

HACIA UNA TEORÍA DISTINTIVA TENUE ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS: APUNTES DESDE LA EMERGENCIA

Juan Cianciardo

1. Introducción. 2. Los criterios de distinción. 2.1. La crítica de A. Aarnio a la distinción entre principios y reglas. 2.2. La crítica de L. Prieto Sanchís. 3. La emergencia económica y sus principios. 3.1. El caso “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central)”. 3.2. El caso “Smith”. 3.3. Algunos principios elaborados por la jurisprudencia de la Corte. 4. Los principios y las reglas en emergencia: algunas consecuencias. 4.1. La textura de las reglas. 4.2. Principios que cambian de contenido. 5. Apuntes para una respuesta superadora: Hacia una teoría distintiva tenue.

1. Introducción

El cuestionamiento de la coherencia y viabilidad del positivismo jurídico ha sido llevado a cabo desde numerosas perspectivas. Una de las que más frutos ha producido, tanto por su contundencia crítica como por su idoneidad para proponer caminos nuevos, es la que ha tenido lugar desde la llamada «jurisprudencia de principios» o «constitucionalismo de principios». Esta perspectiva surge de la observación de las insuficiencias que se plantean en un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, tal como habían pretendido los positivismos del siglo pasado y de comienzos del siglo presente. Partiendo de allí, se llegó a sostener que la práctica judicial mostraba que

junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (a las que se denominó «reglas»), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (a las que se llamó «principios»), de las que el positivismo no daba cuenta.

El objetivo de este trabajo consiste en examinar los principios y las reglas y desde la perspectiva de los criterios que se han dado para distinguirlos entre sí. Serán expuestos, con esa finalidad, los criterios usuales de distinción y las críticas que formulan a esos criterios A. Aarnio y L. Prieto Sanchís. Mientras el primero de ellos niega la existencia de la distinción, el segundo duda de su relevancia. El examen de la propuesta general y de sus críticas se hará a la luz del banco de pruebas, que proporciona la actuación de algunos principios constitucionales en situaciones de emergencia económica. Este enfoque tiene, a mi juicio, un doble interés: en primer lugar, desde una perspectiva «localista», no puede dejar de señalarse que Argentina ha vivido prácticamente toda su historia en emergencia, y por ello buena parte de la jurisprudencia constitucional trascendente ha sido elaborada en esos tipos de situaciones; se trata de un dato del cual no resulta posible prescindir del momento de analizar un problema teórico como el que aquí se plantea; por otro lado, más allá de ello, desde una posición algo más universal, cabe resaltar que los casos de emergencia operan muchas veces como «aceleradores de partículas», y permiten ver más claramente aspectos de los derechos y de la teoría general que aparecen oscuros en circunstancias ordinarias. Como la jurisprudencia en cuestión es muy numerosa, hemos optado por examinar sólo dos casos, sin duda paradigmáticos: «Peralta»¹ y «Smith»². El trabajo concluirá con un balance de las distintas posiciones y con los primeros apuntes de una salida alternativa, superadora, quizá, de las posturas criticadas.

2. Los criterios de distinción

Según Alexy, la distinción entre principios y reglas «constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico»³. Constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser respondidas cabalmente una

vez que uno y otra han sido distinguidos. Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados, y hasta cierto punto complementarios⁴. Quizá el mejor modo de entender el asunto consiste en partir de un ejemplo. Se transcriben a continuación dos normas:

- Norma I): «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral»⁵.

- Norma II): «(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (...)»⁶.

Ambas normas forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. La norma I) es un principio, la II), una regla. Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según la mayoría de los autores, básicamente desde dos niveles de análisis distintos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente.

a) En primer lugar, las normas transcritas son distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, por su propia índole, la prescripción de la norma I (el respeto de la integridad física, psíquica y moral) puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento). Lo que la norma ordena es que sea observado en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada. La norma II, en cambio, ordena un algo que no admite distintos niveles de cumplimiento. Puede ser observado o no: no hay puntos intermedios, o el inculcado tiene la asistencia de un intérprete o no la tiene. Esta diferencia es causa de que la interpretación de los principios sea con frecuencia más complicada que la de las reglas. Sobre la base de lo dicho, R. Alexy ha caracterizado los principios como «mandatos de optimización»⁷.

b) Cuando mejor se percibe la diferencia entre reglas y principios es en el momento de su aplicación. Más concretamente, en el momento de su colisión o conflicto con otras normas⁸.

En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preterida. Un conflicto de reglas, en efecto, «sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas»⁹. Imaginemos que a la norma II se le opone esta otra regla:

- Norma III): Durante el proceso, los inculpados de nacionalidad argentina no tienen derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor

o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma nacional.

Este hipotético conflicto normativo puede ser resuelto de dos modos: 1) introduciendo en la regla II una excepción, que deje a salvo lo que establezca cada país respecto de sus nacionales; 2) declarando una de las dos reglas inválida, lo cual puede tener lugar, respectivamente, acudiendo al criterio o principio de competencia y al de jerarquía. El criterio de competencia resulta aplicable a las cuestiones jurídicas, para cuya solución se brindan reglas provenientes de dos o más subsistemas jurídicos diferentes (p. ej., una norma federal y una provincial). La solución surge al determinar quién tiene la potestad normativa para regular la materia, de acuerdo con la distribución territorial y orgánica que se haya hecho de ella, habitualmente en sede constitucional. El criterio de jerarquía comporta, por su parte, un análisis del lugar que ocupan las reglas en cuestión en la pirámide normativa; aunque esto resulte insuficiente en caso de equivalencia, y haya que acudir a reglas como *lex posterior derogat legi priori* o al criterio de la *lex specialis*. «Lo fundamental es que es una decisión acerca de la validez»¹⁰, a diferencia de lo que ocurre en los casos de colisiones de principios.

En efecto, cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. «[E]sto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción»¹¹.

2.1. La crítica de A. Aarnio a la distinción entre principios y reglas

Hasta aquí, se han visto los dos criterios que suelen utilizarse con más frecuencia a la hora de distinguir entre principios y reglas. Corresponde plantearse ahora la pertinencia de una crítica reciente a la viabilidad de estos criterios y, más ampliamente, de la distinción entre reglas y principios. Según A. Aarnio, desde el punto de vista lingüístico, reglas y principios conforman una escala

dividida en cuatro segmentos: a) las reglas (R); b) los principios que parecen reglas (RP); c) las reglas que parecen principios (PR); d) los principios (P)¹². De acuerdo con la opinión de este autor, «la distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la aplicabilidad de una norma se desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Una norma puede, en consecuencia, ser más RP que PR, y viceversa»¹³.

La crítica de Aarnio parte de dos tesis: en primer lugar, afirma que la indeterminación e imprecisión pueden predicarse tanto de los principios como de las reglas. «Reglas y principios pueden tener teóricamente el mismo grado de inexactitud, y por lo tanto resulta imposible separarlos en categorías lingüísticas nítidamente distintas»¹⁴. En segundo lugar, tanto reglas como principios, una vez que son «consideradas todas las cosas» (*all things considered*), permiten llegar a formulaciones normativas con un contenido preciso.

