

CLAUDIO LUZZATI

**EL PRINCIPIO DE AUTORIDAD
Y LA AUTORIDAD
DE LOS PRINCIPIOS**
La genericidad en el derecho

Traducción de
Pau Luque Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13

PARTE I

LA PIEDRA EN EL ESTANQUE

CAPÍTULO I. LA INDIFERENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y SU RELEVANCIA SISTEMÁTICA	19
1. BIG BROTHER IS WATCHING YOU	19
2. VAGUEDAD Y GENERICIDAD	20
3. CONCEPTOS Y CONCEPCIONES	24
4. LA FUERZA EXPANSIVA DE LOS PRINCIPIOS: LA TEORÍA SEMIÓTICA CON LA TEORÍA HISTÓRICO-AXIOLÓGICA.....	28
5. LA FUNCIÓN TAMBIÉN DECONSTRUCTIVA DE LOS PRINCIPIOS.....	32
6. EL DEPÓSITO, EL BORRADOR Y LA PIZARRA	34
CAPÍTULO II. LAS RECAÍDAS DOCTRINALES DE LA MALA FILOSOFÍA: EL CASO DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.....	37
1. LA INSOSTENIBLE LEVEDAD DE LOS PRINCIPIOS.....	37
2. UNA DISTINCIÓN NO UNÍVOCA	42
2.1. La diferencia entre reglas y principios desde el punto de vista sintáctico	43

	Pág.
2.2. La diferencia entre reglas y principios desde el punto de vista semántico	45
2.3. La diferencia entre reglas y principios desde el punto de vista pragmático.....	48
3. PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN. O MEJOR: ¿ARGUMENTACIONES INCLUYENTES O EXCLUYENTES?	51
4. CONSECUENCIAS PARA EL PROBLEMA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. PREVALE EL ENCUADRE SISTEMÁTICO	55
CAPÍTULO III. ¿SIGNIFICADO LÍQUIDO? LA INCERTEZA JURÍDICA Y SUS REMEDIOS.....	61
1. ¿ESTABILIDAD O INESTABILIDAD DEL SIGNIFICADO?.....	61
2. LA CERTEZA DEL DERECHO VIEJA Y NUEVA	65
3. LAS DOS CARAS DE LOS PRINCIPIOS	68
4. LA RELATIVA TOLERANCIA DE LA INCERTEZA. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL USO CAUTELOSO DE LOS PRINCIPIOS	73

PARTE II

**GENERICIDAD Y GENERALIDAD.
UNA PROFUNDIZACIÓN SEMIÓTICA**

1. CASOS DE VIDA ORDINARIA	81
2. UNA COMPARACIÓN ENTRE LA GENERICIDAD, LA VAGUEDAD Y LA AMBIGÜEDAD	86
3. LA MENOR CAPACIDAD INFORMATIVA DE LOS ENUNCIADOS GENÉRICOS	97
Apéndice al epígrafe 3	109
4. LA PRAGMÁTICA DE LA GENERICIDAD	114
5. LA ÚLTIMA METAMORFOSIS DE LA GENERICIDAD: LOS PRINCIPIOS.....	121

PARTE III

LA BALANZA INEXISTENTE Y LA ESPADA OLVIDADA

CAPÍTULO IV. LA BALANZA INEXISTENTE O LA DINÁMICA DE LOS PRINCIPIOS	133
----------------------------------------------------------------------------------	------------

	Pág.
1. QUÉ SE ENTENDERÁ AQUÍ POR «PRINCIPIO DEL DERECHO».....	133
2. APLICACIÓN DIRECTA Y/O INDIRECTA DE LOS PRINCIPIOS.....	144
3. EL EQUÍVOCO SEMÁNTICO. LISTAS. EL CARÁCTER POTENCIALMENTE ANTI-AUTORITATIVO DE LOS PRINCIPIOS	157
4. UNA METÁFORA PARA ARCHIVAR: LA IDEOLOGÍA DE LA PONDERACIÓN.....	170
5. DE LA IDEOLOGÍA A LA PRÁCTICA DE LA PONDERACIÓN. EL POLITEÍSMO DE LOS PRINCIPIOS	182
6. LA NECESARIA RECUPERACIÓN DEL FORMALISMO.....	189
CAPÍTULO V. LA ESPADA OLVIDADA O DE LA REPARICIÓN DE LA POLÍTICA	197
1. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: NOCIÓN Y PROBLEMAS ...	197
2. INTERFERENCIAS E INCERTEZAS. CÓMO SE INTERPRETA LA CONSTITUCIÓN.....	206
3. EL DISCUTIDO CASO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. APARECE EN EL FONDO LA SOMBRA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL.....	210
4. ¿LOS DERECHOS SOMETIDOS A VOTO? EL ROL DISTINTO, PERO INDISPENSABLE, DE LA POLÍTICA.....	220
BIBLIOGRAFÍA.....	223

INTRODUCCIÓN *

«Señor, ¿sobre qué reináis?».

