

REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO

ENRIQUE BARROS *

I

La doctrina jurídica ha vacilado permanentemente entre dos formas de entender el derecho: (1) la comprensión a partir de principios, de los cuales se derivan por argumentación los otros componentes del orden jurídico, y (2) su descripción como un conjunto de reglas concretas y relativamente particularizadas.

La distinción entre reglas y principios discrimina entre diversos tipos de directivas o pautas de conducta. No se refiere al problema clásico de si el derecho debe ser entendido desde el punto de vista de su fundamentación o legitimidad, como afirman las doctrinas del derecho natural, o de su realidad como instrumento de ordenación, como afirman las teorías del derecho positivo.

Pero si bien las distinciones entre derecho natural y derecho positivo, por un lado, y entre reglas y principios, por el otro, corresponden a diferentes preguntas, es posible establecer ciertas correlaciones entre ellas. Las doctrinas del derecho natural plantean la pregunta por la fundamentación del derecho y su forma usual de razonar es partir de principios. Las teorías del derecho positivo ignoran los problemas de fundamentación, limitándose a describir los caracteres comunes de los derechos positivos vigentes, y tienden a adoptar como unidad de análisis las normas o las reglas.

Este trabajo atiende sólo implícitamente a tales correlaciones. Su objetivo es mostrar las diferencias entre el comportamiento conforme a una regla y el que sigue a un principio. Luego se plantean algunas

* Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Munich.

tesis acerca de la forma como las reglas y principios coactúan en un sistema jurídico.

II

Uno de los temas más recurrentes del derecho, la filosofía moral y las ciencias sociales es el dilema entre elasticidad y precisión de las pautas de conducta.

Si se recorren esas disciplinas se comprueba que los principios y valores; por un lado, y las reglas o normas, por el otro, son los conceptos que mejor expresan, respectivamente, esas características de elasticidad y precisión.

Las reglas o normas son entendidas como directivas precisas, cuya aplicación es más bien "formal", "lógica", "mecánica", "literal" y "restrictiva". A los principios se asocia, por el contrario, una aplicación "argumentativa", "teleológica", "creadora" y "evolutiva".

En verdad, la distinción es típica y no clasificatoria. Las reglas pueden ser imprecisas por la vaguedad de su formulación o por lo sorpresivo e impredecible de las situaciones en que se aplican. A su vez, la argumentación a partir de un principio puede ser bastante conclusiva, especialmente en situaciones límites, como lo muestra el desarrollo comparado del derecho constitucional.

De hecho, entonces, las reglas y los principios pueden ser mejor concebidos como extremos de un continuo, que como alternativas radicales de ordenación. Con todo, la distinción es ilustrativa de formas diferentes de actuación del derecho y, en general, del orden social.

La actuación de un principio es usualmente más imprecisa que la de una regla. Una regla puede definir con bastante exactitud las condiciones de su aplicación. Las normas del tránsito que fijan velocidades máximas, las que establecen los plazos procesales o señalan la forma de ejecutar ciertos actos son típicas en tal sentido. Por el contrario, un principio, con el de buena fe o el del debido proceso, contiene sólo orientaciones generales, sin precisar los casos o situaciones particulares a los que se aplica.

Expresado en términos lógicos, a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos "mejor" y "peor", mientras que a las reglas subyace una lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa "sí/no".

Esta diferencia hace de los principios factores activos, dinamizan-

tes, que son usados para fundamentar decisiones o reglas particulares. Un principio es el punto de partida de una argumentación. Es el sustento de un razonamiento que orienta el entendimiento hacia una conclusión más particular.

La regla, por el contrario, puede ser concebida como una pauta de conducta cuya aplicación es más neutral, pues no exige deliberación. Ello se expresa en la formulación lingüística de las reglas como juicios hipotéticos: dada cierta circunstancia, se debe actuar de cierta manera. Por eso, la aplicación de la regla es, típicamente, un problema de constatación de los hechos y no uno de razonamiento.

Atendida su función, los principios no se expresan en juicios hipotéticos, como las reglas, sino en juicios categóricos. Mientras la regla se expresa en la fórmula "si a, entonces b", el principio contiene una prescripción implícita que, dicho metafóricamente, aspira a ser aplicada en todas las situaciones posibles.

