

LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ

Y ciertamente lo común a todo tipo de principios es ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce. Y de ellos, unos son inmanentes y otros son extrínsecos, y de ahí que principio sean la naturaleza y el elemento, el pensamiento, y la voluntad, la entidad y el para qué...

ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro V,
1012b

Para bien o para mal —seguramente para bien— creemos que nuestra legislación en general, y que nuestra Constitución en particular, descansa sobre principios y no sobre un accidente histórico, y sería un gran traspie en nuestro propio entendimiento colectivo renunciar ahora a esta idea.

RONALD DWORKIN

¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?

I. INTRODUCCIÓN

Ya nadie pone en duda que los principios juegan un papel destacado dentro de los sistemas jurídicos nacionales e incluso dentro del propio derecho internacional.

En un trabajo previo tratamos de dar cuenta cómo operó este cambio, no sólo dentro de las normas positivas de los estados nacionales, sino para la propia ciencia jurídica¹.

De su tímida y reticente aparición en los códigos civiles de los siglos XIX y XX, pasan a ocupar ahora posiciones destacadas en los textos constitucionales, los tratados internacionales y en las propias leyes ordinarias. Su transformación ha llegado a tal grado, que una buena parte de dichos cuerpos legales se estructuran, desarrollan y explican con base en ellos.

Dentro de los textos de la dogmática jurídica, también empieza a aparecer el estudio de las diferentes ramas del derecho desde la óptica de estos principios, privilegiando su posición como fuente de derecho, así como elementos clarificadores, explicativos y desarrolladores de sus preceptos y a donde hay que volver, cuando las normas no resuelven los casos concretos que se presentan, o no lo hacen de una manera completa. Así, los principios no sólo dentro del nivel teó-

¹ Véase: Gómez Alcalá, Rodolfo V., "Normas y principios hacia un mejor conocimiento del derecho", en *La crisis de la ley. Memoria del II encuentro de claustros docentes*, Pisa, 2006, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, pp. 179-256.

rico, sino sobre todo en la vida diaria, están a la vista de todos.

Así, podemos seguir afirmando, que quizá el logro más importante para la ciencia jurídica en la segunda mitad del siglo XX fue la revalorización del papel que juegan los principios en el conocimiento, identificación, enseñanza, y sobre todo en la aplicación concreta del derecho, la cual aumenta día con día.

Finalmente, el estudio de estos no tan novedosos elementos de los sistemas normativos jurídicos, es asimismo materia de la ciencia especializada en dar razón de su estructura y su naturaleza, es decir, de la teoría general del derecho.

Sin embargo, las interrogantes a desentrañar después de estas observaciones, serían en el sentido de si ante la incorporación y el reconocimiento expreso de los principios en los ordenamientos jurídicos, la teoría general del derecho los está estudiando y si es así ¿si lo realiza en forma satisfactoria? o si, por el contrario ¿se necesitaría realizar una transformación de esa teoría? tomando en cuenta para ello, los motivos y las finalidades con las que se formó esa ciencia, con la naturaleza de los mismos principios.

Resulta necesario destacar que el cambio sustancial que ha operado y a que se hizo referencia en la investigación indicada, no sólo trajo como resultado la revalorización de los principios en el derecho, sino también, la acreditación de la insuficiencia de la ciencia jurídica, en atención a que no fue capaz de construir un modelo teórico satisfactorio ni para explicar la naturaleza de los fenómenos que la comprenden, ni para los destina-

tarios y operadores de los sistemas jurídicos nacionales. En ese tenor, no basta con la incorporación de estos principios en estos ordenamientos, como ha sucedido hasta el momento, sino también la modificación de los postulados de su ciencia más importante, la teoría general del derecho. Pero, ¿se ha realizado debidamente hasta la fecha?

Así, en el presente trabajo se intentará demostrar que pese a los esfuerzos doctrinales más importantes que se han producido hasta el momento dentro de dicha teoría, no logran estudiar correctamente esta cuestión y siguen afianzados en los postulados en los que surgió esa perspectiva de ciencia, es decir, a pesar del cambio sustancial y material sufrido en los sistemas positivos, a nivel especulativo se sigue dando relevancia al aspecto formal o estructural de las reglas, ya sean normas o principios, como requisito indispensable de su objetividad y cientificidad.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Podríamos señalar que esta teoría, misma que continuamos cultivando hasta el día de hoy, como el mejor ejemplo de conocimiento riguroso e imparcial, surgió a finales del siglo XIX, principalmente en Alemania e Inglaterra y de ahí se extendió al paso de los años, a los demás países europeos y americanos. Su precedente, como lo apunta el profesor Guido Fassó, fue en primer término, el desarrollo de la escuela histórica, por medio de la pandectística, o de la también llamada escuela de la "jurisprudencia de los conceptos", que

pese a su origen antiformalista, acabó por asumir una posición fuera de la historia y abstracta de los términos jurídicos. A la aparición de esa ciencia también contribuyó la evolución de la dogmática jurídica y su pretensión de formalización y sistematización de lo que posteriormente se conocería como "los conceptos jurídicos fundamentales", obtenidos mediante el análisis de las normas y su abstracción, para llegar a la identificación de los principios torales de las distintas ramas del derecho positivo².

Con esta nueva teoría, se buscó la reformulación del concepto de ciencia dentro del derecho y su nueva arquitectura sobre la base de métodos o bien puramente empíricos, aplicados sobre el único derecho que podía ser materia de estudio, esto es, el derecho positivo vigente, o mediante métodos comparativos, abstrayendo las generalidades que presentaba la observación histórica o antropológica de las instituciones jurídicas, eliminando todo el contenido de las normas, o las finalidades que procuraban alcanzar, o los valores en que se sustentaban, ya que ello hacía imposible una adecuada racionalización de su objeto de estudio.

Sus fundadores fueron, por un lado, Adolf Merkel, en Alemania, a quien se le considera el autor del primer tratado sobre la materia: "*Elemente der Allgemeine Rechtslehre*" (1889) anticipado ya en un estudio previo

² Al respecto véase: Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3 (trad. José F. Lorca Navarrete), Editorial Pirámide, Madrid, 1979, pp. 157-162.

del año 1874³, en donde había proclamado el fin de la filosofía del derecho y su sustitución por una teoría general del derecho, dando inicio con ello, al positivismo jurídico alemán.

Con esta nueva ciencia buscó unificar en un solo cuerpo conceptual, a las distintas nociones aplicables a todas las ciencias jurídicas particulares, buscando además su armonización, así como su incorporación a las llamadas ciencias sociales, pero sin dejar de reconocer que en esencia, el derecho es un instrumento de dominación, que debe ser estudiado en su totalidad por las ciencias sociales, por lo que el orden jurídico moderno sólo puede contemplarse adecuadamente si para su estudio se parte de estas ideas. Además, la formación de esta nueva teoría, no sólo tenía un propósito meramente cognoscitivo, sino que debería contribuir a una mejor enseñanza del derecho.