«Sobre todo», respondió el rey con gran simplicidad.

Éste es un fragmento de un diálogo muy intenso entre el pequeño príncipe, el personaje de Saint-Exupéry, y el soberano de un minúsculo asteroide. Los órdenes del rey reciben siempre una obediencia puntual, pues tiene la audacia elemental de dar únicamente órdenes «razonables». Incluso puede imponer que el sol se ponga, siempre y cuando, claro está, se espere al momento oportuno para impartir la orden. Estos preceptos flexibles, que se adaptan a los eventos y que prescriben hacer aquello que igualmente tendría lugar, convierten a nuestro hombre en un monarca universal, además de absoluto. Su secreto reside en su ductilidad. De forma análoga, los teóricos del derecho conectan la caracterización de una norma como principio con su capacidad para expandirse, incluyendo nuevas hipótesis. Se habla a veces de genericidad. Pero este término no es casi nunca definido. Pues bien, este trabajo tiene el preciso objetivo de colmar esta laguna, definiendo el término «genericidad» y analizando cómo el fenómeno lingüístico que aquél designa opera en las cuestiones que apelan a los principios.

Mi escrito se divide en tres capítulos. En el primero, se muestran las posibles tensiones entre el uso de los principios y la concreta previsibilidad del derecho que será aplicado. El tercero está dedicado a los principios constitucionales, examinando en particular la idea de la ponderación. Entre uno y otro,

* *N. del T.*: Quisiera agradecer la absoluta disponibilidad del autor, que me recibió en Milán un frío día de febrero de 2013, para resolver algunas dudas de traducción que surgieron en el curso del trabajo. También quisiera agradecer a Riccardo GUASTINI algunos consejos terminológicos. Por último, quiero dar las gracias a Federica SCOPSI JENSEN por su ayuda inestimable a la hora de confeccionar la bibliografía y por ayudarme con la parte menos técnica, pero no por ello menos complicada, del italiano.

encontramos el segundo capítulo, que representa un *entr'acte*, o intermedio, en el que se profundiza la investigación semiótica de la genericidad. En el seno de esta estructura general he dejado en el texto algunas repeticiones, que en realidad no son nunca tales, en el intento de hacer emerger las cuestiones de la investigación desde perspectivas diversas, sin verme obligado, cada vez, a proporcionar nuevos ejemplos. Ésta es la razón por la cual reaparecerán, como si se tratara de motivos musicales de una misma composición, algunas «historietas» como las siguientes: la de la niñera que debe enseñar un juego o debe contar un cuento, la de la señora que quiere comprar flores sin especificar de qué tipo o, incluso, la del niño a bordo de un juguete eléctrico que quiere entrar en el ya famoso parque, debido a la fantasía de HART, en el que está prohibida la entrada de «vehículos».

La conclusión que he alcanzado es que los principios, para ser eficaces, deben estar sometidos a un proceso de especificación a través de decisiones singulares o por medio de normas generales aplicadas de modo riguroso. No se puede prescindir de técnicas formales que sean capaces de fijar las elecciones llevadas a cabo, piénsese en la cosa juzgada o en la rigidez constitucional. Si dejáramos aparte a esta última y a las sentencias de la Consulta, por otra parte, el actual debate sobre las disposiciones de principio de la constitución quedaría marginado a la irrelevancia. Aun cuando alguien pueda adherirse a una visión anti-mayoritaria de los derechos fundamentales, resulta obvio que éstos, más tarde o más pronto, serán sometidos a votación. La autoridad no descansa en la razón, como parece creer el cobarde soberano ideado por Saint-Exupéry; al contrario, los principios debilitan los aspectos autoritativos del derecho con sus pretensiones racionalistas, alimentando discusiones acerca de por qué una orden ha sido establecida y, en un determinado momento, será necesario dar por terminadas las cuestiones pendientes, tal vez de manera perentoria, dando un puñetazo sobre la mesa. La autoridad, que parecía haber sido arrinconada, aparece de esta manera de nuevo en escena. De los principios se pasa a los príncipes, es decir, de la autoridad de los principios se pasa al principio de autoridad, y esto resulta inevitable; y los príncipes que se perfilan en nuestro horizonte son bastante menos ingenuos, benévolo y desinteresados de cuanto lo es el pequeño príncipe. No se le escapa a nadie, además, que las proclamaciones de sumos principios, escindidos de una vital dialéctica democrática, corren el riesgo de volverse áridos o de transformarse en meras florituras retóricas. Tampoco resulta susceptible de hipótesis que el recurso a los principios sobre el que se basan las garantías constitucionales tenga una función vicaria respecto a las carencias, aun cuando éstas sean evidentes, de la política. Agradezco a los amigos que han comentado versiones precedentes de este escrito y que me han ayudado con sus consejos. Debo recordar al menos a Roberto BIN, Corrado DEL BÒ, Francesco FERRARO, Riccardo GUASTINI, Giorgio PINO, Francesca POGGI, Giovanni TUZET, Vito VELLUZZI y Silvia ZORZETTO. También quiero agradecer a Livio PIAZZA su asesoramiento gráfico.