Desde esta perspectiva, Aarnio lleva a cabo una crítica a las dos tesis expuestas en el epígrafe anterior:

a) Rechaza que los principios puedan ser definidos como mandatos de optimización. El examen de esta cuestión, sostiene Aarnio, «necesita una clarificación conceptual. Sea P un principio; por ejemplo, un principio de libertad de expresión. El *principio* mismo no puede, conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa *acerca de* los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado “más o menos”. O se optimiza o no se optimiza. El principio (jurídico), por su parte, se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos. El mandato de optimización, por tanto, dice algo *acerca del uso de un principio*: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación»¹⁵.

b) Aarnio critica también la distinción entre principios y reglas que se apoya en el modo de colisión de unos y otras. Parte, para ello, de la conocida diferenciación entre validez formal, validez por la vigencia o eficacia y validez axiológica. «No se trata sólo de perspectivas alternativas sobre la validez; más bien, son variedades semejantes a las variedades de la bondad. Por tanto, ninguna de ellas posee una prioridad PF [*prima facie*] sobre las otras. Pertenecen a diferentes juegos de lenguaje, pero con parecido de familia, y el uso de dichos juegos depende del contexto material»¹⁶. Según Aarnio, la noción de regla jurídica «estricta», de acuerdo con la cual las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada, y en caso de colisión entre ellas una es declarada inválida

y la otra aplicada, no refleja la realidad en su conjunto, sino sólo un tramo del procedimiento hermenéutico, puesto que solamente una vez las reglas han sido interpretadas, y no antes. Antes, las normas son igualmente válidas, y requieren una interpretación de sus respectivas formulaciones. «Más aún, dos normas pueden ser válidas PF en sentido estricto también cuando una de ellas es una norma general y la otra especial. Ahí no se necesita que exista un conflicto entre las dos ni siquiera una vez interpretadas ATC [*all things considered*]. Sencillamente, una de ellas decae sobre la base de la máxima *lex specialis*»¹⁷.

2.2. *La crítica de L. Prieto Sanchís*

L. Prieto Sanchís entiende que la distinción entre principios y reglas, aunque real, no importa —como algunos pretenden— ningún avance en la crítica al positivismo jurídico¹⁸. El sostenimiento de esta tesis requiere un esfuerzo argumentativo considerable, que este autor lleva a cabo mediante las siguientes líneas de análisis:

a) Prieto reformula la noción de positivismo jurídico, parte de la conocida definición que hace del positivismo N. Bobbio¹⁹. Para este autor, el positivismo jurídico es básicamente tres cosas²⁰: a) una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del Derecho²¹; b) una teoría del Derecho que se obtiene en concordancia con el anterior postulado epistemológico²²; c) una ideología sobre el Derecho, que le confiere a este último un valor positivo por el solo hecho de existir²³.

La reformulación toma como punto de partida la admisión de una de las tesis bobbianas como tesis central, y la simultánea eliminación o matización de las tesis restantes. La tesis central es la de la separación conceptual entre Derecho y moral, entendiendo por moral «no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral “buena”, correcta o racional»²⁴. Desde este punto de vista, algunas de las versiones del llamado «principlismo» resultan compatibles con el positivismo: «que los principios expresan valores morales parece evidente, pero que tales valores pueden pertenecer a cualquier moral, incluso a una profundamente injusta, no parece menos cierto»²⁵.

b) En segundo lugar, el sostenimiento de la tesis inicial requiere el sostenimiento de un concepto de principio «débil». Según Prieto, los principios constitucionales «o bien se expresan en forma de enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de Derecho (leyes en sentido amplio, sentencias), o bien representan una práctica social verificable (costumbres), únicas formas de manifestarse la experiencia jurídica; luego entonces estos principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista»²⁶.

c) En tercer lugar, según Prieto, el principalismo —aunque incongruente con la tesis de la aplicación mecanicista del Derecho, no resulta incompatible con las teorías positivistas de la interpretación más recientes. En efecto «el constitucionalismo y el género de teoría interpretativa que éste requiere pueden considerarse abiertamente contradictorios con el mecanicismo de los primeros positivistas, pero no con la tesis de la discrecionalidad, al menos en tanto no llegue a sostenerse la idea de unidad de solución correcta»²⁷.

d) Aclarados los puntos precedentes, las posibles incongruencias subsistentes entre principios y positivismo se resuelven mediante una flexibilización de la estructura de la norma jurídica. Sostiene Prieto que «el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica. En la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada, al igual que debe revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra»²⁸.

3. La emergencia económica y sus principios

La historia de la emergencia económica es de larga data en Argentina. Puede decirse que desde fines de la segunda década del siglo pasado en adelante el país ha vivido con escasas interrupciones en esa situación. De acuerdo con lo anticipado en la Introducción, se llevará a cabo a continuación una síntesis breve de dos casos significativos y recientes, con vistas a recoger de ellos algunos principios empleados en su resolución por la Corte Suprema.

3.1. El caso «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central)»²⁹

a) Los hechos

Luis A. Peralta y Sara T. Forcelledo suscribieron un plazo fijo a siete días en el Banco Comercial de Finanzas S. A., con vencimiento el 3 de enero de 1990. A esta fecha, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 36/90, por el que se limitó la devolución de los plazos fijos a la suma de A. 1.000.000³⁰, y se dispuso que todo excedente de esa cantidad fuese abonado en Bonos Exter-

nos serie 1989, con vencimiento a diez años. A raíz del dictado de la norma mencionada iniciaron acción de amparo, pidiendo que fuera declarada inconstitucional y que, en consecuencia, se les pagara íntegramente el capital que se les adeudaba, junto con los intereses y las costas³¹.

Los actores sostuvieron que la normativa cuestionada, lisa y llanamente, confiscaba fondos de su propiedad sin fundamento legal, viciando el principio de supremacía de las leyes al arrasar con los preceptos civiles y comerciales aplicables al caso y conculcando los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. El juez de primera instancia entendió que la vía del amparo no era idónea para ventilar las cuestiones en juego y rechazó la acción. Este pronunciamiento fue revocado por la Sala Contencioso administrativa III de la Capital Federal, quien declaró, por mayoría, la inconstitucionalidad del decreto 36/90 e hizo lugar a la demanda³². Contra el fallo de Cámara fue interpuesto el recurso extraordinario, que fue concedido³³. La Corte Suprema revocó la sentencia de Cámara, rechazando, por tanto, la demanda. La mayoría estuvo integrada por los jueces Levene (h.), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O'Connor. Los jueces Belluscio y Oyhanarte formularon sendas disidencias de fundamentos. El juez Petracchi no votó.

b) La decisión de la Corte

El análisis de un caso tan complejo requiere distinguir las cuestiones que se debatían. Son las siguientes: a) la admisibilidad del control de constitucionalidad en el marco de una acción de amparo³⁴; b) los límites de la facultad del ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia³⁵; c) los límites de las leyes de emergencia. Nuestro examen se concentrará en la tercera de las cuestiones. Dejaremos de lado las dos primeras, en las que se trataban puntos de carácter más bien formal³⁶. Además, sólo consideraremos el voto de la mayoría del Tribunal³⁷.

Partimos, por tanto, de la constitucionalidad formal del decreto 36/1990 y de sus normas complementarias. Nos interesa indagar su constitucionalidad sustancial, esto es, su conformidad con el contenido material de la Constitución. El voto mayoritario sostiene que esta tarea requiere poner en juego varias normas constitucionales³⁸. En concreto, la necesidad de asegurar la unión nacional y el bienestar general, de conformidad con las palabras del Preámbulo constitucional, y lo establecido en los arts. 14, 16, 17 y 29 de la Constitución. Seguidamente, la mayoría enumera los que serán los principios rectores de la decisión:

a) La ya mencionada «importancia capital (...) [de] preservar la “unión nacional” entendida en el caso en el marco de la promoción del “bienestar general” en los niveles de lo posible»³⁹;

b) Esto último implica también la obligación de asegurar la continuidad y supervivencia de la unión nacional, especialmente en situaciones de emergencia⁴⁰. Esto significa, de un lado, reconocer la existencia de una grave crisis económica, y, del otro, asignarle a esta situación un rol constitucional hermenéutico-normativo. Según la mayoría de la Corte:

«cuando los sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado, del mismo modo que ayer lo fue la discordia entre las provincias, allí deben actuar los Poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho»⁴¹.

c) La función del Presidente de la Nación como «administrador general del país», que le confiere la responsabilidad constitucional de proveer de la manera más inmediata a la continuidad de la vida del Estado⁴²;

d) La necesidad de evitar que «las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna», de acuerdo con lo establecido en el art. 29 de la Constitución⁴³.

