NORMAS Y PRINCIPIOS. HACIA UN MEJOR CONOCIMIENTO DEL DERECHO

RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ

"El jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco. No basta con conocer las normas particulares; es necesario penetrar en el espíritu que las anima, el cual tiene sus primeras raíces en nuestro propio espíritu. La particularidad de las leyes remite a la universalidad del derecho; y el pensamiento del universal es filosofía. Jurisprudencia y filosofía no pueden, pues, marchar separadas...".

(Giorgio del Vecchio, Los principios generales del derecho).

"Aquí debo, por tanto, salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo".

(Feuerbach: "Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtwissenschaft").

I. EL "PARADIGMA" COMO CRITERIO DE MODIFICACIÓN DE LAS CONCEPCIONES CIENTÍFICAS

De acuerdo con Thomas S. Kuhn,¹ la mejor manera de entender los movimientos y transformaciones radicales de las teorías científicas y nuestra percepción acerca del mundo, es mediante lo que él denomina "paradigma",² término que si bien no aclara de manera satisfactoria, sí nos puede servir para explicar el cambio fundamental que ha operado en el derecho en los últimos sesenta años, mediante sucesos históricos concretos, que propiciaron la aparición de nuevas teorías, y que en conjunto, alteraron no solamente la naturaleza de nuestro objeto de estudio, sino además, la forma en que los juristas lo contemplan.

De acuerdo con su hipótesis, existe la llamada "ciencia normal", la cual no es otra cosa, que el nivel de la investigación teórica, elaborada con base en uno o más logros científicos aceptados por la comunidad y que constituyen el fundamento de su posterior producción. La misma va acompañada de una serie de libros característicos o "clásicos", que sirven en primer lugar, para definir y delimitar los auténticos problemas científicos,

dándoles explicaciones más o menos convincentes y por el otro, para mostrar a los investigadores, los objetivos y las tareas que deben producirse en el futuro.³ Por supuesto, esto trae como consecuencia, la adopción de un sinnúmero de partidarios que asumen y reconocen dichas posturas y las defiendan frente a otras clases de explicaciones.

El desarrollo que se realice para complementar el conocimiento adquirido, debe ser coherente con las premisas en las que se apoya, lo que da mayor sustento a ese conocimiento y permite no sólo su divulgación, sino también su complemento y perfeccionamiento. Este estado de la ciencia implica, por supuesto, una teoría más o menos consistente y difundida ampliamente dentro de la comunidad, así como un método propio que ayude a contemplar y explicar de una manera peculiar el objeto de estudio.

Resulta evidente que durante la historia de esa concepción de ciencia, se acumulen resultados o explicaciones compatibles con el paradigma que los sustenta, pero también es factible y de hecho así sucede, que se vayan produciendo otro tipo de respuestas o informaciones que no son consistentes con las explicaciones en boga, ni con la teoría producida, o que genere insatisfacción en los resultados obtenidos, por lo que se producen anomalías en el conjunto de conocimientos logrados.

No es sino cuando se alcanza un nivel alto de esas anomalías y éstas se acumulan en forma progresiva, lo que vuelve intolerable el seguir manteniendo las ideas torales de las que surgió esa ciencia, por lo que se produ-

Thomas S. Kuhn, "La estructura de las revoluciones científicas" (trad. Carlos Solís Santos, de la 2a. ed. en inglés de 1970), Fondo de Cultura Económica, México, 2004. También nos apoyaremos en la somera explicación que de esta concepción hace el Dr. Ruy Pérez Tamayo: ¿Existe el método científico? Historia y realidad, El Colegio Nacional y Fondo de Cultura Económica, 3a. ed., México, 2004, pp. 232 y ss. De hecho, el término "paradigma", de origen griego y propio del arte retórico, se ha utilizado por los tratadistas, para enfatizar el cambió radical en la teoría del derecho. Es indudable la influencia de Kuhn en este uso, lo que también contribuyó a ello, el resurgimiento de las prácticas retóricas en el método jurídico.

² Ibidem, pp. 57 y ss.

¹ Ibidem, p. 37.

ce una radical transformación y con ello, se crea un nuevo "paradigma", sobre el cual se elaborarán las nuevas explicaciones para volver a producir la llamada "ciencia normal". A este cambio Kuhn lo denomina "revolución científica".⁴

Es la "revolución científica" la que nos permite explicar y predecir de cierta manera, el conocimiento futuro y su distinción tajante y oposición con el modelo de conocimiento anterior. Por supuesto, el paradigma que lo encierra se sigue desarrollando hasta que se ve sustituido a su vez por otro, que da razón de la modificación posterior de la ciencia en donde se aplica. El nuevo paradigma por supuesto, nace de las lagunas y explicaciones insatisfactorias que deja el anterior, de tal forma que surge como una mejor explicación del anterior y en aras de atender los aspectos descuidados por él.

Es posible que el mérito principal de esta forma de contemplar la labor de los científicos, consista en la explicación de lo que constituye un progreso en la ciencia. Sólo podemos aprehender satisfactoriamente la aparición de las teorías y sus finalidades, cuando tenemos presente la clase de problemas y explicaciones insatisfactorias que no pudieron resolver las hipótesis anteriores. Esto es, la ciencia, como nos recuerda Kuhn, no puede separarse de la historia en la que surge, ni de los intereses de los hombres que la elaboran. No obstante esto y en forma sorprendente, este autor señala que en el resultado de esa trayectoria, encontramos las notas de relativismo e irracionalidad, que nos impiden verlos como una superación efectiva, definitiva y lineal

de los conocimientos adquiridos,⁵ es decir, como un progreso real, como en contraposición lo plantea Karl Popper, mediante el método del "ensayo y error" y las "hipótesis falseables".⁶

Sin pretender afirmar que el modelo hipotético de conocimiento científico propuesto por Kuhn, sea correcto o comprobado, pero sobre todo, aplicable a las ciencias sociales y particularmente al derecho, sí podemos utilizar sus ideas generales, para explicar el cambio de perspectiva, es decir, de "paradigma" que se dio en la teoría del derecho, a partir de la segunda mitad del siglo XX, mediante la transformación radical, no únicamente de nuestra percepción de lo que es el fenómeno jurídico, por las insuficiencias, anomalías e insatisfacciones que produjo la entonces "ciencia jurídica normal", por medio de sus libros "clásicos", sino también, el cambio fundamental que se dio y se está dando.

Dicha modificación no sólo se produjo por cambios políticos, económicos y sociales radicales que se dieron en Occidente, sino también, obedeció a que la teoría jurídica elaborada hasta entonces, no pudo resolver en forma satisfactoria, ni estaba preparada para atender los problemas más importantes que se les presentaban en ese entonces a los juristas, ni pudo responder a sus in-

⁵ Como lo expone en el capítulo XIII: "El progreso a través de las revoluciones", pp. 268 y siguientes: "Para ser más exactos, hemos de abandonar la idea implícita o explícita de que los cambios de paradigma llevan a los científicos y a quienes de ellos aprenden cada vez más cerca de la verdad", p. 284.

⁶ Al respecto véase: Conjeturas y refutaciones, Buenos Aires, Paidós, 1967.

⁷ De hecho el propio Kuhn, con respecto a la idea de progreso, coloca en el mismo nivel a las ciencias exactas y físicas de las llamadas ciencias sociales, véase capítulo XIII, op. cit.

⁴ Ibidem, p. 162.

quietudes, ni unir la práctica social con las aspiraciones sociales, políticas o morales, por lo que los fundamentos sobre los cuales se constituyeron sus explicaciones tuvieron que ser sustituidos.

Y es que el derecho, como sucede con las demás ciencias sociales, a diferencia de las restantes ramas del conocimiento, no realiza sus investigaciones con base en elementos o entes externos, perfectamente delimitados y acabados, ajenos al hombre y a sus influencias, sino por el contrario, comparte como objeto de estudio la "cultura", misma que no sólo se conforma por manifestaciones externas del individuo, sino también y lo más importante, se ve influido y modificado, por la presencia del propio hombre y de la comunidad en la que se encuentra, por lo que las afectaciones que sufre, repercuten no sólo en el objeto del conocimiento, esto es, la propia "cultura", sino además, en las explicaciones que formulamos para su cabal comprensión.

De esta manera, estas teorías, no sólo tienen que contemplar su objeto como fue visto por los anteriores cultivadores de la ciencia, sino además, por las transformaciones que se van produciendo a lo largo de la historia. El objeto del derecho, al estar inserto en la historia y en la "cultura", se transforma cuando operan cambios importantes en el entorno humano, por lo que una misión particular de los teóricos del derecho es detectar y difundir cuándo se ha operado el cambio y los resultados que ha producido.

En este sentido, a continuación trataremos de esbozar y explicar someramente cómo se dio el cambio de "paradigma" en el derecho en la última mitad del siglo XX y sus consecuencias.

II. UN PERIODO RELEVANTE PARA EL DERECHO

El año de 1945 fue importante, no sólo porque se puso fin a la Segunda Guerra Mundial, la conflagración bélica más importante y devastadora ocurrida en la historia moderna, con todos los horrores que trajo consigo, sino también significó para nuestra cultura, el establecimiento permanente de las ideas democráticas y liberales (punto que sólo se cristalizó con el fin de la llamada "guerra fría"). Como uno de sus primeros resultados teóricos, los juristas buscaron las respuestas que explicaran y justificaran dichos horrores y el sentido de la guerra, sobre todo, para tomar las medidas necesarias para evitar su repetición.

No tardaron en surgir las voces que señalaran a los "culpables" de la guerra y de sus tristes resultados: los teóricos del derecho y su forma reduccionista de contemplar al mismo, quienes no habían permitido frenar a los instigadores de la violencia, ni de los excesos que produjo. Entre ellos, sobresale Gustav Radbruch, quien contundentemente apuntó que la responsable de que Hitler hubiera llegado al poder y de la Guerra Mundial, había sido la teoría positivista imperante en Alemania, la "ciencia normal" de la época, la que había dejado no sólo a los abogados, sino a la población en general, sin herramientas conceptuales suficientes para primero percibir los peligros que había detrás de sus postulados y más adelante, para combatirlos cuando se hicieron del poder político e implantaron su programa de acción por medio de normas jurídicas:

"Una orden es una orden, tal cosa vale para los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho cesan de requerir obediencia cuando él sabe que la orden persigue un crimen o una falta, no conoce el jurista, desde que hace unos cien años se extinguieron los últimos iusnaturalistas entre los juristas, ninguna excepción respecto de la validez de la ley y la obediencia de los sometidos a la ley. La ley vale porque ella es ley, y es ley cuando ella, en la generalidad de los casos, tiene el poder de imponerse.

Esta concepción de la ley y su validez (nosotros la llamamos doctrina positivista) ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos contra leyes, por más arbitrarias, crueles y criminales que ellas sean. Equipara en última instancia el derecho al poder: sólo donde se halla el poder, allí existe el derecho".8

Era evidente que los trágicos acontecimientos constituían una seria llamada de atención hacia el mundo en general, particularmente para los juristas y la ciencia que cultivaban. Resultaba indispensable tratar de evitarlos, no sólo con la creación de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales idóneos, sino era vital transformar nuestra percepción de lo que realmente significaba el derecho. Lo cual sólo podría suceder, con una teoría jurídica consistente, que vinculara las características modernas de la ley, con las firmes convicciones morales de la comunidad. Esto es, era indispensable buscar una vez más, a nivel conceptual, el vínculo entre moralidad y derecho, que la teoría había desechado, al considerarlo innecesario:

"Esto vale para lo futuro. Frente a la arbitrariedad de aquellos doce años pasados, debemos buscar la realización de las exigencias de la justicia con el mínimo de menoscabo de la seguridad jurídica. No a todo juez le sería dable privar de valor a las leyes por su propio puño; esta misión debería ser reservada más bien a un alto tribunal o a la legislación".9

En su última obra, el viejo jurista de la Universidad de Heidelberg proponía que a la par de las normas positivas, se tuvieran principios o instituciones de carácter moral que pudieran revisar el contenido de las citadas prescripciones y ayudar a proteger al hombre de una nueva masacre:

"Por donde vemos cómo, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resulta aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a derecho, como desafueros bajo forma legal. Hasta qué punto deba atenderse a la justicia cuando ésta exija la nulidad de las normas jurídicas contrarias a ella, y en qué medida debe darse preferencia al postulado de la seguridad jurídica, si ésta impone la validez y el reconocimiento del derecho estatuido, aun a trueque de su injusticia, son problemas que hemos examinado y procurado ya resolver en páginas anteriores. El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el

Radbruch, Gustav, "Primera toma de posición luego del desastre de 1945", en El hombre en el derecho (trad. Aníbal del Campo), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 121

Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en El hombre en el derecho, op. cit., p. 137.

nombre que la Filosofía del derecho ostentaba en las antiguas universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de derecho natural". 10

Esta posición coincidía con la de otros juristas como Heinrich Rommen y podríamos decir, era la dominante en la doctrina jurídica alemana. Tal visión también fue compartida posteriormente por el mundo entero y de hecho, es la percepción general que tenemos hoy en día, sobre dichos sucesos.

Sin embargo, Ernesto Garzón Valdés nos ha enseñado que si bien al final de la guerra, se atribuyó esa responsabilidad exclusivamente hacia la postura positivista, al ser la explicación científica más aceptada y divulgada entre los juristas, conceptualmente es falsa, porque los teóricos nazis durante su permanencia en el poder, habían descartado expresamente su ejemplo más claro, como lo fue la teoría kelseniana, por evidentemente contraria a sus postulados, al no brindar una adecuada imagen del Estado y sobrevalorar el papel del individuo.

