UU., en especial;
- ii) la tradición de la doctrina alemana, de Europa continental, a partir de los trabajos de Esser, Larenz y últimamente, en especial, de Alexy;
- iii) en Italia, existe igualmente una tradición de autores preocupados de los principios; desde Betti, Del Vecchio, e incluso Bobbio, Guastini, es indiscutible el tema y los análisis sobre principios;
- iv) en España, del trabajo de García de Enterría, y de la propuesta más completa de Atienza y Ruiz Manero⁸; y,
- v) Francia es un caso muy especial, pues no se ha producido un franco reconocimiento doctrinario primero (como en los casos anteriores); existe una escasa teorización de la doctrina francesa al respecto, pero sí se ha generado anticipadamente (y con un uso explícito de la terminología (*principes généraux du droit*) un reconocimiento expreso y constante por la jurisprudencia, tanto de derecho administrativo (en el *Conseil d'État*) como de derecho constitucional (en el *Conseil Constitutionnel*).

⁶ Véase SQUELLA NARDUCCI, Agustín, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", en CARBONELL, Pablo-COLOMA, Rodrigo - LETELIER, Raúl (coords.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Ed. AbeledoPerrot, Santiago, 2013, p. 23: "no hay más derecho que el derecho positivo".

⁷ Véase CORRAL TALCIANI, Hernán, "Prólogo", en ALCALDE, Enrique, *Los principios generales del derecho*, Ed. UC, Santiago, 2003, ps. 9-17.

⁸ ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, "Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos", Ed. Ariel Derecho, España, 1996.

Esa tradición comparada es riquísima, y toda esa jurisprudencia y todos esos textos doctrinarios están a la vista de los autores nacionales; pero esos textos pasan en buena parte desapercibidos, como si fuera un tema de filósofos o de las tradiciones extranjeras, pero sin utilidad en la escena de fuentes nacional; en especial, es notorio ese desapercibimiento por los especialistas de la lagunosa disciplina del Derecho Administrativo, el mayor caldo de cultivo de la técnica de los principios jurídicos a nivel de derecho comparado. Se desconoce, o se niega, o se olvida la teoría y técnica de los principios jurídicos. En efecto, pareciera que hay olvido o desinterés en Cordero⁹; y en Cordero y Aldunate¹⁰; especialmente este último texto, dedicado precisamente a las "fuentes" del derecho chileno, ni siquiera se los menciona. Hay otro caso, en que expresamente se ofrece un desarrollo de la técnica, como fuente no escrita: Bermúdez¹¹.

Unas notables Jornadas, desarrolladas en 2013 (editadas por Carbonell, Coloma y Letelier), dedicadas a los principios (constituyen una verdadera excepción al curioso desinterés sobre el tema en nuestro país); pero, al revisar sus actas, podemos apercibirnos que pareciera que podría concluirse de ellas que en algunos casos fueron más bien dedicadas a negar tal técnica; pues casi todos los autores que concurrieron a ellas sostienen que los principios son equivalentes a reglas; esto es, reafirman la tradición analítica del positivismo filosófico que niega la existencia de principios.

A pesar de la mala fortuna de los principios en su teorización o racionalización en nuestro país, los jueces parecen utilizar de modo constante esta técnica de los principios en muchas de sus sentencias; y lo hacen con total naturalidad, de un modo silente, y con tal perspicacia, que ni cuenta se da nuestra doctrina que es en verdad esta técnica la que utilizan los jueces, y que en todos los casos en que observan lagunas o casos difíciles no están siendo nada legalistas (ello es obvio, pues no hay enunciado que citar en estricto rigor; aunque por aquí o por allá algún texto legal mencione a la pasada tales sentencias).

Ante esta práctica silente, pero legítima (democráticamente, como se dice), cabe entonces desenmascarar doctrinariamente este interesante y sustancioso hábito jurisprudencial, legítimo por lo demás, pero necesitado de un escrutinio fidedigno y perspicaz de su racionalidad. Ya no podemos seguir viviendo bajo el mito de que los jueces solo y únicamente aplican las leyes (y que por lo tanto son única y supuestamente legalistas); eso no es exacto, pues son también principialistas; y eso no es ningún pecado democráticamente hablando, en la medida que la discrecionalidad que los jueces ejercen al utilizar esta técnica, se mantenga dentro de los márgenes de racionalidad de lo que debamos entender por principios: un margen de lo que, en la conciencia popular, puede reemplazar democráticamente a una inexistente ley.