Sentados los principios anteriores, la mayoría pasa a estudiar el centro de la cuestión: el alcance de las facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente a situaciones de emergencia. El razonamiento del Tribunal consta de tres pasos. En primer lugar, se acude a lo decidido en un caso anterior, y se sostiene que:

«cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede “sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos”»⁴⁴.

En otras palabras, las situaciones de emergencia justifican el dictado de medidas fuertemente restrictivas de lo establecido en las normas constitucionales respecto a los derechos patrimoniales. En segundo lugar, el voto mayoritario confrontó las normas cuestionadas con el art. 14 de la Constitución, que reconoce el derecho de propiedad. El Tribunal llevó a cabo un juicio de razonabilidad. Desde su punto de vista, el decreto 36/1990 no era irrazonable, puesto que, por una parte, se proponía la superación de una situación de grave riesgo social, y, por otra, el medio empleado era proporcionado, ya que no consistía en una quita del capital de los demandantes, sino en una reprogramación de los pagos que se les adeudaban. En último término, la

mayoría examinó la compatibilidad del decreto mencionado con el art. 16 de la Constitución, que consagra el derecho a la igualdad frente a la ley. Luego de recordar que la garantía de la igualdad no prohíbe tratamientos diferenciados, sino que los motivos de esos tratamientos distintos sean arbitrarios⁴⁵, se reconoció en este voto que no resultaba irrazonable que la medida cuestionada afectara sólo a quienes tenían depósitos a plazo fijo⁴⁶. Esto, por dos motivos: porque la solución a la crisis debía pasar por el manejo de determinados tipos de depósitos bancarios, y porque la imposición de los depósitos afectados y la cantidad de la que se partía (un millón de australes) era señal de una importante capacidad económica⁴⁷. En síntesis, para la mayoría del Tribunal no hay una selección caprichosa de las personas afectadas por la norma de emergencia.

3.2. *El caso «Smith»*

a) Los hechos

El decreto 1570/01 estableció, en su art. 2, inc. a), la prohibición de «los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta (\$250) o dólares estadounidenses doscientos cincuenta (U\$S 250), por semana, por parte del titular, o de los titulares que actúen en forma conjunta o indistinta, del total de sus cuentas en cada entidad financiera». El Sr. Carlos Smith planteó, en los autos principales de este expediente, la inconstitucionalidad de esa norma porque al impedirle disponer de la totalidad de los depósitos de los cuales era titular en el Banco de Galicia y Buenos Aires S. A. contrariaba el art. 17 de la Constitución Nacional y la ley 25466 de intangibilidad de los depósitos⁴⁸.

El Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Corrientes dispuso como medida cautelar la devolución, a su vencimiento y por el total, de los depósitos a plazo fijo del actor. Como consecuencia de ello, el demandado solicitó la intervención de la Corte Suprema en los términos del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El Máximo Tribunal confirmó legitimación al actor y tuvo por interpuesto el recurso con los efectos suspensivos previstos por la norma mencionada⁴⁹.

Nos encontramos, por tanto, en un proceso cautelar. La Corte, sin embargo, entró a tratar el fondo, por considerar que: «de la lectura del fallo recurrido se desprende que la medida cautelar requerida y ordenada por el juzgador coincide con el objeto de la demanda, por lo que la resolución que declaró su viabilidad constituye un anticipo de jurisdicción e implica, por tanto, el juzgamiento del fondo del asunto»⁵⁰.

b) La decisión de la Corte

La Corte resolvió desestimar el recurso interpuesto. Votó en dos grupos. La mayoría estuvo compuesta por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Boggiano, López y Vázquez. El juez Fayt se expresó por su voto. Se abstuvieron, finalmente, los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert.

La mayoría del Tribunal, tras reseñar la normativa en juego⁵¹, expuso los principios con los que juzgaría el caso:

a) «Las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial»⁵².

b) «Todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos»⁵³.

c) En situaciones de crisis económicas, se justifica el dictado de normas de emergencia, cuyo fundamento «es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto». Por ello, «el Tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras»⁵⁴.

d) «Las restricciones al ejercicio de los derechos mencionadas en el punto anterior deben ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales»⁵⁵.

Sobre estas bases, la Corte se dirigió a establecer «si la restricción impuesta por el decreto originariamente cuestionado con los alcances actualmente definidos por la resolución 23/2002 del Ministerio de Economía, resulta o no un ejercicio razonable de las facultades del Estado frente a la situación de grave crisis global económica y financiera»⁵⁶. El Tribunal concluye, como se anticipó, con una respuesta negativa. Los argumentos que, a criterio de la mayoría, fundamentan esa decisión, son dos:

a) La legislación cuestionada violaría el principio de razonabilidad. Esta es la razón principal que conduce a la Corte a decidir como lo hizo. Se subdivide, a su vez, en las tres direcciones siguientes. En primer lugar,

«El derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los principios legales que puedan reconocerlo, en los principios de la ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la

intangibilidad del patrimonio y obsta el propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna»⁵⁷.

Por otra parte, como complemento de lo anterior,

«el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1 a 4), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa “Peralta” (...). Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad»⁵⁸.

En tercer lugar, según la mayoría de la Corte,

«la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuda a su privación y aniquilamiento»⁵⁹.

b) El segundo argumento de la Corte es que «las sucesivas reglamentaciones aludidas han excedido el marco de la delegación imponiendo condicionamientos y restricciones a la libre disposición de la propiedad privada de los particulares en abierta violación de las normas constitucionales mencionadas»⁶⁰.

Los primeros siete considerandos del voto del juez Fayt son idénticos a los del voto mayoritario. A partir de ahí, el voto se dirige a confrontar las características de este caso con las del caso «Peralta». Según Fayt, teniendo cuenta lo decidido en este último precedente, «las disposiciones cuestionadas

en el *sub judice* [no] pueden reputarse compatibles con la Constitución Nacional». Fayt sostiene, sin fundamentar mucho más, que

«(...) contrariamente a lo que ocurría en Fallos 313:1513, no se preserva sino que se destruye “el valor... de la moneda” que “es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas”»⁶¹.

3.3. Algunos principios elaborados por la jurisprudencia de la Corte

Enunciaré a continuación algunos de los principios que se ponderaron en la resolución de «Peralta» y «Smith». Se trata de principios que surgen de la propia jurisprudencia anterior de la Corte Suprema.

a) El Estado tiene la obligación de asegurar la continuidad y supervivencia de la unión nacional, especialmente en situaciones de emergencia. La emergencia es «una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, [y] origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución»⁶². Según la Corte, «[c]uando los sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado, del mismo modo que ayer lo fue la discordia entre las provincias, allí deben actuar los Poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho»⁶³.

b) Con vistas a la superación de la emergencia el Estado puede adoptar medidas fuertemente restringentes de lo establecido en las normas constitucionales respecto de los derechos patrimoniales⁶⁴.

c) Las medidas de emergencia están sujetas al control de constitucionalidad. Dicho control se concretará en el examen de la razonabilidad de las medidas cuestionadas. Se deberá examinar, por tanto, si el Estado ha llevado a cabo una regulación razonable —dentro de ese contexto crítico— de los derechos constitucionales afectados (art. 28 de la Constitución Nacional). En efecto, la «restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o

contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales»⁶⁵.

d) Porque no puede haber una «mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido», la situación de «quita» no es asimilable a la de «espera». Esto se desprende de lo sostenido en «Peralta» y en otros precedentes, y tiene una relevancia singular en orden a la resolución del caso. Se sostuvo allí, en lo que aquí interesa, que: «al acudir a ese medio de pago se produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, mas no necesariamente una “quita” como podría suponerse en un primer como no menos superficial análisis de la cuestión. Ello es así, pues aun admitiendo que la paridad de mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la nominal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que, en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella “quita” haya efectivamente ocurrido»⁶⁶.