También John Austin ayudó a la creación de esta nueva ciencia, principalmente con su obra: *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) en donde, de acuerdo con Hart, su propósito fue elaborar una teoría general jurídica, la cual debería tener como misión

³ En *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur 'positiven' Rechtswissenschaft*. Se hace la aclaración de que las obras mencionadas de este autor, resultan ser torales para la comprensión del nacimiento de esta teoría general, pero a pesar de su gran importancia, no tienen al día de hoy, una traducción al español, lo que ha contribuido a que no se tenga una idea clara respecto a este jurista, para algunos formalista y para otros, los menos, antiformalista. Para ver las distintas lecturas que actualmente tiene este autor, puede consultarse: Goyena, Jaime, en *Juristas Universales*, vol. 3, Rafael Domingo (ed.), Marcial Pons, 2004, Barcelona, pp. 444 y ss.

la clarificación y ordenación de las nociones jurídicas fundamentales, que forman parte de todo sistema jurídico, tarea que resultaba indispensable para poder elaborar un adecuado nivel teórico de su objeto de estudio, logrando su distinción con nociones o conceptos similares de otras ramas de estudio⁴. Así, en el desarrollo de esta nueva ciencia, se enfocó por definir el concepto del derecho y muy especialmente, distinguir el término de ley positiva respecto de otros tipos de leyes, como las religiosas o morales.

Esta nueva visión de ciencia jurídica fue desarrollada posteriormente por otros destacados juristas, quienes perfilaron su consolidación, como Karl Binding, quien insistió en la independencia de la teoría del derecho no sólo frente a la filosofía sino a las propias ciencias sociales, constituyendo el primer antecedente de la que posteriormente sería identificada como la teoría pura del derecho. Particularmente destacó que los términos jurídicos no necesitaban, para su enunciación y comprensión, de otras fuentes distintas de la legislación vigente, como después lo señalaría Kelsen, aunque en forma diferente.

Ernst Rudolf Bierling compartió con el anterior autor la idea de que los conceptos jurídicos son formales, pero indicó que también eran independientes de todo derecho positivo nacional. Por primera vez enuncia que las normas de un sistema jurídico presen-

⁴ Véase la introducción del profesor H. L. A. Hart a *The Province of Jurisprudence Determined*, de John Austin, Hackett, Cambridge, 1998, pp. vii-xviii.

tan una posición jerárquica y que para su existencia requieren del reconocimiento de los sujetos obligados. Karl Bergbohn, destacado forjador de esta disciplina, quien, además de ser el que trazó, según Radbruch, el programa de esta nueva ciencia en 1892, insistió en la necesidad de una teoría sobre los conceptos jurídicos fundamentales y de rechazar cualquier pretensión sobre la existencia de un derecho natural.

Felix Somló afirmó que la esencia del derecho no puede desprenderse de su contenido material, o de lo que establecen las normas positivas, siendo éste el integrado sólo por mandatos del hombre que regulan las conductas de los propios hombres y que logran imponerse de un modo estable con un carácter supremo dentro de una sociedad.

Así, esta teoría llegó a desarrollarse hasta los postulados de Hans Kelsen, con su divorcio entre los mundos del ser y del deber ser, la pureza metódica y la obtención de los conceptos jurídicos básicos libres de toda explicación metajurídica⁵.

Todos ellos tienen en común, además de las notas apuntadas, la convicción de que la única forma objetiva de conocer o estudiar al derecho es con base en sus

⁵ Para tener una visión general sobre el desarrollo de estas teorías, además de la obra de Fassó, véase: Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho* (trad. Luis Villard Borda y Ana María Montoya), Universidad Externado de Colombia, 2a. ed., Colombia, 1999, particularmente los capítulos II y VII. Recasens Siches, Luis: "Estudios de filosofía del derecho", dentro de la obra de Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, t. II, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1946, pp. 228 y ss. Así como Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho* (trad. José Medina Echavarría), Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 70 y ss.

propiedades meramente formales o estructurales, sin tomar en cuenta su contenido. Veremos a continuación qué fue lo que predeterminó a este tipo de teorías.

En primer lugar, consideraciones de carácter filosófico, con dos influencias principales, el pensamiento de Kant, deducido de una visión parcial de su obra, centrada exclusivamente en el análisis de la *Crítica de la Razón Pura* y la convicción de que sólo es posible estudiar de manera objetiva y por ello "*científica*" las formas y no los contenidos. Éstos no provienen del entendimiento, sino de la intuición, mediante la experiencia sensible, sólo son válidos *a posteriori*, por lo que no resultan ser universales, ni están exentos de error, de ahí la necesidad de apartarlos de todo modelo teórico.

Sólo dentro del conocimiento de las formas de intuición, o las formas de pensamiento, es posible un conocimiento riguroso. Como lo indica Arthur Kaufmann, esta concepción trajo como consecuencia la necesidad de excluir los contenidos normativos de la ciencia jurídica, para garantizar la objetividad en su estudio. Rudolf Stammler sería un buen ejemplo de esto, cuando apuntó que no era posible ninguna proposición jurídica que afirmara la particularidad del contenido del derecho y que fuera absolutamente correcta⁶.

⁶ Entre otras obras, en su *Tratado de filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), Reus, Madrid, 1930, en el núm. II: "*Objeto de la filosofía del derecho*", pp. 5-11. También puede consultarse respecto a esta visión reducida de la filosofía kantiana y su repercusión en la imagen de ciencia, a Larenz, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y el Estado* (trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol y Serra), Ed. Reus, Madrid, 2008, en su Primera Parte, el núm. II: "*El neokantismo*", pp. 80 y ss.

Es claro advertir que esta visión supuso el final, como ya lo había dicho Merkel, de la filosofía del derecho y del estudio de los contenidos materiales de las normas, dando paso a la posición generalizada de que si se quería contar con una auténtica ciencia, se tenía que sacrificar esta porción dentro del objeto del derecho: *"En consecuencia, de la filosofía del derecho sólo quedó en pie la doctrina de las formas del derecho (conceptos, estructuras): la doctrina general del derecho, a la que Gustav Radbruch denominó alguna vez, de manera muy atinada, 'eutanasia de la filosofía del derecho'".*⁷ A partir de ese momento, se afianzó la creencia de los juristas de que había una sola manera de hacer ciencia, siendo ésta el estudio exclusivo de su forma o de su estructura.