Pues, al poner ante la luz la efectiva aplicación de esta técnica, nos permitiría aplicar una crítica correspondiente; y distinguir, por ejemplo:

1) Por un lado, la aplicación de las reglas (leyes), cuando existen, las cuales se interpretan; de la aplicación, por la vía de su descubrimiento, de los principios, los cuales tienen otra técnica (ya no la interpretación): se ponderan¹²;

2) ¿De dónde surgen los principios? No de las reglas (son distintos); no de la ideología personal del juez (eso es antidemocrático); ¿de la conciencia popular? ¿Son inmanentes al sistema?;

3) Habría que hacer catálogos de reglas, por un lado; y de principios, por otro;

4) Tipos de principios o de fenómenos o entidades similares o cercanos a los principios: los estándares; directiva; cúmulos de reglas; derechos fundamentales, por ejemplo, no son principios, pero se los confunde; en fin,

5) ¿Son especiales, de cada disciplina? ¿Son generales? Es lo que se explica a continuación, al analizar el lugar de los principios en la estructura de fuentes y sus funciones.

⁹ CORDERO VEGA, Luis, "Lecciones de derecho administrativo", Ed. Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2015.

¹⁰ CORDERO, Eduardo - ALDUNATE, Eduardo, "Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno", Ed. Legal Publishing, Santiago, 2013.

¹¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Derecho administrativo general", Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2014.

¹² Véase los aportes de Dworkin y de Alexy en este sentido.

III. Los principios en medio de la estructura de las fuentes del derecho

III.1. *Dos son las fuentes democráticas del derecho: leyes y principios*

Es curioso y sintomático observar, entonces, esa ambigüedad y contradicción en que habitualmente incurren muchos textos doctrinales respecto de lo que sean los principios. Si bien es esta una misteriosa y polisémica expresión.

Cabe mostrar la relevancia que ostentan los principios en nuestra conciencia jurídica, paralela y no excluyente respecto de las leyes: ambos conviven como fuentes del derecho; cabe observar la fuerza paralela que cada uno de estos dos fenómenos (leyes y principios) tienen en nuestro sistema jurídico. El caso de las leyes nadie lo discute, pues por sí mismas tienen coacción, como fuente democrática del derecho; pero el caso de los principios casi nadie lo reconoce. Los principios tienen una fuerza parecida a las leyes, la que proviene de una democracia subterránea: del espíritu del pueblo, del sentimiento jurídico popular. Los principios, jurídicamente, se incrustan en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de los tribunales; de ahí que se suele decir que por sí mismos son una verdadera fuente del Derecho; pero más bien son una fuente indirecta, dado que necesitan del barómetro de jueces y juristas para aflorar a la escena del Derecho.

Por una parte, se suele apoyar con mucho énfasis el estricto apego al texto de las leyes, se señala que los jueces, frente a la ley, quedan atados a su texto. De ahí que se busca sustentar que es esencial la lealtad que el juez debe a la ley, en especial a su texto. Esa es la posición y el pensamiento del juez Scalia, quien le da relevancia casi exclusivamente a la ley, a su literalidad, a su interpretación razonable como se dice, pero el juez Scalia y quienes así lo sustentan, solo concentran su atención en la pura ley. Esa base de pensamiento es la que permite criticar, usualmente, a los jueces chilenos y en especial a algunos ministros de la CS, dada su tendencia a emitir fallos yendo "más allá de la ley".

Pero, y he aquí la clara pero interesante contradicción que se produce en quienes así piensan: usualmente, al mismo tiempo, se critica aquellas decisiones en que se quebrante ya no una ley, sino un principio, por ejemplo, el principio según el cual "a igual razón, igual disposición". Este último corresponde a un rancio brocardo o adagio jurídico no escrito, nunca incorporado textualmente en ley alguna; se trata de eso que llamamos principio jurídico, y que no está escrito; en una imagen, podemos decir de manera coloquial, que "andan flotando" en el imaginario jurídico de la sociedad y (es lo que marca su inmenso valor y densidad) que tiene el mismo valor que una ley escrita.