4. Los principios y las reglas en emergencia: algunas consecuencias

Los casos de emergencia son particularmente útiles para evaluar la interacción entre principios y reglas, cómo operan con ellos los juristas. Obsérvese que en los dos casos analizados precedentemente la regla inicial era la que surgía del contrato bancario firmado por el depositante (los sres. Peralta y Smith) y el banco (los bancos Comercial de Finanzas y Galicia): la devolución íntegra del depósito, con los intereses devengados. Tras esa regla pueden detectarse dos principios: el principio constitucional que consagra el derecho de propiedad⁶⁷, y el *pacta sunt servanda*⁶⁸. La regla mencionada, aparentemente clara, dejó de serlo en cuanto sobrevino la emergencia. En efecto, a esa regla se le opusieron medidas gubernamentales destinadas a la superación de la emergencia: los decretos 36/90 y 1570/01, respectivamente, que impedían el cumplimiento de la regla inicial de modos distintos. Tras estas últimas reglas se hallaban los principios mencionados en el último punto del epígrafe precedente.

La situación, tal como llega a la Corte, es de conflicto, al menos aparente, entre reglas y principios: los surgidos en tiempos de normalidad y los nuevos, resultantes del caos generalizado. Más allá del juicio que puedan merecer las soluciones a las que arribó la Corte en los casos expuestos, una descripción de lo resuelto a la luz de la distinción entre principios y reglas permite llegar a las conclusiones provisorias que se expondrán a continuación.

4.1. *La textura de las reglas*

A lo largo del siglo pasado se ha ido consolidando la percepción de que la tarea de adjudicación está plagada de elementos no-lógicos, y que por tanto no puede ser considerada como una operación o conjunto de operaciones regidos por la silogística deductiva⁶⁹. La claridad aparece *tras* la interpretación, como sostiene Aarnio, y no antes. Antes, el intérprete debe superar una serie de inevitables perplejidades: hay que seleccionar, en primer lugar, los hechos del caso, que pocas veces se presentan ante sus ojos con nitidez. Un ejemplo de esto último —escalofriante por sus consecuencias— puede verse en el conocido fallo «Saguir y Dib»⁷⁰. Como es sabido, se presentaron en el caso los padres de la menor Claudia Saguir y Dib, «y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan I. Saguir y Dib. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo “A” es decir: histoidéntico»⁷¹. Más allá de los problemas jurídicos que se plantearon en este caso, sobre los que volveré enseguida, lo interesante respecto a los hechos es que la situación dio un giro radical desde las dos instancias iniciales hasta la Corte. Para los jueces de grado, de un lado, la hipotética donante no tenía la madurez suficiente para decidir la ablación, y, de otro, en caso de producirse la operación, quedaría «con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer»⁷². Estas conclusiones sobre lo que ocurría, sobre los hechos, se basaron en lo aportado al expediente por los dictámenes de los médicos forenses y los asesores de menores intervinientes. La Corte, en cambio, consideró que Claudia Saguir había «comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha[bía] sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos»⁷³, y que eran «remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, normalidad de la vida de los dadores con un solo riñón, no estar expuesto específicamente el riñón subsistente a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos, y la posibilidad de la dadora de llevar vida normal en su matrimonio y maternidad»⁷⁴. Las conclusiones del Máximo Tribunal partieron de la opinión de los médicos expertos en trasplantes, que tendrían a su cargo la operación⁷⁵, y de una entrevista personal que los jueces tuvieron con la menor. La Corte no tuvo en cuenta las pruebas que habían sido consideradas

decisivas en los tramos anteriores del proceso. En suma: los jueces de grado y los jueces de la Corte *valoraron* de modo distinto la prueba producida, a punto tal que los hechos se presentaron de modo radicalmente distinto en las instancias ordinarias y en la extraordinaria.

«Saguir y Dib» pone de manifiesto con singular crudeza algo habitual: el operador jurídico se topa de entrada con la necesidad de seleccionar los medios de prueba y de atribuirles diferentes alcances. Esa selección conlleva valoración, al menos si se pretende que sea racional.

Ahora bien, no sólo hay que «seleccionar» los hechos. El operador jurídico debe también elegir la regla aplicable a la situación que tiene entre manos. En la mayoría de los casos hay múltiples reglas para aplicar, y no todas conducen al mismo resultado —lo más frecuente es exactamente lo contrario—. Y aquí no acaban los problemas: aun existiendo una regla «aplicable», se requiere interpretación. Para ello, hay que acudir a algún método de interpretación. Surge aquí una nueva disyuntiva: no hay un único método disponible, sino varios. Incluso existen varias combinaciones de métodos. A esa disyuntiva se suma otra: no sólo los distintos métodos conducen a resultados diversos, sino que también ocurre lo mismo con cada uno de los métodos. Pensemos, por caso, en una interpretación histórico-subjetiva del art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, con vistas a establecer si se deben o no dictar medidas de acción positiva a favor de los concebidos *in vitro*⁶.

Seguramente nos toparemos con constituyentes que responderán afirmativamente el interrogante, con otros que dirán que no, y con un grupo indiferente, que no tuvo en cuenta el problema a la hora de votar. En definitiva: incluso el mismo método de interpretación nos conducirá a resultados múltiples. Este problema llevará al intérprete, al momento de interpretar, a la disyuntiva teórica de tener que elegir entre una metodología de métodos y una de resultados. Se trata de una encrucijada sólo teórica, porque la práctica muestra con contundencia que la metodología de métodos no ha sido seguida por ningún tribunal judicial de la historia. La metodología de resultados supone la elección previa de un resultado entre muchos resultados posibles, y el confronto de ese resultado con las interpretaciones posibles de la regla, a la luz de los múltiples métodos disponibles.

Los problemas mencionados se potencian —y por tanto se perciben con mayor nitidez— en las situaciones de emergencia. Dicho de otro modo: con el advenimiento de la emergencia aumenta la «textura abierta» de las reglas. Piénsese en las dificultades interpretativas que se dieron en los casos tratados precedentemente, o incluso en «Saguir y Dib», que también puede ser conside-

rado «de emergencia» desde cierta perspectiva. En este último fallo, hubo que decidir si el requisito de haber cumplido 18 años de edad, que se exigía por ley para ser donante de un órgano con vistas a un trasplante «entre vivos», podía ser suplido con la autorización de los padres y la venia judicial⁷⁷. Si no se hubiese planteado en este dramático caso la sumatoria del peligro de muerte para el receptor y los 17 años y diez meses de edad en la hipotética donante, la regla aplicable no hubiese dado lugar a dudas: el rechazo de la demanda habría sido automático. La emergencia «abrió» la textura de la regla aplicable, y permitió a la Corte llegar a un resultado valioso a su criterio, aunque sin duda distinto al indicado por el tenor literal de la norma.