Por otro lado, también los juristas nazis habían utilizado la teoría del derecho natural, para construir y defender las bases de su ideología, dando a entender que la justificación del sistema jurídico que llegaron a imponer, derivaba en una "legalidad natural" basada en el pueblo y en su "derecho no escrito", emanado de

Tomando en consideración esta conclusión, no debemos caer en el error de atribuir exclusivamente la culpa del surgimiento y auge del nazismo o del fascismo, a la teoría positivista del derecho, ya que como se ha expuesto, también habría que encontrar las respectivas responsabilidades a las concepciones metafísicas y abstractas que daban las distintas doctrinas iusnaturalistas, así como las posturas decisionistas e irracionalistas tan de moda en los inicios y la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, sí debemos considerar que siendo culpable o no, y después de los desastres de la guerra, el sentir general fue el que las teorías jurídicas predominantes, no sólo la positivista, sino incluso la fundada en el "derecho natural", por su alejamiento de la realidad política en la que se pretendían aplicar, habían sido insatisfactorias no sólo para comprender correctamente

la sangre y de la raza. De cualquier forma, estos abogados habían invocado en sus explicaciones, cuestiones
valorativas para corregir o suprimir el derecho legislado y superar los valores individualistas y liberales que
se encontraban en ellos. 11 Como lo hacían los teóricos
que compartían la teoría del derecho natural, juristas
nazis como Karl Larenz, Carl Schmitt, Theodor Maunz,
Walter Hamel o Hans Gerber, habían insistido en que el
derecho no solamente debía ser reducido al conjunto de
leyes, sino además, a otros elementos extranormativos
que permitieran un completo conocimiento del "auténtico derecho" que debía aplicarse a la realidad.

Radbruch, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, 6a. reimp. de la 1a. ed. en alemán de 1948, México, 1998, p. 180.

¹¹ Al respecto véase el prólogo de su obra *Derecho y filosofía* (trad. Carlos de Santiago), 2a. ed., Fontamara, México, 1988, edición tomada de Editorial Alfa, del año 1985, pp. 5 a 41.

el fenómeno jurídico, sino también, por no permitir el combate del surgimiento de las ideas políticas que pusieran en peligro al modelo de ciencia jurídica. Por supuesto, el derecho como tal, tampoco ofrecía una adecuada defensa, ante las múltiples interpretaciones que se le podían dar.

Triste es el caso de Kelsen, que a pesar de ser víctima principal de los efectos del nazismo, tuvo que admitir, que el derecho que se aplicó en Alemania durante la dominación nazi, a pesar de ser un hecho lamentable y aberrante, no podía negarse su realidad, es decir, que había sido efectivamente un derecho vigente y por ello, "valido". 12

De cualquier manera, debemos considerar esa fecha, como el inicio de un nuevo intento, tanto en la teoría jurídica, como en la legislación, para buscar el que esos lamentables acontecimientos no volvieran a suceder, y sobre todo, el de encontrar nuevos caminos ante los deficientes resultados teóricos y prácticos que habían dejado en los hechos, las teorías positivistas que hoy denominaríamos como "ciencia normal".

A partir de ahí, los juristas alemanes intentaron nuevas fórmulas de explicar el fenómeno jurídico, revitalizando las teorías iusnaturalistas, estableciendo nuevos derroteros de conocimiento como la lógica jurídica, las teorías de la tópica, etc., particularmente aquellas en donde se buscaba unir nuevamente el derecho con la moralidad social, que el positivismo se había empeñado en desterrar, en aras de mantener un conocimiento neutral y objetivo. No cabe duda que el fenómeno de la Guerra Mundial produjo en términos generales un desencanto de la ciencia política y jurídica y de sus resultados teóricos y prácticos, que trajo como consecuencia, la búsqueda de nuevas ideas que explicaran de mejor manera el fenómeno jurídico, vinculando no sólo la idea del derecho, sino además los postulados en los que los hombres consideraban, que debería sustentarse.

El caso de Italia no fue distinto, según lo que he podido estudiar, ya que la llegada del fascismo, no trajo la resistencia de los juristas, ni el sistema de derecho fue obstáculo para ello, como lo señala Luigi Ferrajoli:

"Naturalmente entre los juristas, salvo pocas figuras antifascistas como Silvio Trentin y Francisco Riffini, hubieron formas y grados distintos de desempeño, de adhesión y de compromiso: la toma de distancia de los viejos maestros, como Orlando y Scialoja, que se apartaron en espera de que terminara lo que, al igual que Croce, consideraron un "paréntesis"; la adhesión al régimen de otros que, como Santi Romano, Oreste Ranelletti y Vicenzo Manzini, escogieron trabajar en el mismo porque convergían objetivamente con el estatalismo fascista y porque buscaban salvar lo salvable del principio de legalidad y de los valores de la neutralidad del Estado y de la autonomía del derecho; la aceptación por oportunismo o transformismo, o simple conformismo de la gran mayoría y; por último, el compromiso militante de los juristas del régimen. Pero, más allá de las adhesiones más o menos convencidas, los terrenos de encuentro fueron, por un lado el antiguo método técnico jurídico que había creado una cultura anti-política, burocrática y estatalista y que podía convivir perfecta-

¹² Citado por Garzón Valdés, op. cit., p. 6.

mente con el fascismo y, por el otro, la enorme capacidad del régimen para integrar "técnicos"...". 13

México, al igual que los demás países de América, no tuvo un impacto directo e inmediato en sus sistemas normativos, debido a los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, sino que en la mayoría de los casos, tuvieron que esperar a que los cambios se consolidaran en Europa, para que se pudieran traducir en las normas fundamentales de nuestros países, como estamos contemplando en los presentes años.

Particularmente el caso mexicano es interesante, porque a finales de la guerra comentada, apenas se estaba por cumplir el tercer decenio de la entrada en vigor de su Constitución, la cual está vigente hoy en día, aunque con múltiples reformas, misma que surgió entre otras de sus causas, como una reacción ante un golpe militar o "cuartelazo", donde sus instigadores, para derrocar al presidente Madero, elegido democráticamente, habían utilizado a la Constitución entonces en vigor, para la legitimación de su movimiento, mediante el respeto "en apariencia", de los mecanismos de sucesión presidencial. Es decir, habían empleado para su rebeldía, los estrictos elementos formales señalados por la ley constitucional, para la "designación" del nuevo presidente de la República, aunque violentando en realidad con sus hechos, su "espíritu".

Lo paradójico de esta experiencia es que el movimiento revolucionario que como reacción se opuso a Nuestra Carta Magna entonces, fue el producto de aquellos hombres que con el propósito de restablecer el orden constitucional y la vigencia efectiva de la antigua Constitución, combatiendo aquellos actos que amparados en la letra de la ley, en realidad la habían transgredido, terminaron por crear una nueva, como único medio, para llevar al país al cauce de la auténtica legalidad que se había "perdido" en nombre de la misma ley.

Como se puede observar, resulta ser una situación similar, guardando las notorias diferencias, a lo que aconteció en Europa.

Después de esta digresión, debemos volver a nuestro tema y concluir que 1945 es el año a partir del cual comienza la transformación radical del derecho, misma que operó en tres vertientes:

a) En primer lugar, en la forma de percibirlo y de analizarlo, dando una mayor relevancia a su contenido material y valorativo, lo que implicó el reconocimiento de otros elementos extra normativos que lo integran, como los valores y los principios jurídicos:

¹¹ Ferrajoli, Luigi, "La cultura jurídica en la Italia del siglo XX", en Epistemología jurídica y garantismo (trad. Pedro Salazar), Fontamara, México, 2004, pp. 194 y 195. El artículo es del año de 1996.

¹⁴ Sobre este menester, véase el artículo de Felipe Tena Ramírez, "Derecho constitucional", en Evolución del derecho mexicano (1912-1942), t. I, Ed. Jus, México, 1943, pp. 19-44.

"Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar al derecho con la ley. Hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia... una conclusión que parece generalmente admitida, pero que se ha perdido de vista en la concepción formalista y legalista del derecho: el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos razonable". 15

Este punto, llevado al nivel del derecho constitucional, trajo la transformación de la idea del Estado y de las funciones que debería desempeñar en la sociedad, en atención a que se pasó de un simple modelo constitucional democrático, formalista, escéptico en el plano moral y relativista, que había caracterizado a la Constitución de Weimar de 1919 y las demás de la época, a un modelo de constitución sustentado en valores "culturales", así como en la dimensión axiológica del individuo y de la comunidad. Frente al predominio del poder público sobre el ciudadano, se moverá el eje central de los textos supremos de los países, hacia los

Bajo este nuevo ideal de sistema constitucional, se fijaron como claves fundamentales en las que se basa la actuación de los poderes públicos: la dignidad humana y sus valores, como principios lógicos, ontológicos y deontológicos de los derechos y de la justificación del poder público (como sucede en el artículo 1 de la Constitución alemana) estableciendo al efecto, medidas efectivas de protección frente al estado, lo que conlleva incluso a la pérdida de derechos fundamentales, frente a aquellos que quieran socavar o combatir el sustento constitucional, o el régimen fundamental de libertad y democracia (el artículo 18 de la Constitución alemana). 16 Recuérdese que fue precisamente este punto el que se alteró profundamente durante los sucesos de la Guerra Mundial comentada, no sólo por la afectación de la idea del individuo, sino de los grupos étnicos, religiosos, políticos, etc. en donde se inserta.

Se estableció frente a la idea del Estado de derecho, un Estado social de derecho, fundado en la idea de la democracia; distinguiendo al efecto entre la ley y el derecho (artículo 20.3 de la Constitución alemana) para distanciarse así de las pos-

derechos y libertades básicas de los individuos, quienes girarán a partir de entonces, alrededor de las leyes y no al revés, como había sido antes.

Perelman, Chaim, La lógica jurídica y la nueva retórica (trad. Luis Diez Picazo), Civitas, Madrid, 1988, p. 97.

¹⁶ En este tema, véase Stern, Klaus, Derecho del Estado de la República Federal Alemana (trad. Javier Pérez Rollo y Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 393-401.

turas positivistas y de su posible injerencia en la hermenéutica constitucional.¹⁷

Ejemplos similares se dieron con la Constitución española de 1978, como podemos desprender de sus artículos 1,1; 10,1; 53,1 y 103,1; o la Constitución italiana de 1947, o la Constitución de Portugal de 1976, entre otros ejemplos.

Resulta notorio que el cambio de la perspectiva que venimos comentando y por lo mismo, de "paradigma", incidió en el énfasis que se puso en el individuo en contraposición del estado y particularmente a su concepto prioritario, la soberanía, lo que modificó sustancialmente la forma de organización política de los estados modernos. Cambio radical y trascendente, si se toma en cuenta que el término "soberanía" fue en su origen, no solamente la nota constitutiva del Estado nacional, sino también el fundamento para consolidar al estado como poder monopolizador del derecho, dentro de sus fronteras.

Sin embargo, como lo apunta Zagrebelsky, esa noción ya no se puede reconocer actualmente, con la claridad que tenía antaño. Diversas fuerzas políticas han incidido en su debilitamiento, como lo son, el pluralismo político y el social dentro de los estados, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado en diversas áreas como la política, económica, cultural y religiosa, incluso en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización de fuerzas jurídicas en dimensiones supraestatales, sustrayéndose de los estados particulares, etcétera.¹⁸

b) En segundo lugar, y como una consecuencia práctica, ante el reconocimiento de diversas fuentes en el derecho, se transformó la manera como debería aplicarse ante los tribunales, recalcando, contrario a lo que postulaba el positivismo, la labor importante y trascendente que realiza el juez, no sólo en la actualización de las normas, sino sobre todo, en la creación y complementación de los sistemas jurídicos, con base en los valores y principios que también forman parte del derecho. Chaim Perelman, apuntó al respecto:

"Esta tendencia hacia el acercamiento de los poderes de los jueces en la elaboración del derecho se acentuó tras el régimen nacional socialista y la resonancia mundial que tuvieron los juicios de Nüremberg. El malogrado profesor Marcic pudo hablar a este propósito de un paso del Estado gobernado por las leyes al Estado gobernado por los jueces. Con esta nueva visión de las relaciones entre el poder legislativo y el judicial forma pareja una nueva con-

P Véase al respecto Lucas Verdú, Pablo, Teoría de la Constitución como ciencia cultural, 2a. ed., Dykinson, Madrid, 1998, pp. 30-37. No es difícil que detrás de este postulado, se encuentre uno de los permanentes debates que se han dado a lo largo de teoría jurídica entre la ley y el derecho, enfatizado con anterioridad al régimen nazi, por la controversia teórica que se suscitó entre Carl Schmitt y H. Triepel, este último recalcaba: "La ley no es sagrada, sólo el derecho es sagrado; la ley se encuentra sometida al derecho".

¹⁸ En El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia (trad. Marina Gascón), 6a. ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 11 y 12.

cepción del razonamiento jurídico, y especialmente del judicial que parece imponerse en Occidente, en la segunda mitad del siglo XX". 19

c) Derivado de los dos puntos anteriores, se produjo entonces la necesidad de contar con una nueva teoría jurídica, que pudiera dar razones de los cambios producidos en el derecho, de la manera de entenderlo y estudiarlo; de eliminar y superar las anomalías que habían dejado las teorías previas y además; para legitimizar mediante la razón, el nuevo perfil del sistema jurídico que se pretendía establecer:

"Según esta visión, nos hallamos ante un cambio profundo del orden jurídico y político que irremediablemente debería exigir una nueva filosofía del derecho; al parecer, todavía vivimos en un contexto dominado por la ideología del positivismo, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conformes a tal ideología".²⁰

Veamos a continuación cómo se llevó a cabo esta modificación y el establecimiento de un nuevo "paradigma" teórico en el derecho.

III. LA IDEA DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO JURÍDICO: EL DERECHO COMO LEY

Si bien es cierto que la concepción que pretende explicar, reducir y justificar el derecho en atención exclusivamente a la ley, no fue novedosa en los siglos XIX y XX, toda vez que en otras épocas ya se dio, como lo podemos ver por ejemplo en Platón, en su diálogo "La República", podemos señalar que el origen del positivismo moderno en sus distintas escuelas, tiene una fecha certera de aparición dentro del siglo XIX. Varios fenómenos y teorías políticas incidieron en su creación.

1. Antecedentes del positivismo

En el terreno de lo político, con el desarrollo y consolidación de los estados nacionales y con ello, la concreción y expansión del concepto "soberanía", que implicaba entre otras cosas, el monopolio del poder público y de la "creación" del derecho. Por supuesto, esta noción, como lo hizo ver John Austin, uno de los primeros expositores del positivismo jurídico, implicaba la idea latente de que dicho poder era en realidad, el único posible creador de cualquier derecho, y la causa de las restantes fuentes secundarias de él, como la jurisprudencia o la costumbre, mediante el reconocimiento expreso por parte del poder estatal.