Encontrar esos principios constituye un gran desafío técnico para jueces y juristas. Ellos anidan en medio del espíritu del pueblo, de sus usos y costumbres (de las buenas y malas costumbres), en los pulsos de la sociedad y si ellos tienen la entidad y vigor como para reemplazar y sustituir a las leyes en caso de lagunas en casos concretos, han de tener esa misma carga valórica y de consenso que buscamos en la aprobación mayoritaria de las leyes. Por ejemplo, un juez no puede engañar a la sociedad incorporando en una sentencia sus meras apreciaciones personales; sería una conducta antidemocrática, el juez sería un peligro para la sociedad, pues tendría la pretensión de que su pura convicción se aplique a la sociedad toda. De ahí que cada vez que un juez se separa de la ley y se aventura en el terreno de los principios (que es el terreno del espíritu del pueblo) debe realizarlo con alguna mínima reverencia a ese pueblo del cual es su voz: indagando en esos brocados, en esos adagios, como a los que se suele recurrir.

III.2. *La técnica de los principios jurídicos: ¿epigramas en los que se condensa el espíritu del pueblo?*

Los principios jurídicos (esos que formulan los jueces cuando en su actuación observan y utilizan no solo el desnudo texto de la ley, sino que la totalidad de las fuentes o dimensiones del Derecho) esconden, en su clásica fórmula epigramática, tan resumida y breve, un poso o sedimento del espíritu jurídico del pueblo, de la conciencia jurídica popular que ronda en los usos y costumbres, de la tradición jurídica actualizada en la mente y decisión del juez. Es, en fin, el modo

que permite a los jueces cumplir la labor de "hacer justicia" (que es un valor), con o sin las leyes (normas) en aquellos casos en que no haya leyes, o sean poco claras, o sea inútil todo intento de búsqueda de un espíritu general de la legislación, pues siempre el juez habrá de emitir un fallo.

Apelar a los usos y costumbres del pueblo, o a la conciencia o al espíritu popular, es no solo romántico y democrático, sino que, además, real, verídico y necesario, pues ningún juez falla alejándose de lo que él cree que es el sentimiento de justicia popular, de ese pueblo del cual es parte. Los jueces (y los juristas también) suelen tener un barómetro de esos sentires jurídicos del pueblo. Ese es un buen juez, aquel que entiende que la ley no es su única herramienta de fuente, que al fallar no se basa en sus convicciones personales, y que se eleva a la búsqueda del sentir jurídico popular, esto es, hacia esos principios que están en medio de la convivencia social, y que muchas veces no se han positivizado.

Las fuerzas espontáneas del espíritu del pueblo son captadas a través de los principios jurídicos, verdaderos filtros que, bien calibrados, jueces (y juristas) manejan a la perfección. Ese es, en buena parte, el rol democrático de la Jurisprudencia y de la Doctrina; pues el más depurado producto cultural que jueces y juristas ofrecen a su comunidad son, precisamente, los principios jurídicos. Estos actores (jueces y juristas), naturalmente, desarrollan mecanismos para ir a su caza.

Entonces, pareciera que los jueces, cuando actúan razonablemente, no resuelven los juicios pensando en que su decisión esté politizando su función o incorporando valores personales o de cualquier corriente filosófica. Pareciera que la mente de los jueces, al fallar una causa, está puesta en el proceso, en la relación jurídica singular y en la disciplina que está detrás de ella (siendo relevante su experiencia en esa disciplina: civil, penal, laboral, etc.), en los hechos de la causa, en las instituciones principales; es de tales sitios que fluye el sentido de justicia (principio) que, según percepción y experiencia, emana del sentir popular y no con su sentir personal o íntimo. Esto último (esto es, que cada juez fallara de acuerdo a su personalísimo sentir) sería la degradación del valor social de la justicia; algo parecido a la justicia del Cadí, pero en este caso según el sentir de cada juez. Y, dado que los jueces son parte de nuestra democracia, la justicia más democrática es aquella que, ante la falta de ley, mira al espíritu del pueblo; y ese espíritu late en los principios jurídicos.