PARTE I
LA PIEDRA EN EL ESTANQUE

*«Go, go, go, said the bird: human kind
Cannot bear very much reality».*

T. S. ELIOT, *Burnt Norton*, I, 44-45.

Todos sabemos qué ocurre cuando se arroja una piedra en las aguas perfectamente inmóviles de un estanque: se crea un movimiento repentino y una miríada de ondas concéntricas comienza a rizar la superficie.

No todos saben, sin embargo, qué sucede cuando se argumenta mediante principios. Se ha insistido mucho acerca de su función fundacional: no tenemos dificultad alguna para verlos como normas sobre las que se basan sectores más o menos vastos del ordenamiento (véase *infra* cap. IV.1). Pero menor ha sido el conocimiento en torno a la otra función de los principios: la deconstructiva. En efecto, además de apoyar complejas arquitecturas jurídicas, son también potentes instrumentos de mutación de bajo coste. Como la piedra mencionada más arriba, generan, simultáneamente, orden y desorden. Pocos principios, en las manos de quienes saben usarlos convenientemente, son capaces de alterar el sistema y, al mismo tiempo, de infundirle nueva savia.

La genericidad de las apelaciones a los principios debe ser distinguida de la vaguedad. Mientras que la vaguedad tiene efectos principalmente locales, aislables, y alcanza sólo a las normas, la genericidad, con su extendida capacidad para configurar de nuevo las premisas del razonamiento jurídico, tiene un impacto de mayor alcance, poco importa cuál sea nuestra valoración del fenómeno. Daré cuenta de tal actitud modificadora superior en la primera sección de este capítulo, en el que me esforzaré en introducir a grandes trazos el problema, proporcionando también una red inicial de conceptos claves, que serán refinados en otro lugar (véase *infra* Parte II), para que quede expuesto de modo comprensible.

Por otra parte, en la segunda sección se sostiene que aquello que hace que una norma sea un principio es, a grandes rasgos, su uso como argumento capaz de justificar una conclusión práctica. Esto significa que aquí no se considera susceptible de ser recorrido el camino ontológico de quien sostiene que los principios subsisten como «entidades» independientes de las actitudes de quienes los aplican. Si se ignora el hecho de que los juristas llevan a cabo elec-

ciones colectivas en lo que concierne a la identificación y a las modalidades de uso de los principios, se termina por eximir de responsabilidad a la categoría. En la sede prevista examinaré los discursos desarrollados por la doctrina sobre un principio particular, el de la contradicción; se verá, entonces, que la mala teoría, lejos de ser totalmente irrelevante, tiene consecuencias nefastas también sobre los estudiosos del derecho positivo.

Estos últimos, además de subestimar la fuerza deconstructiva de los principios, a menudo muestran desinterés acerca de cuánto hacen crecer sus elecciones la incerteza jurídica y de cuáles son los medios más idóneos para poner remedio a tal proceso, siempre y cuando, obviamente, se considere necesario encauzarlo.

Resulta claro que la apelación a los principios, la práctica de la ponderación y la tesis de que las normas conocen excepciones tácitas debilita la capacidad de vincular de las normas mismas y el carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción. Pero para llegar a alguna conclusión e idear las contramedidas en relación con las prácticas corrientes, es necesario explicar de forma preliminar en qué sentido se está hablando de «certeza del derecho». Tal es la tarea de la tercera sección. Allí la certeza es entendida como la previsibilidad relativa de las futuras decisiones en que se aplicará el derecho a los casos concretos. Si aquélla, cuando tiene lugar, es digna de ser apreciada es algo que no puede ser establecido *a priori*, sino que deberá ser discutido en relación con las circunstancias. Tal vez es mejor que prevalgan otros valores. Se puede imaginar una ciencia del derecho de dos velocidades: la revolucionaria, que usa de forma amplia los argumentos basados en principios para rejuvenecer el sistema, y la normal, que en cambio hace uso en buena medida de los mecanismos formales y autoritativos para estabilizar el cuadro jurídico preconstituido.