4.2. *Principios que cambian de contenido*

Me detendré por un momento en lo ocurrido en los casos tratados precedentemente con el derecho de propiedad. Para ello, conviene comenzar por distinguir los derechos según su fuente. No todos los derechos humanos son derechos constitucionales —aunque sería deseable que así fuera—, ni todos los derechos —*simpliciter*, por decirlo de algún modo— son derechos constitucionales ni humanos. Obsérvese lo siguiente: de lo dicho por la Corte en «Smith» podría inferirse que el «derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras» es un derecho constitucional. Ahora, si bien se observa, se verá que la fuente directa de este derecho no es la Constitución, sino los contratos celebrados entre los bancos y sus clientes, y por eso no es técnicamente adecuado tratarlo como si fuera un derecho constitucional. Hacerlo tiene consecuencias negativas para la correcta solución del caso.

En rigor, el derecho de propiedad es un derecho constitucional de características peculiares. No puede entenderse que la fuente de las determinaciones concretas de este derecho sea directamente la Constitución o, en clave iusnaturalista, la naturaleza humana. No existe, en otros términos, un derecho humano a la propiedad de tal o cual bien. Existen esos derechos, pero la fuente de su juridicidad no es la Constitución ni la naturaleza, sino la ley positiva del Estado o los acuerdos privados de los particulares.

Con el resto de los derechos constitucionales las cosas son diferentes. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la intimidad. Su fuente no es el contrato, ni la ley infraconstitucional, sino la Constitución misma. En el caso de la propiedad, lo único que la Constitución garantiza en sentido fuerte es el dominio de los bienes que sean necesarios para un desarrollo digno de la personalidad. La concreción de esa exigencia genérica, repetimos, es obra de la legislación infraconstitucional y de los acuerdos particulares, y se remite, claro está, a aquella exigencia constitucional, tanto como a otras exigencias constitucionales.

Téngase presente, por caso, que en la Constitución Española el derecho de propiedad no se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales.

Ahora bien, el alcance de la expresión «vida digna» depende, en buena medida, de las circunstancias concretas del caso: no es lo mismo una época histórica que otra (el concepto de lo que era una «vida digna» en la Edad de Piedra difiere, evidentemente, del que se tiene hoy), y no puede confundirse una situación de normalidad con una de caos generalizado.

Esta última observación pone de relieve un elemento importante: el rol fundamental que desempeñan las circunstancias históricas a la hora de establecer el contenido concreto del derecho de propiedad. Es verdad que el legislador no puede hacer con los títulos «positivos» lo que le plazca, puesto que, son, en principio, justos, y el sistema jurídico sólo se comprende y tiene sentido si se le da a cada cual su título, lo suyo. No obstante, puede ocurrir que un título positivo justo (el derecho de propiedad sobre un bien determinado, derivado de un contrato o de una ley) devenga injusto —tal como fue reconocido— como consecuencia de circunstancias excepcionales. En este tipo de casos, la justicia distributiva interviene reajustando el título con el fin de adecuarlo a las nuevas exigencias del bien común. Por ello, el derecho de propiedad garantiza los bienes necesarios para una vida digna en la medida en que esos bienes existan en la sociedad en cuestión. De esto se desprende que lo dicho en el párrafo precedente debe ser matizado o modulado en función de las circunstancias, y que, en rigor, en el caso de la propiedad deba hablarse del derecho a un reparto justo de los bienes, es decir, a una correcta aplicación de la justicia distributiva⁷⁸.

A la luz de lo expuesto, se comprende que el Estado tenga la facultad de regular los acuerdos particulares que dan origen a las determinaciones concretas del derecho de propiedad con mayor profundidad que si se trataran de derechos de fuente constitucional directa. Esto no equivale a dar rienda suelta a cualquier legislación estatal, pero sí que coloca las cosas en su justo sitio: lo que pertenece a la Constitución dentro de ella y lo que no, fuera. Lo contrario supondría una extralimitación del proceso que se ha denominado «de constitucionalización progresiva del Derecho»⁷⁹, con consecuencias nocivas para el sistema jurídico (una de ellas es el desborde de la jurisdicción constitucional).

Desde la perspectiva de los principios, cabe sostener, a la luz de lo dicho precedentemente, que las situaciones de emergencia producen una mutación en el contenido concreto del principio constitucional que reconoce el derecho de propiedad. En la emergencia, un conjunto de relaciones jurídicas que en tiempos de normalidad se rigen por la justicia conmutativa aparecen fuertemente

intervenidas por criterios redistributivos que surgen de otros principios — como los mencionados en el epígrafe 4— y de reglas que son dictadas como consecuencia de ellos. Estos criterios se extienden a la interpretación que llevan a cabo los operadores jurídicos intervinientes. En síntesis: la emergencia no sólo torna inaplicables determinadas reglas, sino que incide también sobre el contenido de los principios, y produce su mutación.

5. *Apuntes para una respuesta superadora: hacia una teoría distintiva tenue*

Las situaciones de emergencia, en suma, permiten ver con mayor nitidez los puntos de contacto entre principios y reglas: los problemas más importantes que se plantean en el nivel de los principios se replican en el nivel de las reglas. De allí la imposibilidad de una teoría distintiva fuerte o estructural entre principios y reglas. En este sentido, la argumentación de Aarnio, resumida en el segundo epígrafe, resulta a nuestro juicio impecable, aunque debe ser matizada y completada.

Lo impecable es la crítica a la existencia de una distinción «fuerte» entre principios y reglas, tal como dicha distinción es formulada habitualmente. En efecto, existen reglas que perviven a la colisión con otras reglas, y que admiten distintos niveles de cumplimiento. No hay inconveniente en aceptar, por tanto, que un principio es «un enunciado normativo de carácter muy general y abstracto», que «no tiene una estructura diferente de la norma [regla] concreta», sino «diferencias de grado o determinación»⁸⁰.

Lo que debe matizarse es el alcance del rechazo de la distinción. En efecto, si bien es verdad que hay reglas que son indistinguibles de los principios desde los criterios distintivos que se suelen emplear, debe admitirse que dichos criterios tienen, *prima facie*, utilidad e importancia⁸¹.

Además de la matización de la crítica de Aarnio, procede agregar lo siguiente: existe una perspectiva de distinción no estructural pero importante entre algunos principios (Pa) y un conjunto de normas integrado por el resto de los principios (Pb) y la totalidad de las reglas (R). Dicha perspectiva es la que proporciona el examen del origen de la fuerza deóntica de una cierta clase de principios y el resto de los principios y las reglas. En efecto: a) los principios Pa —que pueden ser llamados «principios razonables *per se*»— prescriben desde sí mismos; y su existencia no depende de que hayan sido reconocidos en una Constitución (aunque, obviamente, es saludable su reconocimiento positivo); b) los principios Pb y las reglas, en cambio, deben su fuerza deóntica preponderantemente al legislador o al juez que las creó. La diferencia se observa también desde el siguiente punto de vista, complementario del anterior: los

principios reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios, y por eso apuntan a estados de cosas y no establecen cursos de acción concretos; las reglas, en cambio, apuntan a alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas, y lo hacen estableciendo cursos de acción concretos⁸².

¿Qué significa que los principios Pa «prescriben preponderantemente desde sí mismos»? Simplemente, que su validez no depende del derecho positivo. Una afirmación así plantea inmediatamente el problema de la determinación del contenido concreto de esos principios. Esto conecta, indudablemente, con el tema del derecho natural. Aunque la clarificación de esta cuestión excede, y mucho, el alcance de este trabajo, vale la pena mencionar aquí lo siguiente: la existencia de factores naturales en los principios que «prescriben preponderantemente desde sí mismos» no significa que dichos principios existan y sean coercibles al margen de su positivización. En efecto, «[l]os factores naturales de que venimos hablando sólo pueden pertenecer al orden jurídico en cuanto están integrados en él, es decir, en cuanto se incorporan al mismo a través de alguna de las fuentes o momentos del derecho, en cuanto son *conocidos* por los operadores jurídicos (...) [.] natural y positivo no dicen referencia a tipos de normas diferentes sino al origen del elemento normativo»⁸³.