III.3. De los diversos significados de la expresión "principios"

Existen diversos significados para la expresión principios; incluso su denominación más usual es principios generales de Derecho¹³ (sobre lo general de los principios, véase párrafo subsiguiente); y es usual denominar como tales a los siguientes tres fenómenos:

- i) el caso de las exigencias morales, racionales o de derecho natural y que no han sido reconocidas como derecho positivo;
- ii) o de las proposiciones meramente descriptivas, de representaciones sintéticas de reglas, pero sin carácter normativo¹⁴; y
- iii) incluso, a veces, el propio legislador denomina "principios" a reglas que él mismo incorpora a una ley¹⁵.

En fin, en Teoría del Derecho no cabe considerar principios a esos tres fenómenos descritos; en este breve análisis solo considero como tales a aquellos que crea la Jurisprudencia y la Doctrina, como superadores de las reglas, en caso de lagunas y contradicciones insalvables, incorporando valores jurídicos distintos y separados de las reglas.

¹³ Vid. Una taxonomía en ATIENZA, Manuel - RUIZ MANERO, Juan, "Las piezas del derecho...", ob. cit., ps. 24-28.

¹⁴ Tales significados en MODERNE, Franck, "Actualité des principes généraux du droit", *Revue française de droit administratif*, 1998, y en AVRIL, Pierre - VERPEAUX, Michel (dir.), "Les règles et principes non écrits en droit public", Ed. Université Panthéon-Assas (Paris II) - LGDJ Diffuseur, 2000, ps. 47-78 (trabajo traducido y recogido en: *Moderne* 2005, ps. 68-117; y *Moderne* 2017, ps. 63-112).

¹⁵ Me refiero a ese mal hábito, en VERGARA BLANCO, Alejandro, "Teoría del derecho", Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2018, §4, III, 2, c.

Los principios jurídicos que inspiran el ordenamiento jurídico son fruto y desarrollo de la vida jurídica; "no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del Derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y de la doctrina, actuando en recíproca interrelación".

III.4. De la técnica de la interpretación a los principios jurídicos inmanentes

La técnica o el arte de la interpretación no se ha de desconectar ni de lo objetivo ni de lo subjetivo, pues, en seguida, se reconecta con la tarea de producir respuestas llenas de valores, los que se concentran en los principios jurídicos. Pero, no los valores del intérprete, sino aquellos principios que una sociedad, en un momento determinado, acepta para todos. Solo después de un análisis de los datos (de una armoniosa amalgama de normas, hechos jurídicos: *factum*, una interpretación racional, y resistematizando los criterios jurisprudenciales), los juristas y los jueces pueden ofrecer lo más propio de su tarea germinadora de fuentes del Derecho, a través de los principios jurídicos. Los principios jurídicos son inmanentes, pues se circunscriben a los límites de la experiencia posible en medio de las fuentes del Derecho¹⁶. Los principios jurídicos no los obtiene el jurista o el juez de la nada (esto es, de su mera y espontánea especulación); ni solo de los textos, ni solo de sus íntimas convicciones, ni solo del sentir popular: son el fruto de un proceso que la Teoría del método observa.

III.5. El procedimiento especificado y técnico a través del cual jueces y juristas descubren los principios jurídicos

¿Cómo es que el juez puede llegar a determinar el espíritu del pueblo en una sentencia? No cualquier ciudadano tiene la profundidad de pensamiento, y técnicamente afinada la sensibilidad jurídica como el juez y el jurista para hacerlo. Para ello existe un instrumental técnico que ambos utilizan con total naturalidad. El proceso pareciera que comienza, en cada caso, reconociendo en una masa de hechos brutos una relación jurídica singular (o singularizable), a la que el juez desde un inicio identifica según la naturaleza de ese caso (civil, penal, laboral, etc.), luego a través de las instituciones jurídicas el juez se acerca a la eventual normatividad; y en caso de que esta última no exista (lagunas), incorporará principios jurídicos. Así, hay todo un camino que recorre el juez: los hechos, la relación jurídica, las instituciones jurídicas, la eventual norma y, en fin, los principios jurídicos. Cuando ha llegado al fin del camino, el juez ya trae todo un arrastre de información sobre las singularidades del caso y los valores ínsitos en el mismo. Ello, unido a su sensibilidad, a su experiencia y conocimientos técnicos, le permite transformarse en el filtro que conecta, como vasos comunicantes, al espíritu del pueblo con aquella epigramática fórmula que todos llamamos principios jurídicos.