A esta idea se uniría posteriormente, el concepto de "Estado de derecho", que implica que la nota de la sobe-

[&]quot; Perelman, Chaim, op. cit., p. 91.

Prieto Sanchís, Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México, 2005, p. 10.

²¹ Particularmente en su Libro I, con las ideas sobre el origen de las normas y la idea de la justicia que expone de Trasimaco y de Glaucon.

ranía, se daba y se ejercía dentro de un marco normativo creado por ella misma, concepción que surgió del movimiento independentista de los Estados Unidos y se consolidó con la Revolución Francesa.

Asimismo, entre los factores que incidieron en la aparición del positivismo, además de los ya comentados, se encuentran el risorgimento italiano, las guerras de independencia de América Latina, la unificación de Alemania y la liberación de Grecia, los cuales a su vez fueron el producto de una revolución intelectual que cambiaron la óptica de la relación entre el gobierno y el individuo, y establecieron la preponderancia meramente formal y no material, como lo vemos ahora, de este último frente al primero, lo que trastocó todos los cimientos de la sociedad, la economía y el estado. Esta revolución intelectual, según John Henry Merryman, produjo una nueva forma de pensar acerca del derecho, que tuvo repercusiones para la organización y administración del sistema en el que se daba.²²

Ahora es relevante destacar que la concepción positivista, que pretendía cumplir con los postulados de "cientificidad", de acuerdo con los estándares de la época y explicar de una manera objetiva, la verdadera naturaleza de los fenómenos jurídicos, en realidad se basaba y era heredera de ideas políticas y filosóficas, que lejos de explicar en sí el fenómeno social, intentaban regularlo, con base en ideas producto de las escuelas modernas del "derecho natural", que decían se deducían racionalmente de la verdadera idea del derecho. De esta manera, gran parte de los postulados o ideas torales en que descansa la teoría política y jurídica que aún hoy nos rige, descansa en esos "mitos políticos", utilizando la terminología del maestro Paolo Grossi, la mayoría de los cuales ya no son vigentes ni aplicables hoy en día, pero que se conservan ante la falta de una mejor explicación de esas ideas.²³

Los principios rectores del modelo estatal eran, en primer lugar, la idea de un pacto social implícito o explícito, por parte de los habitantes de la comunidad política, que daba origen y fundamento al poder político, en aras de la única finalidad posible de dicho poder, el bienestar del individuo. A partir de dicha constitución estatal, el hombre se convirtió en ciudadano del Estado que había formado.

Para lograr efectivamente lo anterior, constituía un requisito indispensable, controlar a ese poder público,

La ilustración político-jurídica tiene necesidad del mito porque tiene necesidad de un absoluto al que acogerse; el mito suple notablemente la carencia de absoluto que se ha producido y colma el vacío en otro caso peligroso para la propia estabilidad del nuevo marco de la sociedad civil. Las nuevas ideologías políticas, económicas, jurídicas tienen finalmente un soporte que garantiza su inalterabilidad", Grossi, Paolo, Mitología jurídica de la modernidad (trad. Manuel Martínez Neira), Trotta, Madrid, 2003, pp. 40 y 41.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO RIBLIOTE CA

²² Véase al respecto John Henry Merryman, La tradición jurídica romanocanónica (trad. Eduardo L. Suárez), Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 47 y ss.

²³ De esta forma se expresa el profesor Grossi: "Sin embargo, si el historiador libera su mirada de vicios apologéticos, esta civilización, que tiene la cuidadosa pretensión de proponerse como desacralizadora y demoledora de mitos, se muestra por el contrario como gran constructora de los mismos. Ya en nuestro campo de estudio, el jurista de ojos desencantados lo comprueba en aquellas fuertes corrientes del iusnaturalismo del siglo XVIII, tan influyentes en la configuración de la modernidad, que estamos acostumbrados a calificar de ilustración jurídica de la Europa continental. Aquí se puede encontrar la más inteligente, la más consciente, la más hábil creación de mitos jurídicos jamás hallada en la larga historia jurídica occidental; un conjunto de mitos orgánicamente imaginado y unidos para dar vida a una verdadera y auténtica mitología jurídica...

mediante el poder mismo, de ahí surgió la teoría de la división tripartita de los poderes, como lo postularon en sus orígenes Locke y Montesquieu, en donde para limitarlo, se segmentaba su ejercicio. Así, había un poder que creaba la ley y con ello, el derecho y otro que se limitaba a aplicarlo. La teoría pretendía normar la realidad y en ese tenor, se establecía que a la sección del Estado que le correspondía producir el derecho, no podía interferir con su aplicación y viceversa. Una de dichas aplicaciones llevadas al extremo fue, por supuesto, la prohibición a los jueces de producir derecho y normas generales y, con ello, estaban imposibilitados de "interpretar" las normas jurídicas, en todo lo que no fuera el sentido gramatical o la intención clara de los creadores de la ley.

Además del movimiento constitucional de los siglos XVIII y XIX, que pretendió controlar por medio de constituciones escritas, la actuación de los poderes públicos, también ayudó a la formación del positivismo, el fenómeno de la codificación francesa y su extensión a otros estados europeos, donde se intentó plasmar en cuerpos escritos, de una manera que se pretendía entonces completa y sistemática, todas las normas jurídicas aplicables a una institución, de tal manera que las normas escritas, abarcaban no sólo la actuación de los órganos públicos y su relación con los particulares, sino también la de éstos entre sí, lo que llevaba a una imagen de que todo el entorno humano estaba regido por leyes producidas voluntariamente por los hombres, por medio de sus representantes públicos.

Los creadores de estos cuerpos normativos, intentaban con su elaboración, y a fin de eliminar la discrecionalidad de las autoridades y con ello suministrar las garantías necesarias a los hombres libres en su actuación social, la supresión de otras fuentes del derecho, como la doctrina, el derecho natural, y que la labor de juristas y jueces se centrara exclusivamente en el conocimiento y utilización de esos cuerpos normativos.

Por otro lado, las distintas escuelas del derecho natural, con el movimiento codificador, dejaron de desarrollarse, al ver plasmados en las distintas leyes positivas, sus postulados, por lo que en lugar de la investigación teórica acerca del contenido normativo de ellas, se convirtieron en intérpretes doctrinales del derecho escrito. Con ello, se transformó el derecho, en un fenómeno escrito y con ello, se inclinó el pie de la balanza a favor de las concepciones legalistas, transformando los sistemas jurídicos en sistemas positivos. De ser las normas jurídicas generales, comunes y permanentes en los estados, de acuerdo con las viejas tradiciones medievales, o del derecho natural, se pasó a normas concretas, vigentes por periodos históricos determinados y elaboradas bajo la sanción del poder público nacional y por la expresa voluntad de éste.

Observación peculiar podemos hacer en este periodo de transición en el derecho, donde uno de sus principales objetivos fue el de terminar con el llamado gobierno de los jueces, quienes intentaban trastocar todas las reformas revolucionarias establecidas en Francia, con el movimiento codificador. La experiencia de estos tribunales había hecho que se temiera que los cambios que se introdujeran con motivo de la legislación y de los actos deseados por parte del poder público para transformar "racionalmente" a la sociedad, fueran dejados sin efec-

to por ellos, con el pretexto de la aplicación de la ley. En ese tenor, se insistió en que los jueces sólo podían aplicar la ley y por lo tanto, no podían ni siquiera interpretarla, dejando esta opción exclusivamente al poder legislativo, por la cual éste daría el sentido autorizado de los textos normativos. Esto explica la aparición en Francia de la Corte de Casación.²⁴

2. El modelo científico del positivismo

Por otro lado, si bien no podemos suponer que el llamado positivismo, como corriente filosófica que tuvo su origen en Francia con Augusto Comte, haya influenciado directamente con la aparición en el derecho de las escuelas positivistas, sí podemos decir que algunos de sus postulados en el modelo de ciencia que establecían, fueron tomados en cuenta por estas nuevas escuelas, que presuponían como la única forma legítima de conocimiento, el obtenido por medio de la ciencia y ésta implicaba la restricción como objeto de un conocimiento, a supuestas realidades comprobables empíricamente, lo que en nuestro campo de estudio, sólo podía ser mediante las leyes escritas y conocidas mediante las publicaciones oficiales.

Por supuesto, también era requisito ineludible, la existencia de un método científico apto para este estudio, el cual debería ser riguroso, racional y apoyado también en el método inductivo, abandonando con ello, los viejos métodos antiguos y medievales cuyo origen se encontraba en la lógica aristotélica y la retórica gre-

colatina, los cuales por sí mismos se consideraban que eran incapaces de explicar correctamente el verdadero sentido de las leyes.

Además, el conocimiento estaba centrado, como lo dirían los alemanes en el siglo XIX, a un momento histórico concreto. Es decir, el estudiar el derecho vigente en un lugar y época determinada, como lo postularon Savigny y Puchta.

La ciencia debía postular conocimientos certeros y demostrables, por tanto, debía eliminar todos aquellos supuestos o hipótesis que no pudieran ser comprobados metodológica o empíricamente.

Por último, se encontraba el papel que debía desempeñar el investigador en esta rama, esto es, los juristas, quienes al realizar un estudio riguroso, debían abandonar cualquier posición personal respecto al objeto que estudiaban, lo que implicaba un alejamiento entre el sujeto que conocía y el objeto conocido, lo que en nuestro campo de estudio se tradujo en una aparente neutralidad valorativa del derecho y con ello, la imperiosa necesidad de no introducir dentro de su estudio, aspectos subjetivos y no demostrables, como lo eran los valores morales, políticos o sociales en que se apoyaban las normas. El derecho como objeto del saber, en consecuencia, debería centrarse exclusivamente en el estudio de las normas plasmadas por el legislador, sin poder dar un comentario personal crítico acerca de ellas, o introducir elementos extranormativos en su análisis y apreciación.

Por la extensión del presente trabajo, no podemos adentrarnos al análisis del positivismo en sus vertientes principales, como lo podría ser, el ámbito constitucio-

²⁴ Véase al respecto a Merryman, op. cit., capítulo VII, pp. 80 y ss.

nal, o el de la dogmática jurídica, y por lo tanto, sólo nos enfocaremos al aspecto medular del mismo, que es la teoría general del derecho, lo que significa plantearnos sobre la forma en que teóricamente se conceptualizó al derecho.

Desde el punto de vista de los alcances y la finalidad de la ciencia, y como se ha comentado, la misma se debía reducir a una mera teoría general del derecho, vista ésta desde el punto de vista formal, dividida en tres secciones, la teoría de la norma jurídica, con sus características y elementos; una teoría del ordenamiento jurídico y por último, el análisis de los términos jurídicos más importantes para los abogados.²⁵

3. Supuestos teóricos centrales del positivismo

Un primer postulado que lo caracteriza, de orden metodológico y de presupuesto para su estudio, era la necesidad de considerar al derecho como un dato empírico, y no así, como un objeto intangible y cultural.²⁶ Tomando la idea de que siempre que se hablaba de este término, se hacía referencia a uno concreto y determinado en un momento histórico, debido a que era perfectamente distinguible y diferenciable en el tiempo y en el espacio, y por lo mismo, se trataba de un ente que podía ser percibido por medio de los sentidos, ya sea porque se considerara que se trataba en esencia de hechos sociales, o de eventos que podían producir una percepción sensible:

"En términos muy generales la tesis social positivista es que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales (esto es, la variedad de las tesis sostenidas por los positivistas son diversos refinamientos y elaboraciones de esta gruesa formulación). Su tesis moral es que el valor moral del derecho (tanto de una disposición jurídica particular como de todo un ordenamiento jurídico) o el mérito moral que ésta tenga es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho y de circunstancias de la sociedad a la cual se aplica. De todas, la tesis social es la más fundamental".²⁷

Derivada de esta primera situación y como elemento más sensible de esta percepción materialista, encontramos que el derecho es reducible a la ley y ésta no es más que el producto de un resultado psicológico, también verificable por nuestros sentidos, es decir, se trata de un conjunto de mandatos emitidos por autoridades o entes públicos soberanos, respaldados por amenazas o sanciones traducibles igualmente en eventos físicos. De esta forma, el derecho y los elementos que lo integran, pueden ser estudiados correctamente por medio de un método riguroso, de acuerdo con las concep-

Bobbio Norberto, Teoría general del derecho (trad. Eduardo Rozo Acuña, de la edición italiana de 1956), Debate, Madrid, 1991, p. 153, así como Keisen, como nos lo enseña en las secciones: "I. Derecho y Naturaleza", "IV. Estática Jurídica" y "V. Dinámica Jurídica", de su obra, Teoría pura del derecho (trad. Roberto J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

Como efectivamente lo podemos encontrar en Jeremías Bentham ya sea en su Fragmento sobre el Gobierno, o en su An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, o en John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, particularmente la lección VI.

²⁷ Joseph Raz, La autoridad del derecho, ensayos sobre derecho y moral (trad. Rolando Tamayo Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 55-56.

ciones de la época. Así apunta el profesor Bobbio: "Con esto entiendo que el mejor modo de acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas o reglas de conducta. Partimos por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa".²⁸

Además, el positivismo, como tendencia natural de las demás ciencias de tratar de encontrar una explicación única a todas las clases de normas, se obstinó en reducir éstas a un solo tipo, las que constituyen mandatos dictados por la autoridad y respaldados por sanciones, como lo encontramos en el caso de Bentham, Austin e incluso Kelsen, de ahí que a este tipo de explicaciones se les identificara como la vertiente "imperativa".