La segunda influencia sería de corte weberiano, en donde la diferenciación del derecho de otras formas de reglas sociales como la moral es necesaria, ya que todo sistema jurídico no es más que una forma moderna y en sí misma racional de *"dominación"* y por ello, fundamentarlo objetivamente, es convencer a los gobernados de esa legalidad. Este sistema es en sí mismo autosuficiente, sin que quepa buscar su apoyo, o su sustento en otros sistemas sociales, descansando precisamente este sustento en su propia formalidad y por ello, su necesaria separación y alejamiento de los valores sociales que son en sí mismos relativos y subjetivos⁸.

⁷ Kaufmann, *op. cit.*, p. 200. La cita de Radbruch se encuentra en la obra ya citada de este autor, p. 70.

⁸ Sobre este punto puede consultarse Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 653 y ss.

A lo anterior se unió también la incapacidad de las teorías éticas de sustentar, a la luz de las nuevas premisas científicas, la objetividad de valores sociales o morales sobre los que se apoyaba todo orden jurídico y por ello, la necesaria desvinculación entre esos sistemas, lo que traería como resultado, una vez más, la búsqueda de una nueva manera de dotar de objetividad científica al derecho.

De todo ello se desprendió la necesidad de sustentar a la ciencia jurídica sobre nuevas bases y por ello, la eliminación en su estudio de sus elementos históricos, concretos, valorativos o finalísticos que antes la caracterizaban. Estas nuevas bases tendrían que partir del propio derecho y de sus propiedades inherentes que la distinguieran de otros sistemas sociales, sobre todo en lo que se refiere a su forma.

Como posteriormente lo llegó a resumir Kelsen, solamente con un conocimiento orientado hacia el propio derecho, circunscribiendo su objeto de estudio y eliminando o desechando todos los elementos que *"le son extraños"* bien sean de carácter subjetivo o irracional, podría desarrollarse verdaderamente una auténtica ciencia. Por esto, se tenía que suprimir la equiparación del derecho a la historia, a la psicología, a la sociología, a la ética, e incluso a la teoría política, todo ello, en aras de lograr un verdadero conocimiento objetivo e imparcial⁹.

⁹ Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1979, principalmente los apartados I. *La "Pureza"* y III. *Derecho y ciencia*, pp. 15 y 83 y ss.

En ese sentido, las grandes ramas de la teoría general del derecho incidieron en dicho aspecto formal y en el elemento principal que se consideraba dentro de su sistema, las normas jurídicas. De ahí surgieron:

- a) La teoría de la norma jurídica, esto en atención a que si el objetivo es clarificar el concepto del derecho y éste es ante todo un fenómeno normativo, luego entonces es necesario comprender lo que son en realidad las normas, pero reducidas éstas en lo posible a una sola categoría, las de carácter coactivo. No es sino hasta que Hart repara en el hecho de la diversidad de normas, primarias y secundarias, y por ello, la falta de corrección de las teorías procedentes, diversidad que será desarrollada posteriormente con el reconocimiento de la existencia de diversas clases de reglas y de normas jurídicas que pueden coexistir dentro de un mismo sistema. Es en el desarrollo de esta teoría, donde surgió el problema de "los principios" con Dworkin, en el año de 1967. Evidentemente el estudio de las distintas clases de normas, sólo se hace en atención a sus elementos y características formales, nunca en cuanto a su contenido.
- b) La teoría del ordenamiento jurídico, toda vez que después del legado de Hart, no basta conocer el concepto de norma para tener una idea clara de lo que es el derecho, sino que además tenemos que adentrarnos en el propio sistema al que pertenece, ya que finalmente éste no es

- más que la relación interna entre normas. Por ello, además es necesario explicar cómo operan y reflejan su realidad al exterior. En ese tenor, cuando se estudia esta parte, se plantean los problemas de su unidad, estructura, coherencia, integridad, forma de reconocimiento, transformación, dinamismo y validez¹⁰.
- c) Por último, el análisis de los conceptos jurídicos que se consideran fundamentales, también desde su perspectiva formal, alejada de cualquier explicación valorativa y también de cualquier derecho positivo, de ahí que se pretendió la construcción de los mismos, con independencia de la experiencia, de manera *a priori*, a los que por esta razón se les denominó como "propios", o "categóricos" (como los términos "derecho" o "norma", etc.) para distinguirlos de los "impropios", que son la mayoría y que sólo pueden ser comprendidos, teniendo en cuenta la experiencia material, de la que los juristas construyen su propio mundo jurídico; ejemplo de ellos serían los términos "causa", "acción", "cosa", etc.¹¹ Sin embargo, actualmente sólo hacen referencia a los términos indispensables para poder comprender y aplicar el derecho, por lo que resulta

¹⁰ Al respecto véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho* (trad. Eduardo Roza Acuña), Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 7-10 y 153 y ss.

¹¹ Véase Kaufmann, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

indispensable una racionalización sobre su contenido y uso¹².

Con la aparición de los principios, las ramas de la teoría general del derecho se deben necesariamente complementar, para no ser sólo una teoría de las normas, sino también de los principios, así como darle su adecuado rol y su importancia dentro del sistema jurídico. Por lo que toca a los conceptos fundamentales, invariablemente se debe dar respuesta sobre su diverso significado y su espinosa naturaleza. Ahora bien ¿cómo se ha realizado esto?

III. EL ENFOQUE ESTRUCTURAL

Partiendo de lo que nos señala Juan Ruiz Manero¹³, la teoría general del derecho ha estudiado a los principios desde dos perspectivas, que no son incompatibles entre sí, sino que por el contrario, resultan complementarias. Por un lado, el análisis de los principios en la manera como se manifiestan y su distinción de otras reglas dentro del sistema, al que se le llama el "estructural". El otro se enfoca no tanto a las características que tienen estos principios, sino a su aspecto práctico, a la manera como se aplican en la vida diaria, en los casos concretos que se presentan ante los tribunales y el tipo de razonamientos que se utilizan para ello. Por

¹² Sobre este punto, véase Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 165 y ss.

¹³ En "Principios jurídicos", en la obra colectiva: *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), Ed. Trota, Madrid, 2000, pp. 152 y ss.

esto, a este enfoque se le denomina como "funcional" o también "operativo" o de "razones para la acción".

El punto de vista estructural pretende estudiar sus características especiales, que los hacen diferenciar de las normas, siendo el primer enfoque que surgió en la revalorización de los principios y el criterio más extendido entre los tratadistas y por ello, el más controvertido.

La primera nota es lo que se identifica como el criterio de la vaguedad, o generalidad con que se presentan. Según Robert Alexy¹⁴, los principios serían reglas que tienen un grado alto de generalidad, a diferencia de las normas. Un ejemplo de ello sería el derecho a la información como principio jurídico, el cual por la forma en que está concebido, no se indica la manera en que los particulares pueden beneficiarse de este derecho. Esta norma de carácter general contrastaría con el derecho a la información ya regulado, por ejemplo, dentro de la Ley Federal de Transparencia de Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su artículo 12, respecto a los datos de los recursos públicos.