Tampoco corresponde extenderse aquí sobre las consecuencias de la existencia de principios Pa. Cabe, no obstante, resaltar algo obvio: se trata, indudablemente, de consecuencias de gran relieve; la presencia de esta clase de principios en un orden normativo cualquiera permite identificarlo como orden jurídico. Y, al revés, la ausencia de estos principios de un orden normativo clasifica a un orden normativo cualquiera como orden no jurídico⁸⁴. Por otra parte, de no existir esta clase de principios, resultaría incomprensible e injustificable hablar, como se hace con frecuencia en los textos constitucionales y en la jurisprudencia constitucional, del contenido «sustancial», «esencial» o «inalterable» de los derechos⁸⁵.

Lo anterior supone la inaceptabilidad del planteamiento general de Prieto Sanchís, que niega que la aparición de los principios deba producir el abandono de las tesis principales del positivismo jurídico. En efecto, la idea de «razonabilidad intrínseca» no se sostiene sin la simultánea aceptación de una vinculación entre Derecho y moral. Que un principio Pa sea razonable intrínsecamente significa que no depende para su razonabilidad de su reconocimiento por parte de legislador alguno. Es verdad que, en tanto principio, su existencia como tal deriva de una formulación concreta, en un lugar y momento histórico determinados. Pero existencia no es lo mismo que razonabilidad. O, dicho de otro modo, los principios Pa no derivan por completo de quien los positiviza. Por lo demás, y sobre esto no resulta necesario abundar aquí, la «razonabilidad intrínseca» bien puede ser traducida como «moralidad intrínseca» o «justicia intrínseca»⁸⁶.

Con los restantes principios y las reglas las cosas no son muy distintas, aunque pueden hacerse algunas distinciones de grado (no-estructurales). En efecto, unos y otros también descansan, aunque no preponderantemente, sobre criterios de razonabilidad que no dependen del legislador. Piénsese, por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito: el legislador pudo en su momento establecer que el semáforo rojo significaría «prohibido el paso» y el verde «autorizado el paso», o lo contrario, y que la calle en cuestión fuese o no doble mano, o mano en una dirección o en otra; es decir: el legislador contó con un margen enorme de maniobra: constituyó, de algún modo, la juridicidad y antijuridicidad de conductas que en principio eran indiferentes. Ahora bien, esto no significó una ausencia total de condicionamientos a la hora de legislar. El legislador no hubiera podido establecer, siguiendo con el mismo ejemplo, que los semáforos estarían en rojo varias horas, y en verde unos pocos segundos, o que todas las calles de una ciudad serían mano en una sola dirección. La razón de esto último radica en que una norma como esa frustra el logro de la finalidad que inspira y vertebral toda la regulación del tráfico, a saber: facilitar la circulación, remover los obstáculos que la dificulten.

Así las cosas, el reconocimiento de una naturaleza «bifronte» en los principios y reglas —que se hace más evidente en el caso de los principios Pa— afecta sin duda alguna la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: cada norma y cada derecho se conectan más o menos directamente con la moral.

Recebido para publicação em 15/10/04

Juan Cianciardo é Doutor em Direito. Professor Associado de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional II da Faculdade de Direito da Universidade Austral, Argentina.

6. Notas

1 L.L. 1991-C-141.

2 B.32.XXXVIII. «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo"», sentencia de fecha 1 de febrero de 2002.

3 ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1a. Reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

4 Un desarrollo más amplio en DWORKIN, R. *Taking Rights seriously*. London: Duckworth, 1978, pp. 72-94.

5 Art. 5.1. de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

6 Art. 8. 2. a) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (transcripto parcialmente).

7 Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 86-87.

8 *Idem*, p. 87.

9 *Idem*, p. 88.

10 *Ibidem*.

11 *Idem*, p. 89. Sólo una salvedad: desde nuestro punto de vista, en el Derecho constitucional existen relaciones de los principios entre sí y de las reglas entre sí respecto de un mismo caso distintas de las colisiones o conflictos. También en este otro tipo de relaciones pueden verse las diferencias entre reglas y principios.

12 Cfr. AARNIO, A., «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4, 2000, pp. 593-602, p. 596.

13 *Idem*, pp. 596-597.

14 *Idem*, p. 597.

15 *Idem*, p. 598.

16 *Idem*, p. 600.

17 *Idem*, p. 601.

18 Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)» in *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII, 1996, pp. 125-158, *passim*. Cfr., asimismo, PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 93-96.

19 Cfr. BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*. Turín: Giappachelli, 1979. Cfr., asimismo, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 3a. ed., 1977. Una caracterización reciente del positivismo, y algunos apuntes para su crítica, en MASSINI, C. I., «Dal positivismo giuridico all'eticità del diritto» in *Nuntium*, Pontificia Università Lateranensis, marzo 2003, pp. 26-31.

20 Cfr. BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 141-143.

21 Según Bobbio, «[e]l positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismo caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su *neutralidad valorativa*, o sea, en la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor* y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho» [BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 145]. El iusfilósofo italiano explica las razones de la neutralidad valorativa positivista con las siguientes palabras: «[p]ara un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente *objetivo* de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre *subjetivos* (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad» (*ibidem*).

22 Dicha teoría comprende las siguientes tesis: a) la definición del Derecho en función de la coacción. Según Bobbio, «[e]l positivismo jurídico se caracteriza por el hecho de que define constantemente el Derecho en función

de la coacción, en el sentido de que considera que es un elemento esencial y típico del Derecho». Esta tesis, que ha sido llamada también «tesis de las fuentes sociales», postula la definición del Derecho por su vigencia efectiva. Será derecho todo orden coactivo vinculado al poder social, concretamente al Estado moderno; b) la teoría de las fuentes del Derecho. Según el filósofo italiano, son fuentes del Derecho «los hechos o los actos a los que un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas» [BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, op. cit., p. 169]. Para el positivismo sólo la ley, es decir, la norma general y abstracta, es fuente de calificación jurídica. Esta tesis niega que existan materias que sean *per se* jurídicas; c) la teoría imperativista de la norma jurídica. Según Bobbio, los autores positivistas concuerdan en considerar que la norma jurídica, desde un punto de vista estructural, es un mandato (cfr. *ibid.*, p. 187). El acuerdo desaparece, sin embargo, al momento de definir exactamente en qué consiste ese mandato. El problema surge al considerar la existencia de normas permisivas, que confieren facultades o competencias. Para algunos autores, estas normas son reducibles a imperativos. Para otros, no. Lo que parece claro, sin embargo, es que si desea mantenerse al deber como centro de la estructura normativa (y por tanto jurídica) habrá que ampliar en una medida importante su conceptualización; d) la tesis de la plenitud del Ordenamiento. Para Bobbio, la teoría del Ordenamiento jurídico es la contribución original del positivismo a la teoría general del Derecho (cfr. *ibid.*, p. 201). Esta teoría se basa en tres conceptos fundamentales que se atribuyen al Ordenamiento: unidad, coherencia y plenitud. «Estas tres características son las que hacen que el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen» (*ibid.*, p. 202). De las tres, la más importante es la plenitud, por ser la característica más típica, el punto central del positivismo jurídico; e) la tesis de la coherencia del Ordenamiento. Esta tesis postula la inexistencia de antinomias, o sea,

de normas incompatibles entre sí (cfr. *Ibid.*, p. 211). En realidad, se acepta que, de hecho, *prima facie*, se den contradicciones entre lo establecido por una y otra norma. Lo que ocurre es que todas esas contradicciones pueden ser superadas con facilidad invalidando una de las normas en juego, esto es, expulsándola del Ordenamiento; f) la tesis de la función interpretativa de la jurisprudencia. El Ordenamiento jurídico es aplicado por el juez a los casos concretos mediante una deducción (cfr. BOBBIO, N., *ibid.*, pp. 215-225). La premisa mayor es la norma, la menor el caso, y la conclusión la sentencia. El juez no produce derecho, sino que reproduce en el caso el derecho creado por el legislador. Esto conduce a una concepción específica de la ciencia jurídica, el «formalismo científico», que tiene dos notas fundamentales: es una ciencia constructiva y deductiva. Es decir, a partir de conceptos jurídicos fundamentales contruidos desde el Ordenamiento, y que por tanto no pueden ser cuestionados o revisados, el jurista debe obtener mediante deducciones las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles (cfr. *Ibid.* p. 223).