La expresión categórica de un principio, sin embargo, no impide que otro principio, enunciado también en forma categórica, actúe en un sentido contrario. Caso típico son los conflictos entre libertad e igualdad, entre seguridad jurídica y buena fe, entre soberanía popular y constitucionalismo. En suma, posee pleno sentido afirmar que dos principios son contradictorios entre sí y, sin embargo, son simultáneamente válidos. La idea de justicia, aplicada al orden social, busca precisamente encontrar una ordenación y equilibrio entre diversos principios.

Algo distinto ocurre con las reglas. Si una regla prescribe que se debe pagar un 20% de impuesto a las ventas y servicios y otra posterior señala que se debe pagar un 10%, se estima que la segunda regla deroga tácitamente a la primera, pues el solo hecho de que sean contradictorias provoca la invalidez de alguna de ellas. Las técnicas para resolver conflictos entre reglas (derogación tácita, jerarquía, especialidad) se basan precisamente en la idea de que dos reglas incompatibles no pueden coexistir.

Las reglas, al expresarse típicamente en la alternativa "sí/no", establecen una especie de esquematización binaria, que es la más simple de las formas de pensar. Por eso, el modelo de las reglas no soporta contradicciones. Así, un sistema de reglas formuladas en un lenguaje suficientemente preciso es idealmente algo muy similar a un modelo cibernético.

Sin embargo, el modelo de las reglas debe hacerse cargo de las dificultades que pueden surgir al aplicar un precepto. La vaguedad de la formulación o la imprevisibilidad de las situaciones impiden frecuentemente que la aplicación sea un acto puramente "lógico". De ahí que se afirme que todo acto de aplicación pueda implicar simultáneamente un acto de creación. La aplicación propiamente tal se mueve en el campo de lo unívoco y de lo previsible. Más allá de eso, ocurre un acto de creación que no sigue criterios jurídicos preestablecidos. Técnicamente, lo que no es aplicación de una regla aparece como decisión discrecional.

El modelo de los principios, por el contrario, tiende a entender la aplicación del derecho como un acto de razonamiento, que se expresa en una argumentación. Desde esta perspectiva, toda decisión debe ser justificada. La idea de decisión correcta excluye necesariamente el decisionismo y la discrecionalidad. Aun los casos más atípicos deben ser resueltos de conformidad a algún criterio aceptable, que justifique la decisión.

III

Un buen camino para analizar el valor relativo de las reglas y de los principios en el derecho consiste en imaginar un orden jurídico compuesto solamente por unas u otros.

La doctrina positivista ha afirmado desde hace casi 200 años que el derecho es un sistema de reglas, predominante o exclusivamente creadas por el poder público. La fuerza de convicción de esta teoría radica en el hecho, bastante evidente, de que toda sociedad relativamente estable posee reglas jurídicas precisas acerca de la mayoría de los aspectos claves de la vida social: la atribución y organización del poder público; las conductas penadas; la forma de la propiedad y la extensión de los derechos que a ella se vinculan; los otros derechos básicos de las personas; los efectos de los contratos; el manejo de la economía nacional y muchas otras materias.

La mayoría de estas reglas son seguidas por las personas, los funcionarios y los jueces, sin preguntarse por su justificación. Ellas son consideradas como partes integrantes del sistema jurídico con la mayor espontaneidad. El criterio predominante es haber sido formalmente promulgadas, lo que evita la discusión de fondo acerca de su razonabilidad. Siguiendo a Luhmann, puede afirmarse que el derecho crea

una legitimidad mediante procedimientos. La teoría jurídica de la validez expresa esta característica distintiva del derecho en una sociedad moderna.

Es obvio que hay situaciones en que se plantean preguntas inquietantes acerca de la regla aplicable. Pero cuando tales preguntas adquieren dimensiones generalizadas, se trata más bien de un síntoma de debilidad que de fortaleza de las instituciones afectadas por la duda. Cuando la duda alcanza a las reglas que constituyen el poder público, puede llegar a hablarse, con Hart, de estados patológicos del sistema jurídico.