No fue sino con Hart, cuando, sin abandonar la explicación normativa del derecho, reconoció ante la imposibilidad de explicar todo tipo de norma bajo los términos simplistas del positivismo, la necesidad de aceptar distintas clases de ellas dentro de un sistema jurídico, estableciendo su clara distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, siendo estas últimas, de tres tipos, las de reconocimiento, que permiten conocer cuándo una norma primaria pertenece a un mismo sistema; las reglas de cambio, que nos ayudan a reconocer cuándo las normas se han modificado o han sido sustituidas por otras y las reglas de adjudicación, que atribuyen competencia a autoridades. De hecho dejó como una tarea pendiente a desarrollarse por los juristas, la cual por cierto aún no se ha dado de manera definitiva, la de establecer la taxonomía completa de los distintos tipos de normas que podemos encontrar en el derecho positivo de cada estado.²⁹

Otra idea relevante para distinguir al positivismo, es el postulado de que no existe una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, lo que significa que para concebir, entender y aplicar el sistema jurídico, no necesitamos tener presente a las normas morales, en atención a que las reglas jurídicas, se bastan a sí mismas para su entendimiento y aplicación. El derecho no requiere del sustento o apoyo de otros sistemas para su existencia, conocimiento y operación.

La seguridad jurídica y sobre todo, la estructura autoritaria del derecho, obligaban a los tratadistas a realizar esa diferenciación, para evitar confundir sistemas normativos diferenciados. No solamente esa distinción descansaba en una utilidad práctica de poder distinguir una norma perteneciente a un sistema de otro, sino además, constituía un requisito metodológico para que la jurisprudencia pudiera ser una auténtica ciencia. El jurista debería ser neutral en la toma de posiciones morales, en los asuntos en donde intervenía y además, debería con-

Bobbio, op. cit., p. 15. Definiciones similares encontramos desde el surgimiento de este tipo de concepciones, como lo apunta John Austin: "Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society, wherein that person or body is sovereign or supreme", en The Province of Jurisprudence Determined, Hackett Publishing Company, Cambridge, p. 193. o: "...la que puede, con estricta propiedad, ser aplicado el nombre de derecho; en una palabra, ese género de leyes que vemos se dictan en toda nación como expresión de la voluntad de los órganos gobernantes", Bentham, Jeremías, Fragmento sobre el Gobierno (trad. Julián Larios Ramos), Aguilar, Madrid, p. 72.

²⁹ Véase al respecto *El concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrió), Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1998, particularmente su capítulo V: "El derecho como unión de reglas primarias y secundarias", pp. 99 y ss.

siderar que el propio sistema jurídico estaba cerrado a la inclusión de normas que no provinieran de su propio sistema, o no estuvieran respaldadas por la autoridad emisora, lo que implicaba no sólo a las cuestiones políticas, sino también a las éticas, ya que de lo contrario, se relativizaba todo el valor del derecho, y además, se perdía el criterio de diferenciación que lo caracterizaba como en su momento lo apuntó Max Weber.³⁰

Lo anterior no impide, ni implica que se reconozca que el contenido normativo haya sido influenciado por consideraciones de carácter moral, sino que una vez creadas las reglas, éstas son independientes y actúan en forma separada de las normas morales o ideas políticas que las inspiraron.

Como lo señalaba Kelsen, la condición de existencia de una norma jurídica, no depende de su contenido o de las razones morales que la sustentan, sino del hecho de haber sido creadas de acuerdo con las pautas que el propio sistema establece para su creación.³¹

Lo anterior lleva a un papel secundario y supletorio de las consideraciones de índole moral o político en el discurso jurídico, las cuales sólo eran tomadas en cuenta, cuando las normas expresamente así lo autorizaban, como lo apunta el profesor Hart. La moral sólo opera en deficiencia o en apoyo de las normas jurídicas, ³² ya que el positivismo jurídico implicaba "la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así". ³³

En efecto, para el profesor Hart, la aplicación de la moral en el derecho se daba en diversas situaciones como lo son, en primer lugar, ³⁴ en el hecho de que los sistemas jurídicos descansan en una obligación moral originaria; o en la convicción del valor moral del sistema, ya que la nota de coactividad de los sistemas jurídicos, presupone el consenso en su autoridad moral. Sin embargo, el propio Hart reconocía que el acatamiento de las normas jurídicas, no necesariamente implica el que estén basadas en dicho consenso moral, sino también en cálculos interesados o en una actitud tradicional o no reflexiva por parte de los destinatarios de las normas.

También está la influencia que de hecho presentan las consideraciones de índole moral sobre el derecho, toda vez que las mismas se introducen en el proceso legislativo, e incluso en el judicial, de tal forma que nor-

³⁰ Weber, Max, Economía y sociedad, 7a. reimp. de la 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 653 y ss.

[&]quot;El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral, cuando es concebido -como se mostró anteriormente- como un orden coactivo; es decir cuando el derecho es concebido como un orden normativo
que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a
la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que
la moral es un orden social que no estatuye sanciones de este tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la
desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno
entre en juego en ello el empleo de la fuerza física", Teoría pura del derecho,
op. cit., p. 75. Más adelante y con respecto a la posición que debe adoptar el
científico del derecho frente a la moral señala: "...la función de la ciencia juridica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una
descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se
identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito", p. 81.

³² H. L. A. Hart., op. cit., pp. 247-261.

³³ Ibidem, p. 230.

[™] *lbidem,* capítulo IX: "Las normas jurídicas y la moral", particularmente la sección "Validez jurídica y valor moral", pp. 247 y ss.

mas o sentencias pueden revestir una mera envoltura jurídica con contenidos eminentemente morales.

En concordancia con lo anterior, también la moral y sus disposiciones influyen en los jueces al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Hart estaba convencido de que las normas tenían una "textura abierta" que dejan, en la mayoría de las ocasiones, un amplio margen de acción para la actividad creadora de las instituciones aplicadoras del derecho, en donde por supuesto, cabía la introducción de criterios morales, aunque también de otra índole.

De igual forma, y siguiendo la distinción positivista entre el derecho que es y el que debe ser, ideas morales nos auxilian para hacer una crítica al sistema jurídico y proponer modificaciones, que llevaran a suprimir consideraciones o situaciones apreciadas como socialmente injustas o incorrectas, al amparo de esas ideas morales, sin que se lleguen a confundir ambos sistemas.

Asimismo, todo sistema jurídico involucraba la realización de un mínimo de justicia, por lo que de hecho, y no conceptualmente, dentro del sistema, se encontraban principios de moralidad. Prueba de ello, podrían ser los principios de generalidad, abstracción o publicidad de las normas, que involucran cierta concepción formal de justicia o "una moralidad interna" en el derecho, ³⁵

que por supuesto no se llegaban a confundir con los postulados de la moral.

Por último, también las ideas morales, servían para la transformación del derecho, por medio de la resistencia o crítica hacia ese sistema.

Sin embargo, el positivismo siempre tuvo claro, al decir de Hart, la distinción entre el derecho que se da y se aplica en una comunidad y el que, basado en consideraciones de justicia y de moral, debía aplicarse. Un conocimiento científico y técnico jurídico debía capacitar a los funcionarios y a los estudiosos, para saber distinguir con claridad la diferencia entre ambos ordenamientos, ya que: "No parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia". 36

La idea de que cuestiones de carácter moral conviven con el derecho, no debe llevarnos al extremo, según la vertiente que analizamos, de que éste y la moral se confundan, sino que necesariamente implican que deban ser separadas intelectualmente, no sólo como un presupuesto metodológico del conocimiento jurídico, sino en aras también de la propia protección del hombre, a fin de evitar la anarquía social, ya que si los individuos confunden dichos conceptos, es posible que se produzca una situación de caos, al no reconocer como válidas

[&]quot;En este punto, resulta clásica la controversia que se dio entre el profesor Hart y el maestro de la Universidad de Harvard, Lon Fuller, reflejada en la obra de Hart "Lon L. Fuller: The Morality of Law", en Essays in Jurisprudence and Philosophy, Nueva York, Oxford University Press, 1988. O en el artículo del profesor Fuller: "Positivism and Fidelity to Law –a Reply to Profesor Hart", en Harvard Law Review, núm. 71, 1958, pp. 593-629. Las príncipales ideas del profesor Fuller las encontramos en La moral del derecho (trad. Francisco Navarro), Trillas, México, 1967.

³⁶ Hart, op. cit., p. 259.

normas jurídicas que efectivamente existen y han sido promulgadas y por ello, deja de aplicarse el criterio de validez de las normas, al depender de la sola aceptación de sus destinatarios aislados.

Así, la idea de la ciencia jurídica y de los abogados, era la de tener un aparato conceptual que nos permitiera distinguir entre la invalidez del derecho y su inmoralidad, para apreciar la complejidad y variedad de las distintas situaciones que podían enfrentar en la práctica las normas jurídicas. En ese sentido, el positivismo proponía a los hombres un valor superior en el criterio de seguridad, no sólo su conducta podía únicamente restringirse por normas expedidas por autoridades objetivamente reconocibles, sino además, las mismas debían distinguirse de pautas sociales o morales no incorporadas expresa y claramente en esas normas.

No obstante esto, la relación entre moral y derecho, cuestionamiento científico que siempre ha rondado a los hombres, no pudo el positivismo dar una respuesta satisfactoria que permitiera a los abogados y a los individuos en general tener clara la diferencia entre ambos ordenamientos, pero además, permitir que ambos sistemas normativos, sin perder su identidad, pudieran interactuar en la práctica social, no sólo por lo que toca al contenido de sus disposiciones, sino también a su mutua justificación. Por otro lado y a partir de la segunda mitad del siglo XX, la mera legalidad ya no resulta suficiente para el sustento social de lo jurídico, sino que se requiere además de su legitimidad, lo que sólo una teoría vinculada con la ética y el sistema democrático pudiera brindar, como lo expone Habermas: "La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho *legítimamente estatuido*. Y en el nivel postradicional de justificación sólo puede tenerse por legítimos el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad común".³⁷

4. Otros puntos teóricos no resueltos adecuadamente por el positivismo

No sólo la insatisfactoria respuesta dada a la relación entre moral y derecho, fue crítica, sino también lo fue el explicar sustentadamente el fundamento de validez del sistema, en atención a que en el caso de Kelsen, se determinó que para efectos teóricos y para respetar el auténtico método científico jurídico y no invadir otras esferas de conocimiento, el fundamento de validez del sistema jurídico, lo era a su vez, otra norma, a la que llamó la "norma fundante básica": "Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden. Este regreso conduce, finalmente a la norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determi-

³⁷ Habermas , Jürgen, Facticidad y validez (trad. de Manuel Jiménez Redondo sobre la 4a. ed.), Trota, Madrid, 1998, p. 202.

nado por ninguna otra norma y que, por ende, tiene que ser presupuesta", 38 la cual tenía que ser hipotética.

Sin embargo, esta respuesta recibió fuertes críticas, incluso dentro de los propios positivistas, en atención a que el sentido de preguntarnos sobre esa norma fundante es para explicar el origen y contenido de las restantes normas del sistema al que pertenecen, lo que no se cumple con la explicación que propone Kelsen, ya que se parte de la base que el ordenamiento jurídico ya existe en su estructura y contenido, por lo tanto, esa aparente norma básica, no cumple con ninguna función explicativa sobre el origen ni producción del mismo sistema.³⁹

Además porque se trata de una explicación falsa, al no existir realmente esa aparente norma. Ninguna explicación existe al hecho de que así como debemos suponer una norma fundamental, no pudiera haber de igual forma otra norma fundamental que la explicara. Esto nos lleva en realidad a que el problema de que el fundamento del derecho, no puede tener una base normativa jurídica, es decir, este sistema no se sustenta ni explica por sí mismo.⁴⁰

Por su parte, el profesor Hart apuntó, intentando superar este escollo, que en realidad el fundamento de validez del derecho lo teníamos que encontrar también en una norma, a la que denominaba regla de reconocimiento, misma que no dependía a su vez de otra norma jurídica, sino de un hecho empírico, una práctica social.

Por lo que toca a la explicación que nos da Hart, si bien supera el problema de pretender fundamentar el derecho en una norma hipotética jurídica irreal y por el contrario, intenta incorporarla a una regla de reconocimiento, que descansa en una práctica social, también esta explicación resulta insuficiente, ya que no puede dar razón del contenido del sistema jurídico, ni demostrar que en realidad se trata de sólo y únicamente una norma de reconocimiento. Por su lado, Dworkin manifestó que la tesis de Hart nos puede llevar a la conclusión de que en realidad existen distintas reglas de reconocimiento, y que se pueden establecer distintas fuentes independientes de normas válidas, pero en ese tenor, caería la explicación de que solamente puede haber una regla de reconocimiento, por cada sistema normativo.

Particularmente relevante fue el tema que veremos en la sección siguiente, de que ni la norma fundante básica, ni la regla de reconocimiento pueden ayudar a los aplicadores de las normas, a resolver casos difíciles, cuando se acude a elementos que no son precisamente normas, como lo son los principios o interpretaciones analógicas, o incluso, doctrina, lo que nos lleva a la conclusión de que dicha norma de reconocimiento o norma básica, si se da, sólo opera a nivel normativo y no para otras ni todas las fuentes del derecho, lo que obliga a replantearnos toda la base de la explicación que nos suministraba y de los criterios de validez que establecía.⁴¹

^{*} Kelsen, Teoría pura del derecho, op. cit., p. 243.

Al respecto véase Raz, Joseph, El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 121 y ss. De la misma manera véase Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 121 y ss.

Respecto de esta crítica véase Carlos S. Nino, op. cit., pp. 122 y123.

⁴¹ De hecho, en su último escrito, el profesor Hart, sin abandonar su tesis de la regla de reconocimiento, como instrumento idóneo incluso para identificar la pertenencia de los principios al sistema jurídico, reconoció que esta

Otro tema crítico fue explicar y justificar la existencia de leyes inconstitucionales, que a pesar de ello y de contravenir por ende, la norma superior, o la regla de reconocimiento, formaban parte del sistema normativo. Resulta claro que para estos juristas, el elemento validez es el relevante para considerar la pertenencia de una norma al sistema jurídico. A su vez esta característica se adquiere cuando la norma inferior ha sido producida de acuerdo con los lineamientos de una norma superior. Sin embargo, cuando esto no es así, técnicamente debería responderse, en el sentido de que no existe norma, por contravenir a la cadena de validez que le da sustento. Pero los teóricos nunca han podido responder adecuadamente esta solución, la cual no puede tener una respuesta meramente normativa, si no se toma en cuenta la efectividad, la práctica social y lo que es más importante, lo que consideran los jueces y abogados que es finalmente el derecho, como en su último escrito Hart consideró que así era. En definitiva, la atención a este problema muestra que los problemas jurídicos no son necesariamente problemas normativos exclusivamente y que dependemos de otras ciencias para su explicación.42

norma no siempre sería útil para detectar o encontrar todos los principios que en realidad se invocan y aplican por los tribunales. De la misma manera, admitió que ias normas constitucionales pueden servir de criterio de incorporación de principios dentro del sistema. Véase Hart, H. L. A., Post Scriptum al concepto de derecho (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 43 y ss.