23 La llamada «tesis de la obediencia» se asienta sobre la «creencia en ciertos valores y sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de la correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución se realiza a menudo a través de dos tipos de argumentaciones: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que

las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes en contraposición a aquella obligación externa o por temor a la sanción» (BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965, pp. 46-47).

24 PRIETO SANCHIS, L., «El constitucionalismo de principios», art. cit., p. 142.

25 *Ibid.*, p. 147.

26 *Ibid.*, p. 131.

27 *Ibid.*, p. 141.

28 *Idem*, pp. 133-134.

29 E.D. 141-519 (1990); cfr. BIANCHI, A. B., «La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica», L.L. 1991-C-141; BIDART CAMPOS, G. J., «Los plazos fijos indisponibles, ¿una confiscación?», E.D. 137-458; del mismo autor, «El fallo de la Corte sobre el plan Bonex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución: entre paréntesis)», E.D. 141-519; KAUFMAN, G. A., «Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso "Peralta"», E.D. 146:666; y SANTIAGO, A., «La Corte de los nueve (principales fallos institucionales 90-93)», art. cit., pp. 77-79.

30 La moneda de circulación legal en Argentina al momento del caso era el «austral».

31 Cfr. «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central)», cit., «Opinión del Procurador General de la Nación», I, y voto del juez Belluscio, cons. 1.

32 Cfr. *ibid.*, «Opinión del Procurador General de la Nación», I y II. La sentencia de la sala III de la CNCont.-adm. Fed. puede ser consultada en E.D. 137-459 y en L.L. 1990-D-131.

33 Cfr. CSJN, «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 1.

34 Cfr. *ibid.*, cons. 4 a 15.

35 Cfr. CSJN, «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —

Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 16 a 31. Los decretos de necesidad y urgencia no se encontraban expresamente previstos en la Constitución Nacional hasta la reforma de 1994, que los incorporó en el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo. Cfr., sobre su interpretación, COMADIRA, J. R., «Reglamentos de necesidad y urgencia», in *Revista Argentina de la Administración Pública* 194, noviembre de 1994, pp. 63-71; BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, 6 tomos, Buenos Aires, EDIAR, 1997, t. VII, «La reforma constitucional de 1994», pp. 427-444; QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalla, 1996, pp. 573-582; COLAUTTI, C. E., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, pp. 243-249.

36 Como advierte la mayoría del Tribunal, quien, al acabar el tratamiento de los dos primeros temas, sostiene: «superados los reproches constitucionales vinculados al origen de la norma, cabe ahora continuar —siempre en el marco del examen de su constitucionalidad— confrontándola con aquellos de los superiores principios de nuestra Ley Fundamental que interesan a su contenido» (cons. 32).

37 El juez Oyhanarte coincidió con el voto de la mayoría, aunque por otras razones: de un lado, admitió la constitucionalidad formal del decreto cuestionado sin plantear ningún límite a esta facultad implícita del Ejecutivo —implícita, como ya se ha dicho, en la Constitución antes de la reforma de 1994— (cfr. voto del juez Oyhanarte, cons. 5); de otro, entendió que no podía revisarse por el recurso de amparo la constitucionalidad de normas de alcance general, de acuerdo a lo establecido en el art. 2, inc. d) de la ley 16.986 (cfr. voto del juez Oyhanarte, cons. 16). El juez Belluscio también admitió el recurso extraordinario y rechazó la demanda. Su argumentación se apoyó en la norma aplicada por Oyhanarte, aunque en otro de sus aspectos. Según la opinión de Belluscio, el amparo interpuesto resultaba inadmisibles porque la vía ordinaria era apta para la defensa de los derechos patrimoniales en juego (cfr. voto del juez Belluscio, cons. 3 a 6).

38 Cfr. CSJN, «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 32.

39 *Ibid.*, cons. 33.

40 Más adelante, la mayoría define a la emergencia con las siguientes palabras: «se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, [y] origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución» [«Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 43)].

41 «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 35.

42 Cfr. *ibid.*, cons. 33.

43 Cfr. *ibidem*. Sobre este aspecto del fallo, cfr. la crítica de KAUFMAN, G. A., «Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso “Peralta”», art. cit., pp. 674-675.

44 *Ibid.*, cons. 37. La cita es de «Avico c/ de la Pes», Fallos 172:21 (1934), J.A. 48-698.

45 En palabras de la propia mayoría: «(...) la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (...), por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes (...), en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución» [«Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 57, con cita de numerosos precedentes].

46 Cfr. «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», cit., voto de la mayoría, cons. 57 y 58.

47 Cfr. *ibid.*, cons. 58.

48 Cfr. CSJN, B.32.XXXVIII. «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”», sentencia de fecha 1 de febrero de 2002, voto de la mayoría, cons. 5.

49 Cfr. *idem*, voto de la mayoría, cons. 1 y 2.

50 *Idem*, cons. 3.

51 Tras el dictado del decreto 1570/01, transcripto en lo que aquí interesa en el epígrafe anterior, se dictaron sucesivas normas que modificaron o complementaron lo allí establecido, o ampliaron los alcances de las restricciones al derecho de propiedad. En efecto, la ley 25561, sancionada y promulgada parcialmente el 6 de enero de 2002, ratificó tácitamente el decreto mencionado en sus arts. 6, 7 y 15. La ley declaró la emergencia y delegó una serie de facultades en el Poder Ejecutivo. Posteriormente, el decreto 71/2002, reglamentó la reforma en el régimen cambiario establecida en la ley 25561 y facultó al Ministerio de Economía a reglamentar la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras. Estas pautas serían modificadas, luego, por el decreto 141/02 en lo referente a la devolución de los saldos en monedas extranjeras. Sobre esta base, el Ministerio de Economía dictó la resolución 18/2002, del 17 de enero de 2002, luego modificada por la 23/2002, del 21 de enero de 2002. Esta última resolución estableció un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario a la fecha de su entrada en vigencia.

52 Cfr. Corte Suprema, B.32.XXXVIII. «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”», cit., voto de la mayoría, cons. 8.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Idem*, cons. 9.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Idem*, cons. 10.

⁵⁷ *Idem*, cons. 11.

⁵⁸ *Idem*, cons. 14.

⁵⁹ *Idem*, cons. 15.

⁶⁰ *Idem*, cons. 11.

⁶¹ *Idem*, voto del juez Fayt, cons. 14.

⁶² «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central)», voto de la mayoría, cons. 43.

⁶³ *Idem*, cons. 35.

⁶⁴ Cfr. «Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo», voto de la mayoría, cons. 9.

⁶⁵ «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», voto de la mayoría, cons. 43, con cita de Fallos: 243:467; y «Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo», voto de la mayoría, cons. 9.