Evidentemente este criterio por sí solo resulta insuficiente para distinguir las normas de los principios, ya que no dice qué grado de generalidad deben presentar las reglas para encuadrarlas dentro de una u otra categoría. Asimismo, la crítica que se hace es que toda norma podría ser elevada al rango de principio,

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83. Del mismo autor, esta distinción se encuentra en "Sistema jurídico. Principios jurídicos y Razón Práctica" (trad. Manuel Atienza), en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 11.

dependiendo de su redacción o su formulación por el aplicador del sistema. Por ello, esta característica no ameritaría la necesidad de hacer una distinción en sí de las reglas, ya que todas ellas en pequeña o gran medida, tienen un grado considerable de generalidad.

De cualquier forma, es indudable que comúnmente los principios a diferencia de las normas, presentan esa nota de generalidad en alguno de sus componentes, especialmente por lo que se refiere al núcleo normativo, es decir, en su carácter, contenido o su condición de aplicación, en la terminología de Von Wright. Sin embargo, como señalaremos a continuación, también se presenta en otros elementos de las normas.

Como la anterior nota no es suficiente, se le ha añadido una segunda, que podríamos identificar como material y apunta al contenido mismo de estas reglas. Los principios, a diferencia de las normas, siempre tienen una finalidad, ya que van dirigidos a lograr un propósito valioso, bien sea moral, bien de carácter económico, social o político, lo que no es necesario para el caso de las normas. Este criterio, más claro que el anterior, permite incluso hacer una distinción entre los propios principios, como lo indica Dworkin, ya que hablaríamos de principios en sentido estricto, cuando la regla va dirigida a perseguir un fin de carácter moral, o de justicia. En tanto que se llamarían directrices, cuando el fin es diferente a la anterior, esto es, se persigue un objetivo de carácter económico, social o político¹⁵.

¹⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. Martha Gustavino), Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 72 y ss.

Sin embargo, ambos tienen en común que versan sobre objetivos deseables dentro de la comunidad a la que se dirigen. De esta característica se desprenderían los roles explicativo y justificatorio de los principios, dentro de un ordenamiento jurídico, situación que no encontramos en las normas, sobre todo, por ser de carácter concreto, limitado e imperativo.

Además, existe un tercer rasgo justificativo que ameritaría la distinción con las reglas y esto es la que denomina el propio profesor Dworkin como su carácter "estructural lógico" y que tiene que ver con la forma en la que opera en la práctica. Las normas son de carácter disyuntivo, en el sentido de que o bien son aplicables a un caso concreto, o no (*all-or-nothing-fashion*)¹⁶. Esto es, si la regla es válida y si aplica al caso concreto, entonces lo procedente es utilizarla. En cambio, los principios no operan así, ya que al momento de su utilización no se excluyen entre ellos, sino que todos los aplicables intervienen y deben ser tomados en cuenta, es decir, todos son válidos en un mismo caso y por ello, guían al aplicador de la norma hacia cierta solución. Estos principios no son categóricos o concluyentes como sí lo son las normas, y por ello, su aplicación no hace excluir a otros principios que pueden intervenir en el caso. Sin embargo, esta nota también ha sido cuestionada principalmente por Hart, en su "Post scriptum" quien la rechaza, al existir normas que también pueden coexistir con otras al momento de su aplicación.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 75.

Sin embargo, Alexy no está de acuerdo con todas estas notas diferenciadoras, y en cambio considera que la naturaleza de estas reglas, debe ser vista como "mandatos de optimización". Para él, los principios son normas que siempre ordenan que algo sea realizado en "la mayor medida posible", dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Dentro de las posibilidades jurídicas, se encuentra la existencia de otros principios o reglas opuestas, lo que no sucede con los otros elementos del sistema normativo, que simplemente se cumplen o no, siguiendo el criterio de Dworkin¹⁷.

Aplicando estas características, Juan Ruiz Manero ha señalado la distinción conceptual entre normas y principios: "Las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución, los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deontológicamente; las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto uno como otro"¹⁸.

De la misma manera, las normas tienen una jerarquía más o menos precisa dentro del sistema al que pertenecen, idea propia dentro de la teoría del derecho, lo que no sucede con los principios, los cuales suelen tener un valor superior al de las normas y entre ellos, un valor equivalente, aunque también opera la nota de la jerarquía. Este punto tiene que ser desarrollado más ampliamente dentro de la teoría jurídica.

¹⁷ Alexy, *Teoría...*, op. cit., pp. 86 y 87.

¹⁸ Juan Ruiz Manero, op. cit., p. 153.

Por otro lado, los principios a diferencia de las normas, presentan otras características, por ejemplo, en cuanto a su emisión, ya que si bien en las segundas siempre encontramos un legislador detrás de ellas, no sucede así con los principios, en donde no siempre existe un autor, mucho menos con el carácter de autoridad, como sucede en el caso de los principios como valores, o como tópicos, etc. Tampoco está claro el tema de los sujetos obligados, ya que si bien en las normas, llámense primarias o secundarias, siempre existe un destinatario claro, como lo pueden ser los hombres, las autoridades, o el propio ordenamiento jurídico, no sucede así con los principios, donde no hay un destinatario. Tampoco encontramos una promulgación dentro de los principios, ya que más bien son reconocidos por los operadores, al momento en que hacen uso de ellos, por ello, como lo ha sugerido Raz, no aplica en ellos, una regla de reconocimiento para determinar su validez. Por último, tampoco encontramos en ellos específicamente una sanción determinada. Como se puede exponer, existen diferencias sustanciales que nos permiten distinguir a estas dos clases de reglas.

Pero, frente a este tipo de distinciones, permanece el cuestionamiento de si los principios son reducibles a valores, o si por el contrario, encierran una categoría conceptual distinta. Sin embargo, recalco y de ahí las preguntas que he formulado, este tipo de diferencias teóricas y el análisis de este enfoque, sólo permanece en la estructura de los principios, pero no nos dice nada acerca de su contenido, que como se ha señalado, resulta una de las notas diferenciadoras de las normas jurídicas.