En otras palabras, el derecho es un poderoso instrumento para crear certeza. Así lo entendió Millas, al afirmar que el valor jurídico por excelencia era la seguridad.

La teoría social contemporánea adopta, en buena parte, la misma perspectiva. El mundo moderno ha devenido en extremo complejo y diversificado. De ahí que sea cada vez más difícil reconstruir la multiplicidad de relaciones e intercambios posibles en un sistema unívoco de principios. Un orden basado exclusivamente en principios es demasiado inestable e imprevisible. En una sociedad moderna, ello es cada vez menos viable. La sociedad moderna no puede ser simbolizada por un orden de principios o valores unívocos y jerarquizados. Los principios que rigen la familia, la economía pública, los contratos privados, la política, la pasión o la ciencia no son intercambiables. Al interior de cada grupo o sistema de relaciones, tampoco existen relaciones fijas entre principios y reglas, de modo que éstas puedan inferirse inequívocamente de aquéllos.

Aquí radican también las dificultades de concebir el derecho desde la perspectiva de una ideología. Las ideologías pretenden reducir la complejidad del orden social mediante la formulación de un conjunto de principios simples. Todas las instituciones y reglas vigentes son juzgadas a partir de la crítica radical impuesta por dichos principios. El resultado de los intentos históricos de crear un orden jurídico por completo renovado, que responda a estos principios intransables e incommensurables, es generalmente un creciente decisionismo. Bajo la apariencia de una vinculación a verdades más profundas, el abandono de la idea de regla provoca que incluso las acciones más atroces, puedan ser argumentativamente justificadas. De ahí que la vigencia inmediata e incondicionada de principios, especialmente en los períodos más ideologizados de las revoluciones, derive con facilidad en situaciones que

pueden ser calificadas, sin mucha polémica, de desaparición o decadencia del derecho.

La comprensión del derecho como un conjunto de principios fracasa, en consecuencia, en sus dos extremos: si se adoptan principios simples y unívocos; porque ello significa sacrificar, a veces brutalmente, otros principios o valores; si se adopta una actitud más diferenciada, porque la incertidumbre alcanza rápidamente el grado de lo insostenible.

De ahí que la definición de derecho no pueda prescindir de la idea de regla. La circunstancia de que las reglas sean seguidas sin necesidad de preguntarse por su legitimidad, no significa un defecto, sino más bien una ventaja, atendido el horizonte limitado de la experiencia y la razón.

Al igual que otras instituciones, la vigencia del derecho se muestra en la naturalidad con que seguimos y usamos las reglas más diversas, sin plantearnos el problema de su legitimidad o justificación. La circunstancia de que la ciencia del derecho por excelencia sea también denominada "dogmática", expresa la naturaleza de dicha vinculación.

IV

Una actitud moderada respecto del valor regulativo de los principios lleva a respetar la tradición analítica, que, desde Austin, concibe el derecho como un conjunto de reglas.

Esta tradición logra dar cuenta de algunas características básicas del derecho como orden normativo: (1) la existencia de procedimientos para crear certeza acerca de las pautas de conducta; (2) el predominio contemporáneo de la legislación, como instrumento para crear esas certezas y para la innovación jurídica y (3) el carácter estrictamente técnico de muchas reglas del derecho, lo que hace que la fundamentación de dichas normas sea política y no jurídica.

Sin embargo, el modelo de las reglas, al ser presentado como una descripción que da cuenta del "concepto" de derecho, incurre en la simplificación al reducir la descripción a una única unidad de análisis.

Considerado como un sistema de reglas, el derecho sólo presenta una estructura externa, compuesta por una cadena de validaciones entre normas de superior e inferior jerarquía. Desde el punto de vista

de los contenidos las reglas sólo presentan exigencias de coherencia, en tanto, como se ha visto, dos reglas contradictorias entre sí no pueden ser simultáneamente válidas. Pero tales relaciones son excepcionales y meramente negativas: una regla no puede contradecir a otra. En definitiva, las reglas son concebidas como prescripciones yuxtapuestas. Luhmann las ha definido como programas condicionales. En el esquema cibernético de un sistema de reglas no existen relaciones de significado o de sentido entre ellas. El sentido de cada regla es independiente del de las otras. El intento de descubrir principios ordenadores es descalificado como una ilusión o como una ideología.