⁶² Al respecto véase Hans Kelsen Teoría pura del derecho, dentro del capítulo V, "Dinámica jurídica. La construcción escalonada del orden jurídico, el inciso j): La ley inconstitucional, pp. 277 y siguientes.

De igual forma está el tema de las fuentes de derecho, que es otro punto que caracteriza a la teoría positivista, ya que al ser el sistema jurídico un producto social, no se reconocen otras fuentes, que las que derivan de las propias normas, o las que se reconocen por medio de éstas. Respecto a lo anterior, Kelsen considera que las fuentes del derecho, únicamente pueden ser la ley o la costumbre, reconocida por la primera, desconociendo la posibilidad de otras fuentes para la producción del derecho, ya que las mismas, sólo confundían el objeto del conocimiento. ⁴³ Igual planteamiento formulaba el profesor Hart. Sin embargo, cómo atender los cuestionamientos de que en la práctica autoridades y particulares consideraran otros elementos en la eficacia del derecho.

En relación con esto, tal vez el problema teórico que más insatisfacciones produjo a los juristas, fue la respuesta que se dio frente a los llamados "casos difíciles", y la interpretación de las normas ante la insuficiencia del texto legal o las lagunas técnicas. Kelsen apuntaba que cuando se tiene que resolver un caso concreto y a falta de disposición legal que determine el contenido de la actuación judicial, o que la norma no tenga un contenido claro, entonces el juez tiene discreción para establecer y resolver la controversia, dando el criterio que más le parezca adecuado, lo que incluso lo faculta para producir una nueva norma jurídica. Consideraba que la ciencia del derecho no podía establecer una manera de resolver el problema, por estar fuera de los parámetros de su estudio y convertirse entonces en un tema social o político, ajeno a la ciencia. En este caso, se puede de-

⁴⁵ Ibidem, pp. 242 y 243.

cir que el sistema jurídico lo faculta para crear derecho, actuando como legislador, de acuerdo con su libre arbitrio, punto que de igual manera compartía en su esencia el profesor Hart.⁴⁴

Sin embargo, veremos en la próxima sección, cómo la atención a este punto, junto con la limitada actuación judicial, trajo como consecuencia la modificación radical en la teoría del derecho, mediante el establecimiento, de acuerdo con Kuhn, de un nuevo "paradigma".

Respecto del tema de las fuentes, Alf Ross cuestionaba esta reducción en el positivismo y por lo tanto su rechazo, porque no tomaba en cuenta dentro de ellas a lo que denominaba "la tradición de la cultura", que evidentemente ejercía una influencia en la concepción y aplicación del derecho, ya que en todo pueblo, vive una tradición común que anima a todas las formas manifiestas de vida y por lo tanto, afecta no sólo a las costumbres sino a sus instituciones jurídicas o sociales. Es una especie de "espíritu" que anima a una filosofía de vida, que afecta sin duda a los individuos al momento de conocer, apreciar y aplicar al derecho, manifestación que por su propia naturaleza, está en constante transformación y que por supuesto, anima a los jueces al momento de aplicar sus resoluciones, motivo por el cual, los resultados que puede dar la ciencia, para explicar el fenómeno jurídico son limitados y no pueden ser permanentes.⁴⁵

Gran mérito del positivismo consistió el estudio riguroso de los conceptos jurídicos, que constituyen la base
teórica para la reconstrucción analítica del derecho, tales como derecho subjetivo, obligación, acto antijurídico, sanción, etc., elementos que resultan indispensables
para la correcta comprensión de las distintas ramas
de nuestro campo de estudio. Con esas expresiones se
busca investigar los criterios o pautas que utilizan los
abogados y los aplicadores de las normas, además del
público en general, respecto del uso social que dan a
los mismos, así como la reconstrucción formal de ellos,
para eliminar vaguedades e imprecisiones y así buscar mejorar nuestra comprensión acerca de la realidad
jurídica.46

Sin embargo, y por lo que se refiere a su principal cultivador, Kelsen, los resultados a los que llegó no fueron del todo satisfactorios, en primer lugar, porque trató de derivar la mayoría de los conceptos, de uno primario que fue la sanción y ésta la redujo a un acto coactivo, característico según él, de la esencia de lo jurídico. De

⁴⁴ Kelsen, Teoria pura del derecho, "La construcción escalonada del orden jurídico", particularmente la producción de normas jurídicas generales por los tribunales, pp. 246 y ss.: "Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo faculta para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador", p. 253. Más adelante, respecto de los casos difíciles, responde contundentemente: "La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta', en el marco del derecho aplicable, no es -según los supuestos previos- ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es unas pregunta teórica jurídica, sino que es un problema político [...] el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta', no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política", pp. 353 y 358.

⁴⁵ Al respecto véase Alf Ross, "Sobre el derecho y la justicia" (trad. Genaro R. Carrió), EUDEBA, 1997, en su capítulo 30., núm. XIX, pp. 129 y ss.

⁸⁶ Para una exposición respecto de este tema, véase Santiago Nino, Carlos, *ap. cit.*, pp. 165 y ss.

tal forma, que el concepto de acto antijurídico, responsabilidad y obligación, se derivaba de esa concepción, a pesar de nuestras apreciaciones, o del sentido usual que tenían las personas y los abogados de estos conceptos.⁴⁷

Por otro lado, pretendió explicar dichos términos sólo desde el punto de vista normativo, sin pretender apovarse en otros ámbitos de la realidad, lo que lo llevó a conclusiones inaceptables desde el punto de vista teórico, va que cómo es posible pretender la fundamentación de los conceptos de sanción, acto ilícito, derecho u obligaciones, sin tomar en cuenta los aspectos sociales, políticos o morales que pueden subyacer para su correcta comprensión, los cuales están en constante dinamismo. Respecto de este tema, el profesor Robert Alexy ha planteado recientemente la posibilidad de dar explicaciones más consistentes a los vocablos jurídicos básicos, entre ellos, el de derecho subjetivo, si no lo hacemos desde una perspectiva "esencialista", como se ha caracterizado hasta ahora la teoría jurídica, sino con base en una racionalidad práctica, de tipo "discursivo" que nos pueda dar razón sobre el contenido y la importancia de estos términos, en los temas críticos de la teoría jurídica.48

En ese tenor, queda todavía por desarrollar dentro del ámbito de la ciencia jurídica, una explicación satisfactoria a estos conceptos, que toma en cuenta el nuevo paradigma sobre el cual se están edificando las nuevas teorías jurídicas. Por supuesto, otro elemento que tampoco fue tomado en cuenta por el análisis que realizaron este conjunto de posturas, es que a pesar de señalar y enfatizar el aspecto institucional y dinámico de los sistemas jurídicos, que los distinguían del derecho antiguo y de otros sistemas normativos como el moral o el religioso, en realidad no tomaron en cuenta la práctica jurídica como determinante para identificar correctamente al derecho, por lo que la movilidad que predicaban era conceptual y no así real. Es decir, analizaron al sistema normativo como un objeto que desde el punto de vista teórico, se podía estudiar correctamente y ya estaba concluido, sin tomar en cuenta la vivencia del mismo y que de ella, se puede y debe reformular algunas de nuestras concepciones.

Sin embargo, no prestaron atención a la práctica jurídica y a la manera en que el derecho se va transformando en la realidad, a través de la interpretación jurídica y la solución de las controversias concretas que se presentan ante los tribunales. Esta deficiencia vino a transformarse a partir de 1950, con el surgimiento de las teorías argumentativas que más que verlo desde la vertiente normativa y legislativa, lo enfocan hacia los aspectos discursivos y concretos del derecho, pretendiendo descubrir en este aspecto, la real naturaleza de lo jurídico.

Que quede clara la idea que la doctrina positivista enfatizó más los aspectos históricos y concretos del derecho y no tomó en cuenta las aspiraciones valorativas y culturales permanentes que los hombres han depositado en él. Por otro lado, sobrevaloró los elementos voluntarios y conscientes que aparecen en el derecho y con ello sólo tomó en cuenta las normas creadas por el hom-

⁴⁷ A este respecto, véase Kelsen, op. cit., pp. 123 y ss., que corresponden a la sección de "Estática Jurídica".

⁴⁶ Alexy, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional" (1991), en Derecho y razón práctica (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 1993.

bre, pero no así esos factores permanentes que siempre han estado en el derecho y que constituyen reglas de justicia que han acompañado al ser humano desde la antigüedad. Esto es, se recalcó el aspecto decisionista, sin tomar en cuenta que existen elementos sociales que no controla el hombre que también influyen y determinan el contenido del sistema jurídico. Éste no solamente es un acto de voluntad, sino también y más que nada, producto de la historia y de la cultura y por lo tanto, expuesto a su notable influencia.

Por supuesto, tal teoría no podía quedar íntegra, ante los resultados que una crisis que afectara la cultura y la historia de la humanidad, como lo fue la última conflagración mundial.

> IV. LA IDEA DEL DERECHO EN LAS NUEVAS CONCEPCIONES: EL DERECHO COMO CONJUNTO DE LEYES, PRINCIPIOS Y VALORES CULTURALES

1. Ideas que hicieron surgir estas nuevas teorías

Como se ha apuntado, fueron los resultados de la Segunda Guerra Mundial, los que hicieron pensar, no sólo en las deficiencias de la estructura política y jurídica de los estados, incluidas sus relaciones en el ámbito internacional, sino también de las insuficiencias de las teorías del derecho, no sólo para explicar los fenómenos de los que se ocupa, sino también para contrarrestar los efectos de políticas nacionales o internacionales adversas. A esto se unía el desgaste del criterio de legalidad, como piedra angular de los estados nacionales y su insuficien-

cia ante los reclamos teóricos que se le formulaban a la ciencia jurídica.

Para Ferrajoli, los elementos que propiciaron la modificación en el derecho y con ello, de la teoría jurídica, están enfocados en tres apartados.⁴⁹

El primero de ellos, por una crisis en la idea de "leoglidad", entendida ésta, como una ausencia o ineficacia en los controles legales y con ello, en la proliferación y variedad de la ilegalidad; corrupción en la política, la administración pública y la economía; el desplazamiento en factores extralegales y extrainstitucionales, en la producción del derecho; la existencia de grupos de presión y partidos políticos en la negociación de las leves. Todo ello, motivó que la idea de la legalidad y del valor efectivo de la Constitución se pusieran en entredicho, en atención a que las normas jurídicas en la realidad, se presentaban ineficaces para contrarrestar dichos efectos, de tal manera que el foco de producción normativa, se desvía hacia los agentes responsables de esa crisis, como ya lo había anticipado de cierta manera León Duguit.50

A lo anterior, contribuyó la insuficiencia de la estructura de las formas de estado y de la falta de legitimidad en los resultados que alcanzó, lo que originó por un lado, un exceso normativo, que generó falsas expectativas en la población y con ello desencanto en los resultados del estado de derecho: "Precisamente, el deterioro

[®] Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trota, Madrid, 1999, particularmente el capítulo 1, El derecho como sistema de garantías.

⁵⁰ Duguit, León, Las transformaciones del derecho público y privado (trad. de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén), Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2001.

de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio". 51

También la crisis en el estado de derecho, se originó por la inadecuación estructural de la forma del estado, superadas por la realidad, en atención a que las funciones tradicionalmente encomendadas al llamado estado del bienestar, se vieron agravadas por la crisis del estado social, en donde no pudo satisfacer las expectativas por parte de sus habitantes, lo que motivó una crisis en su legitimidad. De hecho, el estado occidental nunca ha podido resolver en forma satisfactoria la idea del estado de derecho, con los límites a la actuación del poder público y por otro lado el estado social, donde se obligaba a dichos poderes a la realización de acciones positivas para la satisfacción de los llamados derechos sociales.

Como resultado de esa crisis se produjo una inflación legislativa, motivada por la labor de los grupos de presión, lo que trajo a su vez una nueva crisis en las notas de las normas jurídicas, su generalidad y abstracción y con ello, la pérdida de la idea de la certeza jurídica.

Por último, se presentó una crisis del estado nacional, con el debilitamiento de las ideas de soberanía y de la constitución de ese estado, para volver hacia el individuo como núcleo principal del derecho, de su regulación y hacia sus aspectos internacionales, donde el estado nacional deja de detentar el monopolio de la producción legislativa, confiando a las instancias internacionales la tutela y protección de los derechos mínimos fundamentales. Con ello se trajo el debilitamiento del constitucionalismo tradicional y la búsqueda de nuevas explicaciones sobre el poder nacional, lo que modificó las bases de producción legislativa y de las fuentes del derecho.

Evidentemente la modificación de los supuestos teóricos e históricos en el derecho, trajo consigo, la aparición de una serie de explicaciones teóricas, no sólo dentro de la filosofía, sino también dentro de la dogmática jurídica general, entre la que destaca el derecho constitucional, del que surgieron nuevas teorías que buscan explicar las transformaciones constitucionales de los estados modernos, posturas que identificamos como "neoconstitucionalistas", cuyos atributos serían los siguientes: frente a la insistente reducción del derecho a la ley, sobre todo en el aspecto interno de los estados, que postulaba en un aspecto esencial la corriente positivista, se considera que en realidad resulta falsa y simplista, como lo hemos podido demostrar en la sección anterior. En contraposición, se remarca el reconocimiento de la existencia de otras fuentes del derecho, que nunca fueron suprimidas por las teorías predominantes del siglo XX, como serían la doctrina jurídica, como lo postulaba Ross, los principios jurídicos, no como elementos excepcionales y supletorios en la decisión de controversias, en aspectos no regulados por la ley, sino como un elemento que da sentido y coherencia al sistema constitucional. De he-

⁵¹ Ibidem, p. 16.

cho, la doctrina constitucional actual está centrada en el estudio de los valores y principios en que se sustentan las constituciones. De esta forma se expresa Zagrebelsky: "Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida que son principios).

Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la

ley".52

Con ello también se produjo un cambio de óptica en la percepción de lo que es el sistema normativo, ya que no sólo se consideraba éste en un aspecto terminado y completo, como lo pretendía hacer ver el positivismo, al reducirlo únicamente a leyes, sino se incide en su aspecto dinámico, abierto e incompleto, imagen que debe tomar en cuenta una consistente teoría jurídica.

La existencia de normas, principios y valores, implica no sólo frente a los abogados, sino a los jueces, el reconocimiento de que lo jurídico implica una actividad en constante transformación y desarrollo.

De ahí el renacimiento de las llamadas "teorías argumentativas", que enfatizan ese aspecto cambiante y discursivo del derecho, lo que lleva implícito al reconocimiento de una fuente adicional en su producción, que son las técnicas de argumentación, como lo postula Robert Alexy, como más adelante expondremos.

El reconocimiento como parte de los problemas de la ciencia jurídica, la relación entre moral y derecho, lo que se traduce en el reconocimiento de que los principios no solamente tienen un contenido jurídico, sino también moral, para pasar a una etapa superior y reconocer que los problemas obedecen a una razón práctica y que como tal, influyen tanto en la moral como en el derecho. De hecho, también la distinción entre normas y principios en su conceptualización y aplicación se vuelve problemática, para sustituirse a su vez, como lo han reconocido el último Hart y Joseph Raz, en razones para la actuación, que de igual forma pueden pertenecer a distintos sistemas normativos, pero sin que pierdan su independencia e identidad. De esta manera se expresa Habermas: "Las razones que abonan la legitimidad del derecho, so pena de disonancias cognitivas, han de estar en concordancia con los principios morales de una justicia y solidaridad universalista, así como con los principios éticos de un modo de vida tanto de los individuos

La validez del derecho no incide ya tanto en sus propiedades formales, sino también y con la misma importancia, en el contenido del sistema normativo, integrado, además de las reglas, por los indicados valores y principios jurídicos, que necesariamente unen a la política, la democracia y la moral con el derecho, lo que incide en su legitimidad, toda vez que las principales normas del sistema, sobre todo las constitucionales, están impregnadas de valores y aspectos culturales que lo materializan y lo vinculan a la comunidad a la cual se pretende aplicar, abriéndolo a los valores sociales vigentes universalmente.

Nagrebelsky, op. cit., pp. 109 y 110.

como de los colectivos, conscientemente proyectado y asumido con responsabilidad". 53

Por otro lado, la realidad ha mostrado, ante la superación de los postulados positivistas que se ha pasado de un estado legislativo, con base en reglas, a un estado constitucional, con la participación activa de los jueces, en donde se incorporan, en las normas superiores del sistema jurídico, principios y valores de contenido moral y democrático que materializan al derecho y que obliga a los juristas a no dejar de lado los problemas morales y sociales que se suscitan en el estado.

Evidentemente lo anterior fue propiciado por los cambios constitucionales operados a partir de la Segunda Guerra Mundial, donde se dotó de contenidos materiales y específicos a las normas constitucionales, de tal forma que el estudio de esta rama del derecho, implicaba también el estudio indispensable de los valores en los que se sustentaba.

Si los movimientos codificadores del siglo XIX trajeron como consecuencia el desarrollo y expansión de la ciencia positivista, la Segunda Guerra Mundial y las transformaciones que produjo en los estados nacionales, y con ello la crisis de la que hemos hablado en los párrafos anteriores, trajo el descrédito de esta ciencia y el surgimiento de un nuevo paradigma. De tal forma que, como lo apunta Manuel Atienza, si en su momento Ernest Bloch expuso que la escuela histórica había crucificado al derecho natural en la cruz de la misma historia, podemos ahora afirmar que la nueva concepción positiva de la Constitución ha crucificado, con sus

2. Los principios jurídicos en el mundo actual

Si bien es cierto que el tema de los principios estuvo presente durante todo el desarrollo del positivismo jurídico, en función de las normas de clausura, como medio para resolver los casos no regulados por las leyes, teniendo aplicación de una forma subordinada y subsidiaria, tan es así que se llegó a considerar por la doctrina predominante, que en realidad no eran más que abstracciones de normas escritas. A partir de la segunda parte del siglo XX, se dieron intentos doctrinales, para revitalizarlos a fin de atribuirles autonomía y la importancia que en la práctica siempre han tenido.

Uno de ellos, el profesor Giorgio del Vecchio, quien al inaugurar sus lecciones sobre Filosofía del derecho, en 1958, en la Universidad de Roma, sustentó una brillante plática sobre el tema, concluyendo que cuando los códigos civiles incorporaron el tema de los principios de derecho, como fuente para resolver las controversias que se les presentan a los jueces y las cuales no pueden dejar de decidir, si bien la doctrina tradicional era unánime en aceptar que no debían entenderse los principios del derecho natural (Mazzoni, Guelfi, Fadda, Benza, Brunetti, Derrugiero, Brugi, Ferrara, etc.) si se acude a las exposiciones de motivos que inspiraron la incorporación de ese término en los citados códigos, no

propios elementos, al positivismo jurídico en la cruz de la misma Constitución.⁵⁴

⁵⁰ Habermas, op. cit., p. 164.

Manuel, El derecho como argumentación, Ariel, Barcelona, 2006, p. 44.

se puede concluir que sus autores quisieron hacer referencia a abstracciones que se derivaban de la legislación civil, por lo que esta suposición resultaba falsa. 55

Según este autor, el tema de los principios nos remite necesariamente al derecho natural, y sólo los podemos conceptualizar a manera de una relación necesaria entre lo que denominaba la sustancia "intrínseca de las cosas" y las reglas jurídicas, para evitar la arbitrariedad, vinculándolo, al tema de los derechos fundamentales de la persona.⁵⁶

Un aspecto relevante de la conferencia, a pesar del espíritu que la sustenta, es la idea de que los principios tenían un valor sobre y dentro de tales normas, al representar la razón y el espíritu que las informa, de tal manera que el legislador, reconociendo su existencia, los estableció como el medio ideal para integrar sus propios

preceptos, sin llegarlos a confundir con las normas positivas, de tal manera, que su valor es imprescindible en todo sistema normativo, dado su carácter integrador y justificador.

Otro impulso decisivo en el tema de los principios se lo debemos a Josef Esser, quien consideró que no es posible dar una respuesta simple y unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de los llamados principios jurídicos. Por el contrario, de un análisis adecuado de ellos, desprendemos que detrás de ellos existen fuentes distintas a la mera ley en su producción, por lo que no podemos asimilarlos a éstos, ni darles un tratamiento secundario. Nos sirven para superar las deficiencias de las normas que se inspiran en ellos.⁵⁷

Para Esser, ningún principio actúa por sí solo como creador de normas, sino que poseen fuerza constructiva en unión con el resto del ordenamiento jurídico. Esto es, los principios operan normativamente dentro del sistema jurídico en el que se encuentran reconocidos, además, de que sólo son aptos para la formación de normas nuevas, cuando empleamos argumentaciones específicamente jurídicas, desde el punto de vista de la justicia. Es decir, los principios cobran relevancia en los casos concretos, cuando es necesario ajustar las razones de las normas a las necesidades de los casos concretos que se nos presentan.⁵⁸

Siguiendo a Pound, reconoce que dentro del sistema jurídico podemos encontrar distintas clases de normas,

El proyecto del Código Albertino había acogido la misma expresión utilizada ya por el Código austriaco, declarando que los casos dudosos habrían de decidirse según los principios de derecho natural; y aunque tal fórmula suscitase objeciones de varias partes en la elaboración del proyecto, debe tenerse en cuenta que tales objeciones no procedían de una aversión sustancial al concepto, sino que sólo tendían a obviar el peligro de una interpretación poco precisa... La explicación dada después por el ministro de Justicia, al decir que con la expresión principios del derecho natural, se quería designar 'el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidas', contenía, desde luego, una evidente impropiedad del lenguaje, en cuanto transfería la moral al ámbito del derecho; pero demostraba una vez más la intención, no ciertamente positivista, que animaba sobre este punto a los autores del Código. Ni pudo esta intención variar en el último instante, cuando se acogió, con el consentimiento del mismo ministro de Justicia, la propuesta de utilizar más bien las palabras 'principios generales del derecho'; cuyas palabras pasaron después, sin debates ni discusiones de importancia en las disposiciones antedichas al Código vigente", Del Vecchio, Giorgio, Los principios generales del derecho (trad. Juan Osorio Morales), 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1979, pp. 46-48.

^{**} Ibidem, pp. 113 y 114.

Esser, Josef, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado (trad. Eduardo Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 5.

⁵⁸ Ibidem, p. 88.

como serían las reglas de derecho en sentido estricto, los principios que son parte de un derecho material y no formal y que permiten a los aplicadores ante la falta de normas, resolver las controversias. Además también están los conceptos jurídicos, las opiniones doctrinales y los que denomina "estándares", por lo que la ciencia debería dar cuenta de esta pluralidad de fuentes en el derecho.⁵⁹

Por último, no es sino hasta 1967, cuando el tema toma impulso, introduciendo nuevos elementos sobre su estructura que permitirán un mayor desarrollo. En efecto, con la aparición del artículo del profesor Ronald Dworkin: "¿Es el derecho un sistema de normas?", este tema vuelve al primer plano de discusión dentro de las teorías normativas, introduciendo así un nuevo paradigma que permitirá la revolución acerca del conocimiento del derecho.

En el mismo, se trataba de impugnar la visión que del derecho ofrecía el positivismo, desde uno de sus puntos débiles, que no pudo proporcionar una respuesta consistente ni satisfactoria. Esto es, el tema de la interpretación y aplicación del derecho, cuando no existe norma, o ésta es vaga o imprecisa. Como se recordará, el positivismo jurídico postulaba que ante la falta o insuficiencia en la norma, el juez contaba con una discrecionalidad y por lo tanto, podía producir una nueva norma. Sin embargo, la aceptación de este postulado implicaba una contradicción con uno de los fundamentos de la propia teoría de la que partía, el de que las normas sólo podían tener vigencia en el futuro y nunca "ex post facto". Si se acepta esta explicación, luego entonces se está reconociendo que los jueces pueden producir normas generales para regular situaciones acontecidas con anticipación a la propia norma.

Sin embargo, lo más relevante de este artículo, era que en realidad la visión que ofrecía el positivismo, en cualquiera de sus vertientes, era demasiado simplista al describir la función aplicadora en el derecho, ya que no tomaba en cuenta una serie de estándares, que también confluían en su aplicación, sobre todo cuando nos enfrentamos a un "caso difícil". Esto es, ni siquiera podían explicar convincentemente la realidad cotidiana de los abogados y los jueces, ya que además de tomar en consideración el único elemento existente en el sistema jurídico, al decir de los positivistas, esto es, normas jurídicas, también hacían uso de elementos que consideraban válidos y que no se podían confundir con las normas y a las que deberíamos prestar atención.

Dworkin postulaba que a la par de las normas o reglas, estaban los principios, los cuales tenían una naturaleza propia y diferente de las primeras y que por lo tanto, tenían que distinguirse de ellas, al contar con elementos claros y distintos para su aplicación.

³⁹ Ibidem, pp. 121 y 122.

El artículo se encuentra en la obra del mismo autor que aparece en su Filosofía del derecho (trad. Javier Sáinz de los Terreros), Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 75-127. Este artículo pasaría a ser el capítulo 2: "El modelo de las normas", de su famosa obra: Los derechos en serio (trad. Marta Gustavino), Ariel, Barcelona, 1984. De hecho el profesor Dworkin ha recordado este suceso en su última obra Justice in Robes: "In the 1970s a debate began, prompted by an article in which I suggested that Hart's version of analytic positivism, which claimed to be an account of the concept of law itself and therefore to apply to all fullfledged legal systems now and in the past falsified a substantial part of law's phenomenology and official written record", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 2006, p. 32.

Diversas eran las notas que producían dicha distinción, en primer lugar, está el elemento lógico, ya que a diferencia de las normas que en su opinión se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplica o no la norma a un caso concreto, los principios sólo establecen una "razón" que discurre en una única dirección, pero que no exige una decisión en particular. Es decir, sólo menciona la finalidad que debe perseguirse, pero no en sí el contenido de la decisión a tomar, lo que sin duda deja un amplio campo de acción a la práctica judicial o doctrinal.

Por otro lado, los principios tienen una diferencia respecto a su contenido, ya que cuando se invocan, hacemos mención a su peso o importancia. ⁶² Cuando existen principios que deben ser tomados en cuenta al momento de resolver una controversia, se debe tomar en cuenta "el peso específico" que tiene cada uno de ellos, lo que no sucede con las normas, que en términos generales suelen tener un mismo valor jurídico.

De igual manera, en las normas podemos conocer cuáles y cuántas son, por virtud de la regla de reconocimiento, así como el contenido de su disposición, lo que no sucede con los principios, ya que de antemano no podemos saber cuántos son y la forma en que se van transformando, o produciendo, o los factores que inducen a ello, ni mucho menos todo el contenido normativo o valorativo que pueden tener.