Por otro lado, dentro de los estudios recientes, también se ha percatado la complejidad misma del término "*principio*", término filosófico surgido desde Grecia, consolidado por Aristóteles y utilizado por las antiguas teorías de la ciencia, pero no así por las actuales, que la han rechazado por su oscuridad. Por ello, resulta necesario adentrarse en su estudio para descubrir si detrás de ese término, se encuentra una única categoría de reglas, como parece desprenderse de la mayoría de los autores que se dedican a este tema, así como del enfoque en comento, o sólo dos, como lo ha dicho Dworkin, o si por el contrario, como sucede con las normas, en realidad existen una diversidad de reglas a las que en su conjunto se denominaría "*principios*", como lo serían los principios como valores, los principios como tópicos, los principios como normas analógicas, o principios como normas generales. En ese sentido, la moderna teoría general del derecho tiene mucho campo que desarrollar. Por cuestiones de tiempo, no podré ahondar en esta clasificación que ayudaría a superar las controversias que hay sobre la naturaleza de estos elementos.

Concluamos esta sección con la indicación de que al día de hoy, no existe un consenso unánime respecto a la efectiva separación teórica entre normas y principios, ya que finalmente se puede contar con disposiciones de carácter general, con el mismo peso de los principios, o con otras características similares, de ahí que a las normas genéricas, también se les identifica precisamente como principios¹⁹.

¹⁹ Para ver las críticas a esta concepción de los principios, puede verse Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), UNAM, México, 2000, pp. 40 y ss.

IV. EL ENFOQUE FUNCIONAL, O DE RAZONES PARA LA ACCIÓN

Existe un segundo camino, que se ha desarrollado para el análisis de los principios, a partir de los últimos escritos del profesor Hart, continuados por Joseph Raz y Robert Summers, y que se ha identificado como el enfoque "funcional". Consiste en considerar a las reglas, ya sean normas o principios como "razones para la acción". Explicaremos brevemente cómo se ha ido gestando esta nueva concepción.

En primer término, Hart²⁰ utilizó esta forma de ver al derecho, como un recurso teórico para combatir la teoría imperativa establecida por Jeremy Bentham. Sin embargo, apuntó que también podía ser aplicada para contrarrestar las teorías de Austin y Kelsen. Para su formulación, se apoyó en una distinción que ya había establecido Thomas Hobbes en su *Leviatán*, entre consejo y mandato: "ORDEN es cuando un hombre dice: Haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad de quien formula el mandato. De esto se sigue por modo manifiesto que quien manda pretende con ello su propio beneficio, ya que su mandato obedece solamente a su propia voluntad, y el objeto genuino

²⁰ La concepción de Hart respecto a las normas como razones para la actuación, se puede encontrar principalmente en su artículo "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 2001, Nueva York, pp. 243-268, particularmente las páginas 252-255.

de la voluntad de cada hombre es algún bien para sí mismo"²¹. (El énfasis es mío).

De esta manera, cuando existe un mandato o una orden, la persona que lo formula desea que sus destinatarios sólo atiendan a los motivos o "razones" que se expresan en el propio mandato, para que actúen conforme a él, sin que tomen en cuenta ninguna otra consideración o "razón". Por tal motivo, Hart llega a la conclusión de que los mandatos y más propiamente las normas, son razones que excluyen a cualquier otra que tenga el destinatario con relación a la conducta prescrita en la misma norma.

Así, concluye que en lugar de considerar a los mandatos y por ello, las normas como lo formularon Bentham o Austin, como órdenes respaldadas por amenazas o por sanciones, en realidad, deben ser vistas como

²¹ La cita de Hobbes se encuentra en su *Leviathan* (trad. Juan Carlos García Borrón), Ed. Bruguera, Madrid, 1984, p. 259. Si bien esta concepción de normas como razones en su visión moderna, parte en la teoría general del derecho con los autores citados, ya en el terreno filosófico, esta visión se orientó en escritos de D. P. Gauthier, G. H. von Wright, o R. Edgley, entre otros. También pudiéramos decir que en los orígenes de la ciencia del derecho, ya encontrábamos reminiscencia de esta concepción como racionalidad. De hecho en el "Digesto" encontramos diversas citas que equiparan las normas con razones y particularmente, la nota de no buscar otros motivos para la acción que las contenidas en las propias normas, prueba de ello es el número 21 del título tercero, del libro primero, donde aparece un texto de los pergaminos del jurista Neracio, quien señaló: "No debemos inquirir las razones de aquellas cosas que se establecieron, porque de lo contrario muchas que son ciertas, se harían inciertas" (Neratius, libro VI. *Membranarum*. - *Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur*).

razones que cumplen dos características. La primera es que son "perentorias", esto es, que eliminan cualquier otra discusión o debate sobre los argumentos contenidos en las normas, ya que sólo puede hacerse lo que está ordenado en ellas. La segunda es que son "independientes de su contenido", es decir, el motivo que subyace en la norma, debe ser la única razón que guíe la conducta, la cual es independiente, de los motivos que tenga el destinatario, por lo que gracias a esta nota, se evita que los destinatarios entren en cualquier otro tipo de razonamiento o consideraciones, para decidirse o no a actuar conforme a las normas.

El profesor Joseph Raz ha sido el autor que más ha desarrollado esta concepción, con la cual pretende lograr diversos propósitos: en primer término, una mejor comprensión acerca de la norma jurídica; también el reforzar la idea de que el derecho, más que ser visto en su vertiente meramente normativa (propia de la teoría general del derecho tradicional) debe ser enfocado en su aspecto institucional, es decir, de aplicación de normas; y por último, permitir el desarrollo de una teoría de la lógica de las razones, aplicable a todos los sistemas normativos, incluso al derecho, con lo cual se puede lograr la unificación de lo que se conoce como razón práctica.

En un primer momento, el maestro vinculó el concepto "razón" al de autoridad, ya que ésta cuenta con un poder normativo y por ello, al emitir normas, puede cambiar las razones de sus destinatarios para su actuación, de tal manera que las normas y la autoridad que ellas encierran y de las que emergen, deben ser

consideradas lo que denominó como “razones protegidas”. De ahí que el derecho goza de autoridad, si sus súbditos o por lo menos, algunos de ellos consideran su existencia como una razón protegida para obedecer y por ello, la autoridad que lo emite es legítima²².

Sin embargo, su visión sobre las normas como razones para actuar, fueron desarrolladas ampliamente en su obra *Razón Práctica y Normas*, donde pretende crear una teoría formal, dentro de la filosofía práctica, que permita la creación de una lógica unificada de las razones para la acción²³.

Una “razón” podría definirse como la explicación, la valoración o la guía de la conducta de una persona, siendo que hay distintos tipos de razones, por ejemplo, para creer, para desear, para sentir, o para actuar. Estas razones, por lo tanto, pueden ser identificadas como enunciados, creencias o hechos. También pueden ser vistas como hechos que motivan las conductas de las personas y por ello, el término “razón” está vinculado a la acción ya que determina lo que debe hacerse. Por ello, considera que las razones para la acción son los motivos para que una persona realice una conducta cuando se dan ciertas condiciones²⁴.

²² La primera concepción de Raz, respecto a razones protegidas, la encontramos en su obra: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), UNAM, México, 1982, pp. 45-51.