De acuerdo con este concepto, las reglas carecen de la plasticidad necesaria para que su ámbito de aplicación se vaya modificando con motivo de su aplicación. El cambio o desarrollo del derecho sólo se produce por la vía de una decisión que introduce una nueva regla al sistema.

Es obvio que en muchos ámbitos del derecho existen reglas que son rígidas, formales y estrictamente subsumptivas. Las normas de un arancel aduanero o las reglas que se señalan las formalidades para citar a una junta de accionistas responden a criterios técnicos para la obtención de fines que son, por así decirlo, ajenos a la regla misma. Para aplicar la regla no es necesario, ni siquiera posible, recurrir a las razones que llevaron a su dictación. El moderno estado tecnocrático opera en gran medida mediante reglas de este tipo. Al aplicar la regla no es posible discurrir acerca de los objetivos de quien la dictó. La maraña de información y de opciones políticas es impenetrable por el derecho. La regla es, en estos casos, un programa de conducta que se agota en su formulación.

La dificultad de las doctrinas jurídicas analíticas radica en que las reglas de este tipo no son las únicas, tampoco las más importantes del orden jurídico. Ellas ocupan, sin duda, un lugar preferente en los ámbitos donde el derecho cumple una función prescriptiva y planificadora. Allí, el cambio, la adaptación o el desarrollo del derecho se produce, casi exclusivamente, por medio de decisiones legislativas o administrativas que agregan o derogan prescripciones.

Por el contrario, la parte central del derecho —el derecho constitucional, el civil y el penal— se compone más bien de reglas conectadas significativamente entre sí. Las reglas del derecho de los contratos, por ejemplo, responden a ciertas orientaciones comunes: respeto a la palabra empeñada, libertad contractual, buena fe, responsabilidad

por culpa, distribución de riesgos y muchas otras. Es cierto que estas orientaciones pueden estar en conflicto, pero, así y todo, las reglas más importantes pueden ser entendidas, si uno se pone a indagar, como opciones por algún principio regulador.

Es cierto que para conocer la regla no es necesario, en general, recurrir al principio o criterio de justicia que la inspira. De ahí que en áreas muy desarrolladas del derecho, como es el caso del derecho civil, el puro conceptualismo sea siempre una alternativa insuficiente, pero posible. La pureza conceptual de una ley rigurosamente concebida evita recurrir, en casos normales, al principio (o al criterio práctico) que permite explicar la regla respectiva. Así, frecuentemente las reglas pueden ser aplicadas con toda evidencia y facilidad, por sutil que sea su fundamento de justicia.

Los límites del conceptualismo se visualizan, por eso, en los casos dudosos, sea (1) porque la formulación de la regla es vaga, (2) porque el caso es de tal modo novedoso o imprevisible que se estima que no hay regla que le sea aplicable, o (3) porque simplemente la aplicación subsumtiva de la regla competente aparece como inícuu.

Es precisamente con ocasión de los casos que generan estas controversias que se muestra el valor regulativo de los principios. Las reglas, consideradas como meros programas de conducta, no se desarrollan; son estáticas. Los principios, decía Pound, son la parte vital, activa e innovadora del derecho. Y son también su núcleo más permanente. Los regímenes políticos —por consiguiente, también las reglas superiores de organización del Estado— cambian con más frecuencia que los principios del derecho político. Las reglas con que se instrumentalizan las políticas macroeconómicas son completamente fungibles, a diferencia de los principios del derecho de los contratos o de la teoría del delito, que van cambiando su lugar relativo y son sustituidas con mayor lentitud, al modo de los fenómenos culturales espontáneos.

Eso mismo permite recurrir a los principios con alguna seguridad en casos controvertidos. Su existencia se muestra en la posibilidad de introducirlos sin mayor polémica en una argumentación, sea para apoyar una interpretación posible de una regla, sea para formular una regla aún no existente.