Por su parte, Robert Alexy ha intentado complementar estas notas que caracterizan a los principios, pero enfatizando el aspecto de regla que también incide en éstos. Así, además de la nota de generalidad superior que encontramos en las normas jurídicas, punto ya aceptado por la doctrina, incluso el positivismo, como Joseph Raz, los principios se distinguen en que son normas que sólo ordenan una finalidad, pero no establecen la forma en que se deba cumplir en cada caso. Esto es, los principios son "mandatos de optimización", los cuales pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento, sólo depende de las posibilidades reales y jurídicas que se dan en cada caso. De ahí que su aplicación varíe en un supuesto de otro. De cualquier forma, las posibilidades jurídicas son determinadas por los propios principios y reglas que se oponen al principio que se invoca.⁶³

De hecho, la situación de que los principios jurídicos se puedan aplicar en forma distinta en cada caso, lleva a la conclusión de Alexy de que en realidad además de las normas y de principios, una teoría procedimental y las reglas del discurso, constituyen también un elemento indispensable de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Lo expuesto por Dworkin en su momento, fue relevante para la ciencia jurídica, ya que alertó a la comunidad respecto del papel que juegan los principios, no únicamente en la solución de los casos límite que se presentan ante los tribunales nacionales, sino más general,

¹¹ Los derechos en serio, op. cit., pp. 74-76.

¹² Ibidem, p. 77.

⁶⁰ Véase al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés, con la revisión de Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y 87. Estas ideas son desarrolladas a su vez en "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", conferencia que fue impartida por Alexy en septiembre de 1988, recogida en *Derecho y razón práctica* (trad. Manuel Atienza), Fontamara, México, 1993, pp. 9-35.

sobre la forma en que los abogados perciben y aplican el derecho, lo que demostró que en realidad el sistema jurídico de cualquier país, está integrado, más que por mandatos emitidos por el propio legislador, por otro tipo de elementos como son, los principios.

Los argumentos del profesor Dworkin fueron relevantes para toda la comunidad científica jurídica, ya que constituyó un auténtico "paradigma" que permitió transformar nuestra percepción acerca del derecho y con ello permitió que se transformara la dogmática y la teoría del derecho que se producía hasta entonces.

Sin embargo, como lo han reiterado diversos autores, el término "principio", todavía en nuestros días no es claro, ya que suscita distintas impresiones entre los abogados. De acuerdo con Manuel Atienza, quien a su vez sigue a Carrió y Guastini, podemos encontrar por lo menos seis sentidos diferentes, de este concepto:

Como una norma muy general, como ya lo vimos, cuyas propiedades relevantes son muy generales, por ejemplo, el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal que señala: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley". Como se ve, dicha disposición es una norma general, aplicable a todo contrato que celebren los particulares, pero que también constituye una regla que puede ser aplicada a otro tipo de contratos no específicamente regulados por el Código Civil, como lo pueden ser los mercantiles

e incluso los contratos celebrados por la administración pública, vemos aquí cómo esta norma puede ser utilizada como un principio aplicable a cualquier acto jurídico. La generalidad está referida a los elementos que la contienen y que la hacen aplicable a un mayor número de supuestos, incluso a aquellos no regulados por el propio Código. Concomitante con lo anterior, también se entiende por principio, una norma que emplea términos oscuros o vagos, quedando incluidas aquellas que utilizan lo que en la doctrina se conoce como "conceptos jurídicos indeterminados", situación que ya se había apuntado por parte del profesor Dworkin, los cuales en la terminología del profesor Hart, cuentan con una "textura abierta". Ejemplo de esto lo encontraríamos en la siguiente disposición del Código citado, que se encuentra en la sección del contrato de mandato: "Artículo 2563. En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio propio". Es evidente que los términos "arbitrio", "prudencia" y "negocio propio", son términos imprecisos que sólo pueden concretarse en casos particulares, sin que de antemano se pueda dar una definición completa sobre el contenido de estos términos.

También utilizamos este término cuando nos referimos a una acción pública a desarrollar por parte de los poderes públicos, como sucede en las normas programáticas, que implican derechos fundamentales sociales en las constituciones de los estados, como el derecho a la vivienda, a la salud, al medio ambiente, etc. En este caso, cobra relevan-

cia el criterio del mandato de optimización a nivel general que nos señalaba el profesor Alexy.

De igual forma y siguiendo a Dworkin y a la importancia que se suele atribuir a los principios, decimos que éstos tienen un claro contenido moral, y que expresan un valor superior en el ordenamiento jurídico, como acontece con el derecho a la libertad o a la igualdad. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que como lo enfatiza dicho autor, los principios en un sentido general, no sólo suelen tener un contenido moral, sino también aspectos de carácter económico, político o social que constituye un objetivo deseable para la comunidad, a los cuales daba el calificativo de "directriz", para distinguirlo de los principios, con el contenido moral apuntado. 64

El vocablo que analizamos también puede ser utilizado como aquella clase especial de reglas que están dirigidas a los órganos de aplicación del derecho, como puede ser el siguiente ejemplo, contenido en el Código Civil, "Artículo 1857. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses...".

Una norma que contiene una máxima general y que permite la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico, como lo puede ser el último párrafo del artículo 14 constitucional, que obliga a los juzgadores a resolver todas las controversias civiles y administrativas que se les presen-

ten, y que inciden en la pretensión de plenitud del sistema jurídico.

Por supuesto que la anterior distinción no es exhaustiva y lo que es más importante, que podamos encontrar principios que compartan varias de las anteriores distinciones.

En ese tenor, uno de los primeros problemas que enfrentamos es precisamente cuál de todos los sentidos expuestos corresponde en realidad al tema de los principios. Seguramente debemos considerar que no existe una única ni sola naturaleza cuando hablamos de este término y que ontológicamente podamos considerar que existen varios tipos o clases de ellos, como sucede en el caso de las normas jurídicas.

Atienza, para aclarar más la situación, y siguiendo los dictados de Dworkin, distingue entre principios en sentido estricto, como aquellos que sólo contienen normas de carácter moral y que expresan un valor superior dentro del sistema normativo y normas programáticas o directrices, que sólo contienen normas programáticas, no necesariamente de contenido moral al poder público, las cuales al momento que confluyen en una misma situación deben dar preferencia a las primeras.

3. Clases de principios

En ese tenor, pudiéramos dar una clasificación sobre los principios, de acuerdo con lo que se ha expuesto, y siguiendo las ideas de Dworkin. En primer lugar tenemos a los principios en sentido estricto, los cuales tienen a su vez su fuente en valores morales, ya sea que se incorpo-

⁶⁴ Dworkin, op. cit., pp. 72 y ss.

ren en normas o no, así como las directrices y normas programáticas, que tienen como fuente políticas públicas de carácter económico, social, cultural o político.

De acuerdo con Atienza, aun sería susceptible una distinta clasificación, tomando para ello la terminología de los maestros argentinos Alchourrón y Bulygin entre principios que van dirigidos a guiar la conducta de las personas y los principios dirigidos a regular el ejercicio de los órganos públicos.65

Otra clasificación podría ser la de principios explícitos, cuando se encuentran formulados y reconocidos o normados expresamente en el sistema jurídico y los principios implícitos, en los cuales son extraídos a partir de otras normas o enunciados normativos, sin que se puedan prever completamente en un momento determinado dentro del sistema de derecho.66 Particularmente dentro de esta última clasificación, podríamos hacer referencia a los principios que si bien están fuera del sistema jurídico, se incorporan a él dentro de un determinado momento histórico, dada la "apertura" que existe en las constituciones actuales: "En cuanto se admite principios, y se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, efectuadas a la luz de principios, y se reconoce, por tanto, a los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas". 67

Nosotros todavía podríamos hacer una subclasificación más dependiendo del ámbito de aplicación o especialidad del principio, y así tendríamos principios aplicables a todo el sistema jurídico y principios propios de determinada rama del derecho, como la administrativa o la penal. El principio de "nullum crimen nullum penae sine legis", sería un principio específico del derecho penal, que no resulta aplicable a otras ramas del derecho.

Por supuesto y al igual que acontece con las normas jurídicas, aún estaría pendiente una taxonomía exhaustiva respecto de los principios, que nos ayude a aclarar más su naturaleza y la forma en que operan dentro del razonamiento jurídico.

4. Naturaleza de los principios

Otra cuestión relevante consiste en la naturaleza misma de los principios, ya que para algunos autores, Dworkin entre ellos, los principios por su estructura y finalidad, tienen y así deben ser considerados, una naturaleza distinta de las normas. En cambio, para otros autores, tanto las normas como los principios, tienen una naturaleza normativa, diferenciándose por otros factores, por lo que lo incluyen dentro del concepto de reglas jurídicas y así se hablaría de reglas como normas y reglas como principios, como lo postula Robert Alexy, o el último Hart.⁶⁸

Los principios no sólo se distinguen de las normas por los atributos que los caracterizan, sino también por

et Véase Atienza, op. cit., p. 5.

¹⁶ Ibidem, p. 6.

[&]quot; Habermas, op. cit., p. 279.

⁶⁶ Entre ellos, Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., pp. 82 y 83.

la forma en que se aplican. Estas últimas, cobran relevancia cuando se cumple el supuesto normativo que contienen y en caso de existir conflicto entre ellas, luego entonces se utilizan normas secundarias que señalan la forma de seleccionar la norma idónea, a las que se les conoce como reglas para la solución de antinomias. Así se da preferencia a una norma especial, respecto de una norma general; a una norma posterior, respecto de una norma anterior, norma superior respecto de norma inferior, norma constitucional respecto de norma inconstitucional.

Sin embargo no sucede así con respecto a los principios, ya que como se ha apuntado y de acuerdo con la propia estructura que los conforman, la concurrencia de principios en una situación determinada, suele ocurrir con frecuencia y en ese tenor, no es posible la aplicación de los criterios que se utilizan para las normas. Por el contrario, existen reglas especiales muchas veces no positivadas, que sirven para resolver esta cuestión. La aplicación de varios principios, no implica el que se excluyan recíprocamente, sino que pueden coexistir en la solución del caso y la forma en que participarán se realiza, de acuerdo con Robert Alexy, mediante el criterio al que se denomina "ponderación", lo que implica un análisis y valoración de los que concurren para ajustar su necesidad, jerarquía y proporcionalidad.

Esto trae como consecuencia el que resulta imposible tener de antemano un criterio objetivo, permanente y fijo en la solución de problemas que pueden surgir entre los principios, lo que lleva a los abogados a resolver en cada caso los conflictos de principios que se les presentan, situación que no acontece con las normas, donde de antemano se puede prever objetivamente una solución concreta. De ahí que el reconocimiento de la existencia de los principios y su importancia dentro de un sistema de derecho, implique como consecuencia, el reconocimiento de una actividad propia que determine en cada caso el grado de su participación, con ello, también se reconoce a esa actividad, el razonamiento jurídico, como elemento integrante del sistema normativo, ya que por medio de él, se puede llegar al establecimiento de la norma individual aplicable en un caso donde los principios participen.

En relación con lo anterior, Alexy ha intentado formular mediante lo que denomina "ley de ponderación" reglas que nos permitan conocer cuándo resultan procedentes la aplicación de determinados principios y la medida en que deben aplicarse, punto que considero resulta desacertado, por no poder dar fórmulas lógicas o matemáticas en este aspecto, lo que pudiera producir una reducción y "cosificación" de los principios, perdiendo su carácter dinámico y orientador.⁶⁹

A nivel constitucional también se presenta la posibilidad de conflicto entre principios constitucionales y leyes ordinarias, en donde se aplican la prioridad de los principios, en atención a su jerarquía.

Por último, el conflicto entre principios y directrices lleva a la derrotabilidad de estos últimos, en atención al contenido moral de los primeros.

⁸⁹ Al respecto véase: Alexy, Robert, Teoría del discurso y derechos constitucionales (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 2005, pp. 47 y ss. Habermas también ha combatido esta concepción de Alexy, véase Facticidad y validez, op. cit., pp. 262 y ss.

Por otro lado, los principios, a diferencia de la dimensión subordinada y subsidiaria que tenían en la visión positivista, se transforman no sólo como elementos importantísimos del sistema jurídico y, por lo tanto, como un papel destacado en la solución de controversias y de creación del derecho. Además, a diferencia de las normas, cumplen con una función explicativa y legitimadora del sistema jurídico, dadas las notas de abstracción, importancia y generalidad que presentan, sobre todo por su contenido material. Para Zagrebelsky, los principios cumplen actualmente una función supletoria, integradora y correctora en el propio sistema ante la insuficiencia de reglas.⁷⁰

Como lo apunta Atienza, los principios a la par de las leyes científicas hacen posible una descripción sencilla sobre el contenido del sistema normativo, empleando varios de ellos, podemos sintetizar gran parte de los fines y las razones de las reglas que se contienen en él. Pero también dando los motivos y las finalidades de las normas que no encontramos en estas últimas, de tal manera que nos permiten ver al derecho, como un sistema ordenado de valores y sobre todo de sentido, aunque muchas veces son contradictorios, de tal manera que permiten ver las deficiencias en la integración del sistema positivo, lo que permite su modificación.⁷¹

De la misma manera como los principios incorporan valores morales o sociales en el sistema jurídico, cumplen a la par no sólo con la función integradora que hemos expuesto, sino de igual manera, con una función justificatoria de la existencia y permanencia de todo el sistema, lo que indudablemente contribuye a la legitimación del sistema jurídico.

Especial relevancia tienen los principios en nuestro tiempo, por la importancia que han tenido, lo que los distingue de su tratamiento y conceptualización en el positivismo, toda vez que los mismos se han incorporado, no sólo mediante el discurso de los abogados en la solución de las controversias civiles, penales o administrativas que se les presenten, sino sobre todo, por su expresa incorporación a las constituciones modernas. A partir de ahí, podemos decir que el derecho se ha materializado con el contenido de dichos principios que indudablemente reflejan valores morales y democráticos que se deben desarrollar, de tal manera que el conocimiento de lo jurídico, sólo puede ser logrado mediante el estudio de esos contenidos normativos, superando así las limitaciones que nos daba la concepción positivista. De esta manera, la Constitución de los estados occidentales modernos, y toda su regulación inferior, supone que su estudio ya no tiene únicamente por objeto la creación o distribución formal de poderes, sino el contenido material que lo inspira, con lo que la preocupación y la relación que se daba entre moral y derecho, que el positivismo afanosamente trataba de explicar, se ha visto disminuida al incorporarse esos principios morales en principios jurídicos que explican y desarrollan todo al sistema al que pertenecen.

En ese tenor, los principios han dejado de tener sólo una perspectiva moral para convertirse también en jurí-

Zagrebelsky, op. cit., p. 117.