²³ La concepción de Raz sobre normas como razones excluyentes, la encontramos en *Razón práctica y normas* (trad. Juan Ruiz Manero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 17-22.

Las reglas y los principios se pueden asimilar dentro del estudio de las razones, ya que sólo difieren en que estos últimos son reglas de una mayor generalidad e importancia, coincidiendo con la visión que se expuso en la sección anterior. Sin embargo, insiste en que todas las demás características que pudieran configurar a los principios carecen en realidad de “importancia filosófica”.

De hecho esta concepción de razones para la acción, considera Raz, constituye una mejor explicación acerca de lo que es el derecho, no sólo para superar su visión imperativa, sino también la del propio profesor Hart, quien lo ve como una práctica social.

La característica propia de las reglas, y más de las de mandato, es la manera independiente como son creadas y por ello, deben ser vistas como “razones excluyentes”: “o bien, más comúnmente a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto”²⁵. Como constituyen razones excluyentes, el destinatario puede obrar conforme a la norma y ya no tiene que preocuparse sobre el análisis de otras razones, simplemente se limita a seguir lo dictado por ella, sin que como lo señala el maestro, tenga que preocuparse por el peso o el contenido de las restantes razones que puedan existir para la acción. Por ello, las normas tienen cierta independencia respecto al contenido de las razones que las justifican, ya que basta saber que existe una norma y que es válida, para no analizar otras

²⁵ *Op. cit.*, p. 66.

razones que pudieran justificar nuestra conducta, ya que siempre la razón contenida en dicha norma debe prevalecer respecto a las restantes. Por ello también, ver a las normas como razones es considerarlas a su vez como razones completas en sí mismas y que las tratemos como un objeto.

Ahora bien ¿cómo se reflejan las normas como razones dentro de un sistema jurídico? Raz establece que el sistema jurídico como todo sistema normativo, consta de normas, esto es de razones que no sólo guían a los individuos, sino que también establecen instituciones para que éstos resuelvan sus disputas. A diferencia de los otros sistemas, el jurídico tiene la característica de ser institucional, es decir, contiene normas que crean órganos primarios aplicadores de normas²⁶. De ahí que la pertenencia a un sistema jurídico no está dada en función de normas fundantes, o reglas de reconocimiento, sino que contiene reglas que determinados órganos primarios están obligados a aplicar, por las propias razones que se contienen en el sistema.

Por otro lado, la validez del sistema jurídico no implica la necesidad de que la población en general lo siga, sino que los tribunales o los jueces cuando actúan como tal lo hacen sobre la creencia de que las disposiciones que aplican constituyen razones válidas para su acción.

Así, el sistema jurídico debe verse como un sistema normativo integrado por normas que guían a los individuos y además establecen instituciones para resolver

disputas que surjan de la aplicación de tales normas. De tal forma que las normas son razones o permisiones excluyentes para la acción y estarían integradas por tres tipos de normas, las normas de mandato, en donde se exige la realización o la omisión de una acción y que por lo tanto constituye una razón excluyente para no actuar con base en razones en conflicto con esa razón contenida en el mandato. También existirían normas permisivas, que constituirían una razón excluyente para no actuar sobre la base de razones para no realizar el acto normativo que no sean ellas mismas normas jurídicas o razones jurídicamente reconocidas. También existirían reglas jurídicas que confieren poderes.

De tal forma que dichas normas y las razones que contienen, constituyen en sí mismas razones para la acción que excluye la utilización o la consideración de otras razones que no sean las contenidas en las propias normas, incluyendo razones que provengan fuera de ese sistema, o las personales que pudieran tener los destinatarios de las propias normas.

Es evidente que en este tratamiento, Raz no hace una diferencia especial por lo que toca a los principios, los cuales también deben ser tratados con las mismas características que las restantes reglas.

Posteriormente, el profesor Raz ha complementado esta visión estructural de las razones, para adentrarse en el tipo o contenido que pueden tener y el desarrollo que puede presentar el derecho, y que lo distinguen de cualquier otro sistema jurídico que presentan otros países. Esto es, no sólo se puede diferenciar a los sistemas jurídicos, con base en la unidad formal que presentan,

²⁶ *Op. cit.*, pp. 162 y 163.

sino también a lo que denomina "unidad material", lo que estaría representado por tres factores. El primero de ellos lo conformarían las tradiciones, convenciones y prácticas de la abogacía, que se extienden al estilo y al tipo de los argumentos que son permitidos en los tribunales, por ejemplo, en los Estados Unidos, la investigación científica, o las estadísticas sociales.

El segundo factor es el influjo de la existencia de determinadas instituciones y acuerdos jurídicos sobre la conveniencia de incluir determinadas reformas o evitar otras. Esto sería que el derecho en sí es una razón auxiliar que propicia su propio desarrollo, con base en sus propios contenidos, ya sea en sus normas, o en las resoluciones que con ellas se emita, lo que daría razón al uso generalizado de la analogía en el razonamiento judicial, y explicaría su carácter conservador. Resumiendo estas ideas, se puede afirmar que el propio contenido del sistema normativo prefigura el tipo de razones materiales que se utilizarán dentro de la institución jurídica para resolver los problemas prácticos y futuros que se presenten.

Lo último apuntado es relevante y es lo que nos interesa. De acuerdo con esta hipótesis que plantea el profesor Raz, es el propio sistema jurídico el que brinda razones operativas y materiales para su propio desarrollo, estableciendo a través de las normas que delegan facultades a las autoridades judiciales y nosotros podríamos decir también a cualquier otra para que resuelvan controversias que se le presenten. Por ello, todo sistema confiere facultades para que los tribunales y autoridades desarrollen el contenido del

derecho en determinadas maneras como se señalan en él, lo cual pueden utilizar con el mismo contenido material que se incluye en ese sistema. Aquí podemos percibir un primer intento de superar el tratamiento formal del derecho y tratar de explicar a los principios como resultado de esta actividad judicial de carácter material.

Todo ello explicaría la especificidad de cada sistema jurídico y por qué se mantienen los tipos de razones que se utilizan en el mismo²⁷.

Por último, el profesor Robert S. Summers también se ha dedicado al estudio de las razones jurídicas, pero lo ha hecho, no en el campo de la teoría jurídica, sino dentro de la práctica jurídica, para distinguir los modelos de razonamiento judicial norteamericano, al que considera sustantivo y al inglés, que considera formal.