La tendencia de las doctrinas analíticas a concebir el derecho simplemente como un conjunto de reglas yuxtapuestas tropieza, en ámbitos centrales del orden jurídico, con la dificultad de tener que ignorar la forma como se resuelven los casos más interesantes que ocupan

a los tribunales, esto es, aquéllos cuya solución no aparece de antemano como enteramente unívoca.

V

Sin ánimo de exhaustividad, me parece que las relaciones entre reglas y principios, en un orden jurídico relativamente complejo, pueden expresarse en las proposiciones que siguen:

1. Todo sistema jurídico, en funcionamiento normal, consiste básicamente en un conjunto de reglas.

Estas reglas definen, con diversos grados de precisión, los derechos y deberes de las personas y las competencias para crear nuevas reglas.

La indefinición o incertidumbre de las reglas que establecen tanto las competencias, como los derechos y deberes básicos puede ser calificada, sin mucha discusión, como decadencia del derecho. Esta decadencia se expresa en anarquía, si se refiere a las reglas de competencia, o en arbitrariedad, si se refiere a las reglas sustantivas.

2. Las reglas del derecho adquieren su dignidad jurídica, esto es, su calidad de elementos del orden jurídico, en virtud de procedimientos formales que acreditan su existencia.

Las principales formas de introducir nuevas reglas son el acto legislativo, cualquiera sea su jerarquía, y el precedente judicial.

Mientras no medie este reconocimiento formal, los usos, costumbres e ideas normativas no son lo suficientemente ciertos como para ser calificados como reglas del derecho.

3. Las reglas de derecho pueden ser aplicadas usualmente sin necesidad de recurrir a sus fundamentos prácticos o de principio.

La aplicación de la regla ocurre, por lo general, según el significado más obvio de su expresión lingüística.

Así, la idea de subsumción expresa, con bastante aproximación, la práctica poco discursiva como calificamos habitualmente un caso de conformidad a una regla.

4. Con todo, existen por lo menos tres grupos de situaciones en que, para resolver un caso, puede ser necesario recurrir a criterios que trascienden la mera aplicación de la regla: la vaguedad en la formulación de la regla, la imprevisibilidad del caso y la iniquidad manifiesta de la interpretación más obvia.

En las tres situaciones, el resultado final perseguido, es la introducción de una nueva regla por vía judicial.

5. Los principios, como las razones estrictamente prácticas, tienden a modificar el statu-quo, introduciendo por vía de argumentación una nueva regla al sistema jurídico. También pueden ser usados, desde luego, para apoyar la interpretación más obvia de una regla.

La función de los principios es dar una estructura material consistente a los diversos ámbitos normativos. De ahí que sólo excepcionalmente un principio recorra todo el orden jurídico. Ocurre más bien que cada ámbito regulativo tiene sus propios principios. Sólo dentro del campo del derecho civil, por ejemplo, los principios del derecho de los contratos, de la responsabilidad civil, de la propiedad o del régimen de bienes del matrimonio no son intercambiables entre sí.

6. Incluso dentro de estos ámbitos restringidos, los principios pueden estar en conflicto entre sí. De ahí que difícilmente una argumentación de acuerdo a principios sea conclusiva, como suele serlo la que se realiza de acuerdo a una regla.

Los conflictos entre principios obligan a argumentar en términos de intensidad y relevancia de los mismos respecto del caso. Para medir la intensidad y relevancia es necesario recurrir complementariamente a argumentos prácticos, esto es, considerar las consecuencias que se siguen de preferir uno u otro principio.

La argumentación práctica y la conforme a principios son complementarias y no alternativas. Ambas tienden a dar razones para la fundamentación de una regla.

7. La pertenencia de un principio al sistema jurídico no se determina en la misma forma que en el caso de las reglas.

Las reglas siguen criterios formales de validez. Para establecer la existencia de una regla basta comprobar si el acto de su creación ha seguido los procedimientos previstos por el orden jurídico.

Ello no vale necesariamente para los principios. Su formulación en declaraciones o constituciones no es ninguna garantía de vigencia. La pertenencia de un principio al orden jurídico se muestra en la naturalidad con que pueda ser introducido eficazmente en una argumentación, sin necesidad de tener que justificar su empleo. Los principios suponen cierto consenso, el que necesariamente es espontáneo.