CAPÍTULO I

LA INDIFERENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y SU RELEVANCIA SISTEMÁTICA *

1. *BIG BROTHER IS WATCHING YOU*

Como cualquiera que haya leído *1984* de Orwell recordará, la novela está ambientada en una dictadura totalitaria en la que la historia pasada sufre constantes revisiones, siendo reescrita poco a poco en la denominada neolengua (*newspeak*), una jerga política sumaria que es adaptada a las exigencias propagandísticas del momento ¹.

Pensando de nuevo en este libro, quiero formular una pregunta maliciosa e impertinente. ¿No podría decirse, quizá, que, en el fondo, la interpretación jurídica reescribe las leyes vigentes siguiendo dinámicas análogas a las de la neolengua orwelliana?

Afirma el *Talmud* palestino (*Pe'ah*, 17 a): «Cualquier cosa que un discípulo ingenioso enseñará al devenir de su maestro ha sido ya dicha a Moisés en el monte Sinaí». Con afirmaciones de este tipo, se arroja luz sobre un mecanismo de sincronización *a posteriori* que es típico de la interpretación, de toda interpretación. Tirando del hilo de la tradición, las novedades, también aquellas que son aparentemente más revolucionarias, son retroactivas, son conocidas a partir de ahora (*venfono retrodátate, sonno dette ora per allora*) [*le novità*]. Como es sabido, en cambio, la legislación, y aún más la codificación, funcio-

* Una versión anterior de este escrito apareció con el título *1984, ovvero l'indifferenza dei principi*, en LUZZATI, 2006a: 917-929.

¹ ORWELL, 1983: espec. 257-268.

nan de modo opuesto: parece que innove incluso cuando se limita a confirmar viejas instituciones. El intérprete de la ley, por tanto, avanza siempre retrocediendo, a paso de cangrejo, diría ECO². Por ello resulta evidente la función conservadora ejercida por la jurisprudencia en un nivel ideológico. Queda por explorar la frontera, a veces bastante lábil, que divide la adecuación cauta de las normas de una desenvuelta manipulación.

Entre los mayores responsables de esta perpetua re-manipulación del sistema pueden ser indicados los argumentos que se refieren a los principios, ya sean éstos implícitos o explícitos.

La presente sección está dirigida, precisamente, a documentar la palmaria idoneidad de los principios para modificar el tejido normativo, incidiendo sobre el ordenamiento en su conjunto.

Se trata de identificar el campo de nuestra investigación. No es por tanto necesario abandonar las intuiciones compartidas de los juristas. Un análisis más técnico de la noción de principio será desarrollado únicamente en la próxima sección (véase *infra* capítulo II.2), enriquecido en el capítulo sucesivo (véase *infra* Parte II.5), y completado en el último capítulo, en el que abordaremos, largo y tendido, la cuestión de los principios susceptibles de ser obtenidos de la constitución.

2. VAGUEDAD Y GENERICIDAD

A menudo se escucha afirmar que los principios son «vagos y genéricos». Se trata de una fase hecha, pero quizá vale la pena intentar una profundización.

Como es sabido, la *vaguedad* es una incerteza concerniente a los márgenes de un concepto. Se da vaguedad cuando se presentan casos limítrofes (*borderline cases*) que no somos capaces de asignar a una clase dada ni a su complemento. La incerteza no depende de una carencia de información, sino de las reglas lingüísticas. Si, por ejemplo, preguntáramos a un historiador «¿murió joven Nerón?», tendría dificultades para responder, no debido a que no tenga conocimientos al respecto, sino justamente en virtud de su preparación científica. Obviamente el historiador *sabe* que Nerón murió cuando tenía treinta y un años, una edad ni muy joven ni anciana, en una época en que la esperanza de vida era diferente de la nuestra. Sin embargo, el historiador estará indeciso entre el sí y el no. Podría responder: «Sí, murió joven, *si* por “joven” entendemos una persona de treinta y un años». Y no resultaría una respuesta necesariamente irónica (cfr. *amplius infra* Parte II.2).

² ECO, 2006. Es inútil decir que se ha abusado un poco de la imagen. Si no se quisiera incomodar al ángel de Walter BENJAMIN, bastaría recordar que Tullio ASCARELLI, citando a Paul VALÉRY, afirma que entramos en la historia *à reculons*.