Como sucede en los otros autores mencionados dentro de este enfoque, también lo que le preocupa es el estudio desde el punto de vista formal. Distingue entre dos tipos generales de razones, las sustanciales y las formales. Las primeras a las que considera menos problemáticas desde el punto de vista conceptual, sirven como ingredientes primarios en la mayoría de las leyes, precedentes y otros fenómenos jurídicos. Tienen una vida independiente y fuera del derecho, gozando de primacía cuando se crean las normas u orientan los criterios de la crítica y evaluación de la aplicación del

²⁷ Al respecto véase Raz Joseph, "La lógica interna del derecho", en *La ética en el ámbito público* (trad. María Luz Melón), Ed. Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 258-276.

derecho, además de que sirven como materia prima para su producción, para colmar lagunas, e integrar fragmentos jurídicos. En el *common law* son la base principal sobre la que se deciden los casos en primera ocasión. Así, este tipo de razones: "invoca una consideración de carácter moral, económico, político o social"²⁸, como lo sería, por ejemplo, el hecho de que un sujeto D haya dañado deliberadamente a otro identificado como P, lo que da una razón sustancial para que el primero exija del segundo una compensación de carácter económico.

En cambio, una razón formal presupone necesariamente una norma válida, o cualquier otro "fenómeno" jurídico, como un contrato, o una sentencia, por lo que la existencia de dicho fenómeno, constituye una razón formal, o genera una razón formal para decidir la cuestión²⁹. Como se ve, es parte del mismo planteamiento expuesto ya por Hart.

En el conflicto que puede existir entre estas dos clases de razones, es decir entre una razón formal y otra de carácter material, siempre debe prevalecer la formal, excepto cuando se nos presentan problemas de constitucionalidad de leyes, o de interpretación legislativa, ya que todo razonamiento formal está sometido

²⁸ Summers, Robert S., "Forma y sustancia en el razonamiento jurídico", en *La naturaleza formal del derecho* (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 2001, p. 106. El desarrollo de estas ideas también puede encontrarse en "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", en *Cornell Law Review*, núm. 63, 1978.

²⁹ *Op. cit.*, loc. cit.

casi siempre a limitaciones, por lo que debemos acudir a las otras razones, en este caso materiales.

A su vez, las razones sustantivas se pueden dividir en razones de fin, que derivan su fuerza justificativa en el servicio a un fin social, como la promoción de la seguridad general, refuerzo de la familia, o promoción de la democracia. En cambio, las razones de corrección, derivan su fuerza en la forma en la que se adopta dicha regla de acuerdo con criterios socio-morales de corrección, y aluden a conceptos como justicia, equidad, buena fe. Las razones de corrección siempre miran al pasado, a los valores en que se sustenta. En cambio, las razones de fin, siempre ven hacia el futuro y son por ello consecuencialistas.

Las razones formales lo pueden ser de cuatro maneras distintas, bien sea por su atributo de formalidad autoritativa, porque deben ser reconocidos como vinculantes para la persona que la debe cumplir y están sujetas a reglas de prioridad, de acuerdo con la jerarquía normativa dentro de un sistema. También está el atributo de la perentoriedad formal, porque su existencia hace inaplicable cualquier otro tipo de razones, como ya lo habían expuesto los otros autores comentados. La tercera característica es la formalidad de contenido, dependiendo si concede un alto o mínimo grado de discrecionalidad en su aplicación. Por último, la formalidad interpretativa, dependiendo de su aplicación, sólo requiere del sentido de las palabras, o si por el contrario, se debe ir al sentido y no tanto a las palabras contenidos en las propias normas. Estos atributos pueden interrelacionarse en una misma norma,

o también dentro del propio sistema jurídico y con su eficacia. Como se ve, estas últimas divisiones vienen a ser un complemento de la aplicación de la teoría de las razones dentro de la práctica jurídica.

Indica Summers que razonar dentro del derecho es frecuentemente mezclar razonamientos sustantivos con distintos grados de los cuatro atributos de formalidad expuestos, por lo que la fuerza justificatoria de toda decisión judicial, es en realidad, una combinación de las razones sustantivas particulares, con las características formales del razonamiento, resaltando que estas consideraciones han sido descuidadas por la teoría jurídica.

Finalmente, podríamos adentrarnos a cómo esta visión del derecho, ha sido utilizada para el análisis de los principios. Como ya lo hemos indicado, para Raz como también lo sería para el profesor Hart, no habría necesidad de hacer distinción entre normas y principios, ya que ambas serían distintos tipos de reglas, a los que se les podrían aplicar las mismas características, por lo que no hay distinción fundamental entre ellos, por ello, comparten la misma naturaleza. Raz llega al punto de que el propio contenido normativo prefigura las decisiones o la dinámica posterior del propio sistema. En cambio, Summers va un poco más allá, con el señalamiento de las razones materiales, en donde tendrían cabida los principios. Sin embargo, su desarrollo no va más allá de su mención y la clasificación en razones de fin o de corrección.

Los autores que más se han adentrado a la distinción conceptual entre normas y principios tomando en

cuenta las características de las razones, serían Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero³⁰. Partiendo de la idea de que las normas jurídicas como se ha expuesto, contendrían reglas para la acción, en este caso, dirigida a los jueces, de carácter perentorio, las cuales serían, como lo expuso Summers, "*razones formales*" o "*autoritativas*". Los principios los podríamos dividir en dos categorías:

- a) Si están reconocidos dentro del sistema jurídico y así los denominaríamos "*explícitos*".
- b) Si no están reconocidos expresamente dentro del sistema jurídico, pero sus operadores hacen uso de ellos, a los que llamaríamos "*implícitos*".

Así, los de carácter explícito, funcionarían como razones para la acción, que independientemente de su contenido, no son perentorias, ya que el juez puede añadir otras motivaciones en su apoyo³¹. Es decir, no contienen todos los elementos necesarios para su aplicación, dada su vaguedad o generalidad. De cualquier manera, al estar reconocidos dentro del propio sistema normativo, también serían razones formales.

En cambio, los principios implícitos, si bien son razones para la acción, no son perentorias, como los otros principios, ni independientes de su contenido, como sucede en las normas, ya que ameritan de apo-

³⁰ Atienza, Manuel, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 15-25.

³¹ Atienza, *op. cit.*, p. 13.

yos argumentativos para su aplicación, los cuales sólo se justifican por esos mismos argumentos, por eso, se les podría identificar como “razones sustanciales”, de acuerdo con la terminología de Summers, mismos que sólo se incorporan al derecho, por un acto concreto de aplicación por parte del juez³².

De esta forma, y contrario a lo que señalan los otros autores, sí existe una diferencia conceptual y estructural entre normas y principios que ameritan su distinción dentro del sistema jurídico.

Por otro lado, a los principios los podríamos distinguir a su vez, si encierran un valor de finalidad, que busca alcanzar algún objetivo valioso, como sería el término “directriz” propuesto por Dworkin, a lo que se le podría identificar como “razones de finalidad”; o si por el contrario, encierran un valor de corrección en sí mismos, dado un valor moral, a lo que se le identificaría como “razones de corrección”. Ambas se distinguirían de las “razones autoritativas” como serían las contenidas en las normas y principios explícitos, en el carácter formal como están revestidas.