Así, un principio existe en la medida en que sea generalmente

aceptable o no discutible su uso para fundamentar argumentativamente una regla.

El disenso acerca de los principios impide su uso no controvertido, lo que es equivalente a su carencia de valor jurídico. Un fuerte disenso acerca de los principios tiende a reducir el derecho sólo a decisiones autoritarias, tal como lo concibe la tradición jurídica analítica.

8. La solución de un conflicto de acuerdo a un principio está sujeta a una exigencia de justicia formal: la argumentación judicial tiene el imperativo implícito de universalidad, esto es, de que el criterio (la regla) de solución de un caso debe aplicarse también a los casos semejantes.

Por eso, el precedente tiende a ser regla de derecho, cualquiera sea el reconocimiento formal que se le otorgue como fuente del derecho.

De los principios devienen reglas precisamente a través de los precedentes judiciales.

El menor valor que se le puede reconocer al precedente es que si se desea desconocerlo, se debe soportar el peso de la argumentación. Y esa especie de presunción de validez es típica de las reglas.

En definitiva, si los precedentes carecen de valor normativo, puede afirmarse que rige el principio de la arbitrariedad judicial.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Este trabajo se refiere a un conjunto de temas ya muy debatidos por la filosofía del derecho. Aunque su enfoque es analítico, su actitud es más bien crítica a la tradición jurídica analítica desde J. Austin (*Lectures on Jurisprudence*, 4ª Ed. 1873), hasta H. Kelsen (*Teoría Pura del Derecho*, 2ª Ed. 1960) y H. L. A. Hart (*El Concepto de Derecho*, 1961). Pienso que muchos de los principales aportes doctrinarios para la comprensión del derecho provienen precisamente de estos autores, como lo intento resaltar en el párrafo III de este trabajo. Sin embargo, el enfoque estrictamente lógico tiene sus serias limitaciones, no siempre comprendidas por los teóricos analíticos, demasiado marcados por los objetivos de formular una teoría general o de agotar el concepto de derecho.

El análisis de las nociones de regla e institución debe mucho a la obra tardía de L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (*Investigaciones Filosóficas*), 1952. Este autor estudia las instituciones adoptando como modelo el lenguaje corriente. De Wittgenstein, en cuanto me ha sido accesible, he tomado dos tesis: (1) que la observancia de las reglas es más una práctica espontánea que una acción lógica y reflexiva, y (2) que las prácticas poseen usualmente una

conexión interna de sentido, idea que se expresa en el modelo de los juegos.

La noción de regla como práctica aparece muy transparente en la monografía de John Rawls, *Dos Conceptos de Regla*, 1955, que marcó una etapa muy importante en su evolución desde el utilitarismo (en castellano, en: Ph. Foot ed., *Teorías sobre la ética*, 1974). Los orígenes de esta asociación se remontan ya a la teoría de la virtud de Aristóteles, *Ética a Nicomano*.

La función primordialmente estabilizadora de las instituciones y su carácter fundante de la civilización ha sido desarrollada por A. Gehlen, *Der Mensch* (El Hombre), 1940; *Moral und Hypermoral* (Moral e Hipermoral), 1969; en castellano, además de la primera obra, la traducción de algunas monografías breves bajo el título, *Ensayos de Antropología Filosófica*, Santiago, 1973. El pensamiento de Gehlen es la base, asimismo, de la teoría de las instituciones de N. Luhmann, quien ha logrado explicar en una teoría sociológica de orientación funcionalista las principales tesis de la tradición jurídica analítica, *Grundrechte al Institution* (Derechos Fundamentales como Institución), 1965; *Rechtssoziologie* (Sociología del Derecho), 1972; *Ausdifferenzierung des Rechts* (Diferenciación del Derecho, colección de ensayos), 1981. Luhmann ha formulado, en mi opinión, la más estructurada teoría del derecho como instrumento tecnocrático para la programación de las conductas. Así, su concepción supera los esfuerzos del positivismo jurídico clásico de presentar el asunto como uno de rango estrictamente lógico. Una perspectiva crítica de la teoría jurídica de Luhmann en A. Ollero, "Systemtheorie": filosofía del derecho o sociología jurídica?, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1973, pág. 147 ss.