Atienza, Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos, op. cit., pp. 19 y ss.

dicos y con ello, una necesidad de estudiarlos desde el punto de vista jurídico:

"De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de prueba de la nueva teoría del derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas o decisiones a la luz de los mismos, permite confirmar... lo acertado de una ciencia del derecho desde el punto de vista interno. Por su parte, la teoría del derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás era ya sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática. No debe extrañar, por ello, que Dworkin propugne una teoría del derecho abiertamente comprometida con la cultura jurídica del momento, es decir, con el constitucionalismo, más concretamente que propugne la "fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética".72

Sin embargo, esa mutua dependencia entre moral y derecho, que confluye por medio de los principios y se une al procedimiento democrático, en la producción de las normas jurídicas, no debe llevarnos al extremo de confundir en la teoría y en la práctica a ambos sistemas. Si bien los dos pueden surgir y explicarse desde una sola base social, una adecuada teoría jurídica nos

debe llevar a una separación de ambos ordenamientos, en atención a sus características intrínsecas, pero sin dejar de reconocer su influencia recíproca.

Es decir, como nos lo recordara Esser, si bien los principios nos llevan a alejarnos del positivismo, lo hace para que regresemos a una nueva teoría que sin desdeñar los logros que obtuvo y que todavía son consistentes con nuestras convicciones, nos permita superarlo pero retomando sus aspiraciones de un conocimiento certero. Esto es, hemos salido del positivismo, para en algún momento volver a él.

V. Apéndice. Los principios generales del derecho en los tribunales de México

Actualmente tanto nuestra Constitución como nuestros distintos códigos civiles hacen mención a los principios generales del derecho. El motivo por el cual se incorporó en nuestra Constitución este concepto, obedeció a la deficiente procuración de la justicia que se daba en las distintas entidades federativas que conforman al país, ya que ante la existencia de cacicazgos y otras fuentes locales de poder, no era raro encontrar eventos en donde no se aplicaba ni siquiera la ley positiva. De esta manera se estableció como un derecho fundamental en la Constitución de 1917, que las controversias civiles o mercantiles que se plantearan ante los tribunales, se aplicaran en forma correcta.⁷³

⁷² Prieto Sanchís, op. cit., p. 57.

⁷³ De hecho quien motivó la inclusión de este tema en nuestro texto supremo, fue el tratadista Emilio Rabasa en su obra: El artículo 14 constitucional. Estudio constitucional (1906). Actualmente se puede encontrar en Porrúa, México. Particularmente los capítulos IX, X y XI.

Por lo que se refiere a su inclusión en la ley civil, como sucedió en los restantes países de tradición latina, tuvo como propósito la de servir como una norma de clausura, al momento de resolver toda clase de controversias que se le presentaran al juzgador, ya que éste no se encontraba facultado para dejarla de resolver. Así ante la falta de norma jurídica expresa, de su interpretación o de su aplicación analógica, el juez debería echar mano de los llamados principios jurídicos.

El término de "principio general del derecho", se tomó de los anteriores códigos mexicanos de 1870 y 1884. A su vez éstos se inspiraron en el proyecto de Código Civil español de 1851 (conocido como García Goyena) y presumiblemente éste se inspiró a su vez en el Código Austriaco, que en su artículo 70, hablaba de principios jurídicos naturales y del Código Civil para el Reino de Cerdeña, también identificado como Código Albertino de 1837, en donde se utilizaba "Principios generales del derecho".⁷⁴

Como lo apuntó para el caso de Italia, Georgio del Vecchio, si bien la aplicación que se le dio en la mayoría de los casos a esta expresión, denotaba un criterio positivista, no fue éste el que tuvieron en cuenta los legisladores que lo introdujeron por primera vez al sistema mexicano, como se puede desprender, de algunos

párrafos de la exposición de motivos del Código Civil de 1870:

"Estando fuera de la posibilidad humana la previsión de todos los actos que pueden ser materia de controversia, son de todo punto inevitables la insuficiencia de la legislación y la necesidad de suplirla, ora con los principios generales del derecho, ora con la tradición de los tribunales, ya con las opiniones de los jurisconsultos, ya, en fin, con la propia conciencia, fundada en el sentimiento de justicia y equidad que Dios ha inspirado al corazón del hombre, y que casi siempre se abre paso aun en medio de la lucha de los intereses y de las pasiones, lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la providencia de los juzgadores".

Superadas las guerras internas en el país, que lo paralizaron casi todo el siglo XIX y normalizadas sus actividades y con ello la aplicación de las leyes civiles, la expresión de los principios generales del derecho, fue utilizada de distinta manera. En primer lugar, se hizo para suplir la legislación positiva, con base en la propia legislación incluyendo la histórica que se había aplicado en el país, como se reconoció por el Tribunal de Circuito de México en el mes de agosto de 1892.⁷⁵

Para ver el origen del artículo 14 constitucional y 19 del Código Civil, véase Batiza, Rodolfo, Las fuentes del Código Civil de 1928, Porrúa, México, 1979; Ovalle Favela, José, su comentario al artículo 14 constitucional en Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 4a. ed., t. III, Porrúa, México, 1994, pp. 104-111; Borja Soriano, Manuel, Teoría general de las obligaciones, 8a. ed., Porrúa, México, 1982, pp. 54-58. De igual forma véase Diez-Picasso, Luis y Antonio Guillén, Sistema de derecho civil, vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 141-143.

⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación, tercera época, t. VI, p. 515. En la sentencia que aparece en este registro, el Tribunal dispone que a falta de una ley nacional, se debe acudir a las leyes españolas que estuvieron vigentes, para cumplir con los tratados de Córdoba que nos dieron la independencia (considerando noveno). De esta manera, se aplica la novísima recopilación que estuvo vigente en nuestro país, antes de surgir de manera independiente. De cualquier manera en el considerando décimo segundo de la sentencia, se señala que los princípios de derecho, se deducen sólo de las disposiciones legales incluso de las leyes derogadas, que obligan a juzgar los casos de otros

Una segunda postura fue la de considerar a este término, vinculado con las ideas de la moralidad y la justicia. Así se dijo que sí se podía extraditar a las personas que cometieran algún delito, a pesar de que no existiera un tratado internacional al respecto, con base en que los principios de moralidad y de justicia que: "exigen que los delitos no queden impunes, cualquiera que sea el lugar donde se cometen". En esta vertiente se utilizaron principios que no estaban expresamente previstos en la legislación."

La misma ambivalencia la encontramos en la aplicación de nuestro Código Civil actual de 1928, y la jurisprudencia positiva que nos regula, la cual comenzó, una vez entrada en vigor la Constitución que actualmente nos rige de 1917.

En efecto y al amparo de la doctrina italiana, se estableció que por principio general del derecho, no podían quedar incluidas abstracciones o generalidades jurídicas, sino, por el contrario, "principios cardinales del ordenamiento positivo", que se podían obtener de la abs-

iguales o semejantes. Otro ejemplo en donde al aplicarse esta noción se invocaron disposiciones positivas españolas, se encuentra en el Semanario Judicial de la Federación, segunda época, t. XIV, p. 995, donde el Tribunal de Circuito de México, el 8 de junio de 1888, aplicó disposiciones del "Reguli Juris", "Fuero Juzgo" y el "Fuero Real". Para la consulta de la llamada "jurisprudencia histórica" se utilizó la obra: "Jurisprudencia histórica y otros documentos de la época (1870-1910)", de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (DVD-Rom), México, 2003.

⁷⁶ Como lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 13 de julio de 1885, en su sentencia que aparece en el Semanario Judicial de la Federación, segunda época, t. IX, p. 73.

⁷⁷ Como lo encontramos en la sentencia que dictó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 22 de mayo de 1882, en su sentencia que aparece en el Semanario Judicial de la Federación, segunda época, t. IV, p. 715. tracción de las normas que se encontraban en el propio sistema, como en su momento lo expusieron los juristas Ferrara, Richi, Brasi, Coviello, Ruggiero, Pachioni, Fadda o Bensa. Así las cosas, esta noción no podía hacer referencia a un concepto universal, ni a su vinculación con un derecho natural o normas morales, sino identificado siempre con normas positivas y concretas, y por lo tanto, dichos principios son particulares, históricos y variables, de acuerdo con cada nación y dependiendo de las condiciones sociales del derecho vigente.⁷⁸

Así, los tribunales afirmaron que dicha noción, se obtiene de aquellas que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos, o que se encuentran en otras leyes, ya sea positivas o históricas.⁷⁹ También apuntaron que sólo se aplican, de acuerdo con la entidad federativa de donde se abstraen los mismos y por lo tanto, los principios "generales" del derecho son en realidad locales, dependiendo de la ley del lugar de la que se obtienen.⁸⁰ Así se manifestó de igual manera que son subsidiarios y supletorios de las normas jurídicas, ya que nuestra Constitución, sólo autoriza acudir

⁷⁸ Véase Borja Soriano, op. cit., pp. 54 y ss.

⁷⁹ Como lo asentó la Tercera Sala, de la Suprema Corte de Justicia, en el Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. XCVIII, p. 125: "Principios generales de derecho. Aplicación de". O el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en la competencia núm. 532/35, aparecida en el Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. XLIII, p. 283: "Principios generales de derecho".

⁸⁰ Como lo determinó la Tercera Sala, de la Suprema Corte de Justicia, en el Semanario Judicial de la Federación, t. XCVIII, quinta época, p. 125: "Principios generales de derecho, no pueden aplicarse como tales los preceptos del Código Civil del Distrito Federal, a controversias suscitadas en distinta entidad federativa".

a ellos ante la falta de texto legal expreso que regule la situación jurídica en análisis.⁸¹

Pero como sucedió en la vigencia de la Constitución anterior, también se dieron tesis jurisprudenciales que vincularon a los principios de derecho con verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos jurídicos de generalización, sin que puedan estar en contradicción con el derecho positivo, ⁵² o también se consideraron como valores jurídicos. ⁵³

De hecho incluso los propios tribunales han reconocido paradójicamente la coexistencia de ambas posibles interpretaciones respecto de esta noción, vigentes al mismo tiempo.⁸⁴

Con la llegada del nuevo "paradigma" que hemos apuntado en las páginas anteriores, por medio de la doctrina, se prevé un cambio en el criterio de los tribunales, respecto a la noción de principio de derecho, para vincularlo a principios superiores del ordenamiento jurídico, no necesariamente reconocidos en nuestros textos positivos, sino inspirados en los valores que conforman las sociedades democráticas.⁸⁵

También el cambio apuntado lo podemos encontrar en tribunales especializados mexicanos, por ejemplo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuando resolvió el llamado "caso Tabasco", declarando

⁸¹ Como lo estableció el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito en el amparo directo 264/97 que aparece en el Semanario Judicial de la Federación, VII, novena época, t. VII, junio de 1998, p. 692.

⁵⁰ Como se señaló por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo civil directo 6187/34 que se puede consultar en el Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. LV, p. 2642, "Principios generales de derecho".

Primer Circuito en la queja 243/91, que se puede consultar en el Semanario Judicial de la Federación, octava época, t. VIII, noviembre de 1991, p. 145. De hecho, en una interesante tesis del Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en la queja 93/89, determinó que los principios generales del derecho son la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho y que son la manifestación auténtica prístina de las aspiraciones de la justicia de una comunidad: "Principios generales del derecho, su función en el ordenamiento jurídico", Semanario Judicial de la Federación, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, III, Segunda Parte, enero a junio de 1989, p. 57.

Se Como se desprende en la sentencia del Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en la queja 203/87, aparecida en

el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, 217-228, sexta parte, p. 514: "Queja procedente contra resoluciones dictadas durante el trámite de incidentes de reposición de autos, aun cuando no hava sido admitida la demanda de amparo, con fundamento en principios generales del derecho". En esta resolución, se transcriben algunos precedentes de la interpretación positivista del vocablo como aquellos que "son los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las que se han expedido después de 1917, sino también las anteriores a la Constitución de 1917", como también las fundadas en un iusnaturalismo: "son verdades jurídicas notorias, indiscutiblemente de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere dado si hubiere estado presente o habría establecido si hubiere previsto el caso siendo condición que no desarmonice o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas deben llenar". Es interesante esta tesis porque para sentar su precedente, el Tribunal Colegiado realiza una mezcla de ambas interpretaciones, sin decidirse por ninguna de ellas.

⁵⁵ Como se puede ver en la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS DE LAS LEYES RELATIVAS ES PERTINENTE ACUDIR A LOS PRINCIPIOS RECTORES Y VALORES DEMOCRÁTICOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", aparecida en la acción de inconstitucionalidad 30/2005 y que se puede consultar en el Semanario Judicial de la Federación, novena época, t. XXIII, abril de 2006, p. 646.

nula la elección para el gobierno de dicho estado de la República, debido a que el cumplimiento de principios fundamentales y democráticos resulta indispensable para que se declare válida una elección a cargo público, los cuales están incorporados en nuestra Constitución y en las leyes electorales estatales, lo que los convierte en imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no renunciables, por lo que su acatamiento resulta indispensable.⁸⁶

No cabe duda que con el cambio que ha operado en nuestro derecho, el tema de los principios, dejarán de ser vistos como elementos subsidiarios o supletorios de nuestra legislación, para pasar, a un mismo plano de importancia respecto de las normas positivas, como fuentes principales e integradoras de nuestro sistema.

En efecto, el tribunal señala lo siguiente en el considerando décimo tercero: "Dichos principios son entre otros, las elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezcan los recursos públicos sobre los de origen privado; la organización de elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral, el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso a los partidos políticos a los medios de comunicación social, el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales. Como consecuencia de lo anterior, si esos principios son fundamentales en una elección libre, auténtica y periódica, es admisible arribar a la conclusión de que cuando en una elección, donde se consigne una fórmula abstracta de nulidad de una elección, se constate que alguno de estos principios ha sido perturbado de manera importante, trascendente, que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente, y que por esto se ponga en duda fundada la credibilidad y la legitimidad de los comicios y de quienes resulten de ellos, resulta procedente considerar actualizada dicha causal". Revisión constitucional electoral, expediente SUP-JRC487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, actores Partido de la Revolución Democrática y Partido Acción Nacional