IV. Funciones de los principios jurídicos y dificultades de su hallazgo y uso

IV.1. Tres tipos de principios: los de cada cual, los legalizados y los principios "generales" del derecho

Cabe advertir la existencia de tres categorías de principios jurídicos, esto es, los principios filosóficos (abstraídos por cada autor desde sus propias convicciones), los principios legalizados

¹⁶ Inmanentes en el sentido de KANT, Immanuel, "Crítica de la razón pura", trad. de Pedro Ribas, Ed. Taurus, Madrid, 1787 (2005), p. 299, quien llama "inmanentes a los principios cuya aplicación se circunscribe totalmente a los límites de la experiencia posible"; y "trascendentes a los principios que sobrepasan esos límites".

creados con base en las normas (como amasijos de leyes) y los principios jurídicos, descubiertos por el juez y la doctrina del espíritu del pueblo.

En tal contexto, el juez tiene tres opciones o posibilidades para resolver los casos sujetos a su conocimiento:

i) utilizar principios filosóficos de militancia o sentir individual del juez (los cuales, además, son muy abiertos), en concreto, operan en el corazón de cada hombre;

ii) emplear los principios legalizados, es la Política (como disciplina y actividad) la que opera a través de cada texto legal, fruto de la decisión parlamentaria, que establecen un principio un poco más especificado, se trata de principios que el legislador ha materializado en las leyes mediante un acto de interpretación; y

iii) aplicar los principios jurídicos, es el Derecho (como actividad de jueces y juristas y como disciplina) la que completa el fenómeno jurídico en nuestra sociedad, incorporándolos en sentencias y obras de Doctrina. Constituyen, además un método saludable de obtención de valores sociales. Son principios tecnificados y especificados, estos van más allá de la ley o de las leyes, de las convicciones, los que comúnmente se han llamado "principios generales del derecho".

Los jueces, en los casos complejos, realizan una búsqueda de principios jurídicos en medio del espíritu del pueblo, en los usos y costumbres, en el pulso de la sociedad, y a través de ellos, para resolver un conflicto jurídico singular (no de un modo general), sustituyen la falta o ambigüedad de las leyes; pues tales principios están investidos de una carga valórica y de aceptación social y democrática similar a la que se obtiene de la aprobación mayoritaria de las leyes en los parlamentos. Frente a este escenario de alternativas, cabe preguntarse cuál de estas tres categorías emplea el juez al momento de resolver un caso determinado. Estimo que los principios jurídicos formulados por los jueces debiesen condensar el espíritu del pueblo —así denominado por Savigny—, lo cual se alcanza observando y utilizando no solo el desnudo texto de la ley, sino que la totalidad de las fuentes o dimensiones del Derecho, el juez debe recoger la conciencia jurídica popular que ronda en los usos y costumbres, de la tradición jurídica actualizada en la mente y decisión del juez. Es, en fin, el modo que permite a los jueces cumplir la labor de "hacer justicia" (que es un valor), con o sin las leyes (normas) en aquellos casos en que no haya leyes, o sean poco claras, o sea inútil todo intento de búsqueda de un espíritu general de la legislación, pues siempre el juez habrá de emitir un fallo.

De este modo, si los jueces aplican los principios jurídicos en ausencia de ley, ellos han recogido el espíritu del pueblo, por lo tanto no cabe acusarlos de activistas, pues cumplen su labor natural, esto es, impartir justicia ante la ausencia de ley, pero con razonabilidad y con la discrecionalidad aceptada por el sistema democrático. Así, tampoco cabe acusarlos de activistas si los jueces en sus sentencias llaman principios a los creados sobre la base de normas, no, porque aquello es una mera aplicación de la ley. Ahora bien, en el caso que las sentencias apelen a principios filosóficos, sin conexión con la racionalidad o empleando los sentimientos propios del juez, la acusación será efectiva y en esos casos aquellos jueces estarían rompiendo la tarea democrática que les fue encomendada.