La distinción entre "reglas subsumtivas", que técnicamente corresponden a esta función programadora, y "reglas creativas", conectadas significativamente entre sí, proviene de Wittgenstein, op. cit. Sobre el tema me parecen de especial interés los trabajos de S. Körner, *Ueber Sprachspiele und rechtliche Institutionen* (Sobre Juegos Lingüísticos e Instituciones Jurídicas), en: *Ethik. Grundlagen, Probleme, Anwendungen*. Actas del Simposio internacional sobre Wittgenstein, Viena, 1981; J. Habermas, *Sprachspiel, Intention und Bedeutung* (Juego lingüístico, Intención y Significado), 1975, y Andreas Kemmerling, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins* (Regla y Validez a la Luz del Análisis de Wittgenstein), en: *Rechtstheorie*, 1975, pág. 104 ss.

La dificultad de estructurar un orden de conducta sólo o predominantemente a partir de principios es una de las tesis de mi trabajo de doctorado en la Universidad de Munich, *Rechtsordnung und Rechtsgeltung. Eine Kritik der analytischen Rechtstheorien* (Orden Jurídico y Validez. Una Crítica a las Teorías Jurídicas Analíticas), que se publicará próximamente. La tesis previene frente a dos tendencias recurrentes en el pensamiento jurídico y que subvaloran, en mi opinión, la función de las reglas o normas: (1) la que lo define en el marco general de una teoría de la argumentación moral, como R. Alexy,

Theorie der juristischen Argumentation (Teoría de la Argumentación Jurídica), 1978, y Ch. Perelman, *Le raisonnement juridique*, 1972, y (2) la que lo entiende como justicia del caso, en que los fundamentos de una decisión aparecen como construcciones relativamente arbitrarias para justificar un pre-judicio del intérprete, como en las últimas obras de J. Esser. La tesis se acerca, por el contrario, a doctrinas más moderadas acerca de la argumentación jurídica, como las de L. Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 1959; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (Teoría de la Obtención del Derecho), 2ª Ed. 1976; Art. Kaufmann, *Analogía y Naturaleza de la Cosa*, 1976 (1964); N. Mc Cornick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho), 1978, y H. T. Klami, *Legal Heuristics. A Theoretical Skeleton* (Heurística Jurídica. Un Esqueleto Teórico), 1982.

La distinción entre reglas y principios no excluye la existencia de otros criterios, especialmente de orden práctico, para fundamentar una decisión. Sobre este punto, los persuasivos trabajos de R. Dworkin, recopilados en el volumen *Taking Rights Seriously* (Tomando los Derechos en Serio), 1977. Aunque no comparto su criterio básico de que los "derechos" sean algo distinto de las "reglas", pienso que las obras de Dworkin constituyen, en conjunto, una reflexión muy perspicaz acerca de la tradición jurídica analítica.

La relevancia de la distinción entre reglas y principios se muestra en la ya clásica obra de J. Esser, *Norma y Principio en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Privado*, 1961 (1956). Ese trabajo, en el campo del derecho privado comparado, y los de M. Kriele, en el del derecho público, op. cit., y *Recht und praktische Vernunft* (Derecho y Razón Práctica), 1979, son las principales fuentes de las tesis finales acerca del valor del precedente. El valor creador de los principios fue uno de los temas preferidos de R. Pound; véase, por ejemplo, *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, 1950 (el original, *A Interpretation of the Legal History*, 1946).

La vinculación entre el derecho y la seguridad fue uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho de G. Radbruch. Pero fue J. Millas quien afirmó que la seguridad era el valor jurídico por excelencia, *Filosofía del Derecho*, 1958.

La cuestión de los criterios de pertenencia de los principios al sistema legal ha provocado fuertes controversias a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Contemporáneamente, la idea de que los principios no siguen los mismos criterios de pertenencia que las normas positivadas se encuentra incisivamente planteada por J. Esser y R. Dworkin, op. cit. En contra de esta opinión, J. Raz, *The Concept of a Legal System*, 1970, y N. Mc Cornick, op. cit.,