De cualquier manera, a diferencia de las reglas, contienen valores adicionales, ya que no sólo sirven para aplicar las normas, sino también tienen un carácter correctivo y justificatorio del derecho. La diferencia entre normas y principios, no sólo se quedaría en el plano teórico, como ha sido el caso del análisis del enfoque estructural analizado en la sección anterior, sino y aquí

³² *Op. cit., loc. cit.*

lo más importante, jugarían un papel relevante dentro del razonamiento jurídico y la práctica judicial³³.

V. INSUFICIENCIA DE LOS ENFOQUES EXPUESTOS.

LA TAREA A DESARROLLAR

Sin embargo, los dos modelos para estudiar a los principios que ya hemos expuesto, sin duda, clarificadores y útiles para los estudiosos y abogados, permanecen, dado su origen, en el mero carácter formal o estructural de las reglas, y por ello, se dejan intocados los fundamentos históricos que hicieron aparecer la teoría general del derecho, la cual sólo daría respuesta a una parte de los problemas que presentan los principios.

En el primer esquema, sólo se nos dicen las notas generales que hacen distinguir las normas de los principios. Si bien nos recalca que las más importantes son por un lado su vocación finalista, así como el contenido que tienen, los cuales les hacen ocupar un lugar relevante dentro del sistema al que pertenecen, no se adentran al estudio concreto de estos contenidos y su pertenencia en la mayoría de los órdenes jurídicos.

Lo mismo sucede cuando hablamos de las razones para la acción, cuando una vez más se nos ha revelado, quizá con mayor claridad que el enfoque anterior, la distinción estructural entre el tipo de razones y la

³³ Esta característica no la analizaremos en este trabajo, pero ya ha sido desarrollada por el propio Atienza, véase al respecto: *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 2006, en su capítulo 4, “La concepción material”, pp. 181-246.

forma como en la práctica operan y que por ello, los principios son en realidad buenas razones que hacen excluir otro tipo de consideraciones al momento de actuar en un Estado de derecho, tampoco se analiza en sí el contenido de esas razones, lo que sin duda debería preocupar al derecho como conocimiento completo y exhaustivo de su objeto de estudio.

En resumen, ambos enfoques, en el mejor de los casos, nos dicen qué son los principios, pero no indican nada sobre su contenido, siendo que como se ha expuesto, lo esencial en ellos, es precisamente su contenido material y valorativo, los que como nos señala Raz, determinan la dirección futura de todo sistema normativo. Por ello, es indispensable que nos adentremos también en este estudio, punto que al día de hoy no ha hecho la teoría general del derecho.

Tal vez el motivo por este abandono en el estudio sea por un lado, la vaguedad y generalidad como están constituidos. Puede ser además que seguimos arraigados en la idea de que ese saber material, propio en otros siglos de la ciencia jurídica, no es posible, por las ideas kantianas y weberianas comentadas. Sin embargo, hoy podemos reconocer que estas ideas no tenían un adecuado sustento objetivo y obedecían más a prejuicios disfrazados de racionalidad.

Por otro lado, no hay que perder de vista que la teoría ética contemporánea está encontrando nuevos caminos hacia la objetividad de los valores y fines humanos, por lo que con base en esto, podría una vez más adentrarse en el estudio de los contenidos y objetivos de estos principios.

De esta forma, resulta paradójica la conclusión a la que llegamos, ya que a pesar de reconocer la real existencia e importancia de los principios en el mundo actual, las teorías imperantes que las han descubierto y analizado, aún no se han lanzado al estudio concreto de sus contenidos, que es donde radica su valor. Seguimos atrapados, como lo dijera el "primer" Radbruch, en el dilema de que a pesar de que en la práctica, los textos positivos ya han asumido una posición definida de corte material respecto al contenido de los sistemas jurídicos, así como a los fines a los que deben dirigirse, a nivel teórico seguimos renunciando a la posibilidad de una fundamentación científica de ese contenido y asumiendo que esto no es posible, dejando sin sustento la efectiva vigencia de esa práctica y exponiéndola a su desaparición.

Evidentemente, es necesario el estudio formal de los principios que nos permita distinguirlos de otras clases de reglas, pero la ciencia debe buscar adentrarse en el contenido material del derecho, si quiere cumplir con su meta descriptiva y útil para sus destinatarios, superando así las deficiencias que se tenían con la teoría general de carácter formal, lo que finalmente trajo su crisis.

Si las ciencias jurídicas particulares tienen como propósito la explicación de los contenidos concretos que en cada país encierran las normas, es claro que también es necesario un estudio dentro del derecho que se dedique al estudio de los contenidos de los principios jurídicos. Si existen principios de derecho para cada una de sus ramas, es fácil comprender que la dogmá-

tica jurídica debe empezar a estudiar esos principios particulares. El derecho civil debe estudiar los principios que le son propios, lo mismo en materia penal o en el derecho constitucional. De hecho es una tarea que ya se está realizando.

Por su parte, a la filosofía jurídica le tocaría la tarea de desarrollar una teoría de la justicia, que al modo rawlsiano, identificara el tipo de principios que son compatibles dentro de un sistema jurídico, y que resultan similares dentro de una misma tradición jurídica de corte occidental, explicando el porqué de su vigencia en cada uno de estos sistemas normativos. Por su parte, a la teoría general del derecho, le correspondería el estudio de los principios implícitos o explícitos aplicable a todo orden jurídico y que se desprendieran de la teoría de la justicia, a nivel concreto en los sistemas jurídicos.

Pero como lo hemos mostrado, falta aún el estudio de dichos principios torales del derecho, que sin duda deberían ser materia de una renovada teoría general del derecho, lo que daría una visión completa, correcta y real de lo que es el derecho. Con ello, se regresaría a la ciencia jurídica con parte de su objeto que se le privó a finales del siglo XIX con la aparición precisamente de la teoría general del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras citadas en este artículo, se recomiendan las siguientes:

- a) Sobre una visión general sobre el estado de los principios en la teoría general del derecho:

La obra colectiva: *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (comps.), Ed. Trota, Madrid, 2000, la sección dedicada a los principios jurídicos estuvo a cargo de Juan Ruiz Manero, pp. 149-159.

Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Ed. Trota, Madrid, 2005, pp. 205-212.

- b) Sobre el enfoque estructural de los principios:

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (trad. Martha Gustavino), Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

_____, "La fórmula del peso", en *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Carlos Bernal Pulido), Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 457-493.

- c) Sobre el enfoque funcional de los principios:

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-44.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, pp. 181-246.