IV.2. Los jueces, ¿dictan sentencias más allá de la ley?

Lo que cabe preguntarse es si los jueces incorporan sus convicciones ideológicas personales en los fallos, o si lo que hacen (cada vez que van "más allá de la ley") es simplemente fallar mediante el hallazgo de principios jurídicos; lo primero, es deleznable; lo segundo, es legítimo y digno de elogio, no obstante que cabe hacer escrutinio de su razonabilidad. De ahí que un juez no puede incorporar su pura e íntima convicción en un caso o conflicto jurídico que, por mandado institucional, está llamado a resolver democráticamente: esto es, siguiendo las fuentes democráticas del derecho: ley o principio. Y esto vale para todos los jueces; ya sean los jueces judiciales (de los Tribunales ordinarios y especiales), ya sean los jueces constitucionales (que integran el Tribunal Constitucional). Cada vez que un juez se separa de las normas (de la ley o de la Constitución) y se

aventura en el terreno de los principios (que es el terreno del espíritu del pueblo) debe realizarlo con alguna mínima reverencia a ese pueblo del cual es su voz: indagando en esos brocados, en esos adagios, en los valores, en la justicia material compartida por la sociedad de su tiempo, la que incorporará a su decisión por la vía de eso que llamamos principios.

Ahora bien, los jueces suelen usar la técnica de los principios con, al menos, tres propósitos: i) para rellenar lagunas (carencias, vacíos, ausencias de normas), lo cual es obvio; ii) para salvar inexactitudes, ambigüedades, contradicciones de las normas que existen; y, iii) para acuñar fundamentos señalando que el espíritu de la legislación es tal o cual, o para invocar la equidad natural, aplicando el art. 24 Cód. Civil.

A través de estas tres vías, que han estado usando los jueces en materias de poca o mucha densidad normativa (un ejemplo de poca densidad normativa y alta creatividad jurisprudencial es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración), se ha desarrollado una jurisprudencia hiperpretoria y principialista.

Usualmente los jueces esquivan mencionar o aclarar que, en ausencia de ley, usan la técnica de los principios, y dicen por ejemplo aplicar supletoriamente el Cód. Civil, o citan alguna otra ley cuya lejanía con el caso es observable, pero la cita de tal código o ley suele ser innecesaria, pues en verdad el juez dicta su sentencia apelando a algún criterio de justicia contenido o que inspira alguna norma del mencionado texto. Por otro lado, hay una gran tendencia a citar normas; no suelen decir los jueces que no existen normas, quizás para evitar la nulidad de sus fallos.

IV.3. Lo general o especial de los principios

A lo largo de la carrera de Derecho, se les enseña a los alumnos que los principios jurídicos son una fuente "general" a todo Derecho, esto es, que cruzan a todas las disciplinas jurídicas; ejemplo de ello sería el "principio" de la buena fe. Cabe revisar este supuesto carácter general de los principios, pues aunque se los haya considerado por décadas generales, en realidad no cruzan todo el Derecho (todas las disciplinas dogmáticas), como se suele creer y decir [como si fuesen universales¹⁷], sino que los principios son propios de cada disciplina especial: son singulares, específicos, especiales; eso fluye prístino al observar con perspicacia las estructuras internas del fenómeno jurídico.

Este aspecto es sin duda polémico, pues la especialidad que veo en los principios choca con toda la tradición de autores, leyes y jurisprudencia que los ha venido considerando y llamando generales (aparentemente, sin demasiada conciencia de su real entidad). Esta precisión teórica es de gran relevancia para la práctica de juristas y jueces, pues las tradiciones filosóficas usualmente discuten respecto de los principios sobre la base de que estos son generales (en el sentido de universales a todo el Derecho) y ello desajusta la tarea de la Doctrina y de la Jurisprudencia, pues ambas operan desde la especialidad.

Detrás de estos principios jurídicos están, por cierto, los valores materiales y morales de las sociedades contemporáneas; en los cuales se sustentan las distintas disciplinas del Derecho. Pero en cada rama adquieren una identidad o fisonomía propia, pues tienen que ver con una tecnicidad particular de las instituciones de cada especialidad del Derecho.