⁶⁶ «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)», voto de la mayoría, cons. 52. Debe tenerse presente, no obstante, que este relevante criterio no fue valorado de modo suficiente por la Corte a la hora de resolver el caso «Smith», circunstancia que en mi opinión no le hace perder vigencia. He aquí, por ello, una de las críticas más importantes que pueden hacerse de esta última sentencia. Simultáneamente —no es sencillo establecer relaciones de causalidad entre lo anterior y lo que sigue— la Corte omitió considerar allí la posibilidad de tratar de modo diferenciado las distintas medidas económicas que se encontraban en juego en el caso —por aquel entonces (1 de febrero de 2002), de un lado, las que instauraron el llamado «corralito» y, de otro, las que dieron lugar al «corralón»—. Tener en cuenta una y otra podría haber cambiado el contenido de la decisión tomada en

ese fallo. No resulta posible abundar aquí sobre estas críticas. Cfr., al respecto, mis trabajos «Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad», «Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad», *La Ley*, marzo de 2002, y «El derecho de propiedad en la Constitución argentina. Una aproximación desde la doctrina de la emergencia», capítulo publicado en LORENZETTI, R. L. (Director), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, *La Ley*, 2002, pp. 3-24.

⁶⁷ En el art. 14 de la Constitución Nacional se establece que: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de usar y disponer de su propiedad».

⁶⁸ En el art. 1197 del Código Civil se establece que: «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma».

⁶⁹ Cfr. SERNA, P., «Introducción», en SERNA, P. (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, pp. 1-12, p. 4 y sus citas.

⁷⁰ Fallos 302:1284 (1980).

⁷¹ Cfr. «Saguir y Dib», cit., Dictamen del Procurador General de la Nación.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Idem*, voto de los jueces Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino, cons. 6.

⁷⁴ *Idem*, cons. 9.

⁷⁵ Se trataba del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos.

⁷⁶ Se estableció en la norma mencionada que: «Corresponde al Congreso: (...) inc. 23. (...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia».

⁷⁷ El art. 13 de la ley 21.541 establecía, en lo pertinente, que: «Toda persona capaz, mayor

de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...».

78 El derecho de propiedad ha evolucionado, en nuestra Constitución material, desde la concepción «liberal» hacia la «clásica»; es decir, el derecho de propiedad constitucional se ha ido asimilando progresivamente al derecho humano de propiedad, en consonancia con lo que ha ocurrido en el resto de los países occidentales a medida que se ha tomado conciencia de que se trata de un derecho que junto con una faz individual tiene otra, social, que mira no tanto al mérito personal de quien es titular del derecho como a sus necesidades concretas. El Derecho se abre por esta vía a la solidaridad.

79 Cfr., al respecto, ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S. p. a., 1992. Ed. en castellano, *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1997, *passim*.

80 LAPORTA, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema* 67 (1985), pp. 3-31, pp. 6 y 5.

81 Me he ocupado de esto en CIANCIARDO, J., «Los principios en el Derecho constitucional (una aproximación desde la jurisprudencia)», todavía inédito.

82 Debo esta última idea a conversaciones mantenidas con el Prof. Pedro Serna.

83 SERNA, P., *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, p. 115. Cfr. asimismo, más recientemente, el excelente trabajo de P. SERNA, «Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann», en SERNA, P. (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, op. cit., pp. 211-247, dedicado, entre otras cosas, a esta cuestión.

84 Cfr., al respecto, las interesantes ideas de R. Alexy en *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997,

pp. 73-82. Cfr., al respecto, «Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica», *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho I* (2001), pp. 105-138, pp. 121-124 y 128-129.

85 Cfr. art. 28 de la Constitución Nacional, art. 53 de la Constitución Española, art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn, etc. Cfr. asimismo, p. ej., Hagelin, Ragnar c. *Estado nacional - Poder Ejecutivo*, L. L. 1995-A-68 (1993). Se afirma allí que «los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28)» (voto de los jueces Fayt y Moliné O'Connor, cons. 7).

86 Aunque los términos en que muchas veces se asocian estos conceptos conduzca a problemas insolubles, justamente criticados por el positivismo. Cfr. SERNA, P., «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», *Persona y Derecho* 37-2, 1997, pp. 279-314., esp. pp. 306-314.

7. Bibliografía

AARNIO, A., «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4, 2000.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1a. Reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

BIANCHI, A. B. «La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica», L.L. 1991-C-141.

BIDART CAMPOS, G. J. «Los plazos fijos indisponibles, ¿una confiscación?», E.D. 137-458.

_____. «El fallo de la Corte sobre el plan Bonex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución: entre paréntesis)», E.D. 141-519.

- _____. *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, 6 tomos, Buenos Aires, EDIAR, 1997.
- BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.
- _____. *Il positivismo giuridico*. Turín: Giappachelli, 1979.
- _____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milan: Edizioni di Comunità, 3a. ed., 1977.
- CIANCARDI, J., "Los principios en el Derecho constitucional (una aproximación desde la jurisprudencia)". (inédito)
- COLAUTTI, C. E. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- COMADIRA, J. R. "Reglamentos de necesidad y urgencia", in *Revista Argentina de la Administración Pública* 194, noviembre de 1994, pp. 63-71.
- DWORKIN, R. *Taking Rights seriously*. London: Duckworth, 1978.
- KAUFMAN, G. A. "Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso 'Peralta'", E.D. 146:666.
- LAPORTA, F. "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema* 67 (1985), pp. 3-31.
- MASSINI, C. I.. "Dal positivismo giuridico all'eticità del diritto" in *Nuntium*, Pontificia Università Lateranens, 2003, pp. 26-31.
- PRIETO SANCHÍS, L. "El constitucionalismo de principios: ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (a propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)" in *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII, 1996, pp. 125-158.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y positivismo*. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1999.
- QUIROGA LAVIÉ, H. *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: Zavalia, 1996.
- SANTIAGO, A. "La Corte de los nueve (principales fallos institucionales 90-93)".
- SERNA, P. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Pamplona: Eunsa, 1990.
- _____. "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", in *Persona y Derecho* 37-2, 1997, pp. 279-314.
- _____. (Dir.). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2003.
- ZAGREBELSKY, G. *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.

Por uma teoria distintiva tênue entre princípios e regras: apontamentos a partir da emergência

Palavras-chaves: princípios- regras- emergência econômica

O presente trabalho aborda o tema dos princípios e regras a partir dos critérios usuais de distinção entre essas duas espécies normativas, visando propor uma diferenciação tênue e inovadora entre elas. A exposição se inicia com a explicação dos mencionados critérios, passando, a seguir, às críticas de inexistência e de irrelevância da distinção entre regras e princípios, elaboradas, respectivamente, por Aulis Aarnio e Luís Prieto Sanchís. As teses desses dois autores são analisadas à luz de um par de casos judiciais julgados pela Corte Suprema argentina que trazem à baila a forma de atuação de alguns princípios constitucionais em situações de emergência econômica. Desse modo, o autor deste estudo pretende esclarecer alguns aspectos importantes das regras e princípios jurídicos, latentes em situações de normalidade. A conclusão do trabalho constitui-se de uma valoração das teses de Aarnio e Prieto Sanchís, bem como dos apontamentos iniciais de uma nova postura teórica frente à distinção entre princípios e regras.

Towards a thin distinctive theory between principles and rules

Keywords: principles- rules- economic - emergency

The author works out the matter of principles and rules from the usual criteria of distinction between these two legal forms in order to propose an innovative and thin differentiation between them. Exposition begins with an explanation of the criteria, going then to the critiques of the nonexistence or irrelevance of the distinction between principles and rules, made by Aulis Aarnio and Luis Prieto Sanchís. The authors' theses are discussed in the light of a couple of Argentine's Supreme Court cases in which we can see the application of some constitutional principles to situations of economic emergency. Through this analysis, the author tries to make clear some important aspects of principles and rules latent in normality situations. The conclusion leads to a valuation of the above mentioned theses as well as of the initial drafts of a new theoretical stance in the distinction between principles and rules.