IV.4. Los principios operan de manera diferente en cada disciplina jurídica

Pareciera que en algunos ámbitos (disciplinas con textura más abierta), se justifica y se produce naturalmente una aplicación más intensa de los principios jurídicos, por las características

¹⁷ Esto, por lo demás, ya lo observó BOBBIO, Norberto, "Saggi sulla scienza giuridica", Ed. Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 111, lo "general" de los principios no es respecto de todo el ordenamiento; eso sería un principio universal, dice Bobbio, como aquellas características que postula la filosofía del Derecho Natural (principio de justicia, por ejemplo).

del ordenamiento legal, carente de una sistemática codificadora. En el caso de la disciplina del Derecho Administrativo se ha ido construyendo como una especialidad del Derecho, a través de la obra creadora de la jurisprudencia, cuyo ejemplo paradigmático es el del Consejo de Estado francés, la cual se fue construyendo a través, precisamente, del enunciado de principios jurídicos que se convirtieron en la piedra angular del ordenamiento del Derecho Administrativo contemporáneo: el principio de legalidad, de control judicial y el respeto de los derechos subjetivos de los particulares, en los cuales se sustenta actualmente dicha disciplina. Hay otros casos, como la disciplina del Derecho Penal, cuya textura es a densidad máxima, en que la presencia de los principios jurídicos más bien podría subvertir los objetivos de la misma, basados en la plena legalidad y tipicidad, como estructura, garantía y finalidad social. En suma, los principios operan de diferente modo en cada disciplina especializada del derecho¹⁸.

IV.5. Los principios como técnica propia y también tarea de la doctrina

Las tareas que suelen realizar aquellos intelectuales que llamamos juristas eruditos se enmarcan, entre otras labores esenciales, en la construcción de la doctrina jurídica, quienes dedican sus esfuerzos a: diseñar cada disciplina jurídica, a formular teorías e instituciones y a descubrir y explicar los principios jurídicos, instrumentos con los cuales se llenan los vacíos de las reglas. Esta última misión es llevada a cabo por los juristas especialistas en alguna disciplina, quienes, junto con ofrecer teorías o modelos teóricos de solución de problemas jurídicos difíciles, diseccionan los principios, tarea de significativa relevancia y que se encuentra a cada paso en todo libro de doctrina jurídica.

V. Conclusiones: observación de la praxis y principios jurídicos

Es de suma relevancia para el desarrollo de la teoría de los principios jurídicos la observación de la praxis jurisprudencial de los tribunales de justicia. Esta permite entregar una visión acerca de los tipos de principios jurídicos que nos proporciona la judicatura y el procedimiento empleado para el logro de dicho fin. Y este análisis cabe realizarlo en cada disciplina jurídica, pues ahí se nota la especificación de la adjudicación del derecho por los jueces, y su depurada especialización. Cabe además observar de un modo más delicado esta práctica judicial; pues:

- 1) solo en apariencia los jueces son puramente legalistas, si bien suelen citar leyes para fundar sus sentencias, pero el más leve escrutinio o análisis de sus considerandos permite percibirse lo lejos que se encuentran tales sentencias del enunciado o texto legal que citan, y que declaran "seguir";
- 2) en verdad pareciera que los jueces son *principalistas* en muchos casos; en especial cuando las leyes no dan solución directa, pero los jueces no lo dicen, no lo reconocen; o lo ignoran; y creen que interpretan una ley; pero en verdad lo que hacen es constatar, descubrir un principio.

IV.2. Los jueces,

Lo que cabe preguntarse es si los jueces incorporan sus convicciones ideológicas personales en sus decisiones. En la práctica, los jueces incorporan sus convicciones ideológicas personales en sus decisiones, pero esto no es necesariamente malo. Lo que sí es malo es cuando los jueces incorporan sus convicciones ideológicas personales en sus decisiones, pero esto no es necesariamente malo. Lo que sí es malo es cuando los jueces incorporan sus convicciones ideológicas personales en sus decisiones, pero esto no es necesariamente malo.

¹⁸ Este argumento de la especialidad de los principios lo desarrollo en VERGARA BLANCO, Alejandro, "Teoría del derecho", ob. cit., §6, IV.