

CAPÍTULO CUARTO

La norma jurídica

Aun cuando el derecho está esencialmente integrado por normas, no podemos entenderlo sólo a partir de ellas, también es hecho, valor, interpretación y argumentación jurídica, entre otros elementos que explican el fenómeno jurídico, como el poder. En cuanto a las normas jurídicas aunque la mayor parte de ellas tienen carácter prescriptivo y expresan factores deónticos tales como obligar, prohibir o permitir, no todas tienen esas características. Es de especial importancia distinguir entre regla, principio y valor jurídico.

I. Lenguaje, prescripciones y normas

Se ha dicho que el derecho es: *a)* una práctica social; *b)* una institución o un conjunto de instituciones; *c)* un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico o social; *d)* un instrumento para procurar decisiones conforme a derecho; *e)* un conjunto de reglas del juego; *f)* criterios para facilitar la aplicación e interpretación, etcétera.¹⁶⁸

Para Kelsen, el derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas. Para Marx, es un instrumento de dominación y control social, y para Tomás de Aquino, es la ordenación de la razón encaminada al bien común. También el derecho puede verse como conjunto de normas o como facultad de hacer algo si hay un respaldo del orden jurídico. La expresión derecho parece significar tanto el derecho objetivo —las normas—, subjetivo —las facultades o derechos—, como la ciencia del derecho —los enunciados sobre el objeto de estudio llamado derecho—. Por otra parte, es necesario siempre distinguir entre normas jurídicas —los enunciados jurídicos— y las proposiciones jurídicas —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan sobre las normas jurídicas.

Una importante corriente del derecho, la normativista, sostiene que todos los fenómenos jurídicos pueden reducirse a términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central del derecho. La corriente normativista no es la única, los realistas relacionan el derecho con las conductas de los funcionarios y de los jueces. Los marxistas, como ya hemos mencionado, identifican el derecho con ciertas relaciones sociales de dominación. Los iusnaturalistas tienden a vincular el derecho más que con la norma con una idea de justicia. Los institucionalistas ponen el acento en el derecho como conjunto de instituciones.¹⁶⁹

Existe en la comunidad jurídica un cierto consenso en el sentido de que el derecho se expresa en normas y a su vez éstas se construyen con el lenguaje, lo que nos obliga a preguntarnos de qué tipo de lenguaje estamos hablando. Daniel Mendonca recordando a Wittgenstein nos señala una lista de acciones que se llevan a cabo con palabras: dar órdenes, describir objetos, relatar sucesos, hacer conjeturas, comprobar hipótesis, presentar resultados, inventar historias, actuar en teatro, cantar en coro, adivinar acertijos, contar chistes, traducir de un lenguaje a otro, suplicar, agradecer, saludar, rezar.¹⁷⁰ ¿Con el lenguaje que utilizan las normas? Mendonca dice que hay cuatro funciones básicas del lenguaje: la descriptiva, la directiva, la expresiva y la operativa.

La función descriptiva consiste en informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas: nuestro propósito es transmitir información; de los enunciados lingüísticos de esta función se puede predicar verdad o falsedad teniendo en cuenta si responden a determinada realidad. La función directiva la empleamos cuando intentamos dirigir la conducta de nuestros interlocutores; esto lo hacemos cuando suplicamos, interrogamos u ordenamos algo, en esta función carece de sentido hablar de verdad o falsedad de los enunciados, las directivas no son verdaderas ni falsas, pueden ser válidas o inválidas, justas e injustas, racionales o irracionales, etcétera. La función expresiva la empleamos para expresar emociones o sentimientos o provocarlos en los interlocutores; de las expresiones exclamativas o poéticas, tampoco cabe predicar verdad o falsedad, haciendo la aclaración que una cosa es expresar sentimientos —función expresiva— con la consistente en informar acerca de las emociones o sentimientos —función descriptiva—. La función operativa o performativa por su parte, consiste en producir cambios en la realidad al emitir los enunciados lingüísticos, por ejemplo cuando prometemos, juramos o apostamos, y como resulta obvio, de ellas tampoco predicamos verdad o falsedad.¹⁷¹ De lo expuesto, parece claro que las normas jurídicas no corresponden en general ni a la función informativa ni a la expresiva. En su mayor parte se corresponden con la función directiva o prescriptiva y algunas de ellas están dentro de la función operativa.

Aunque sobre esto último debemos ir con cuidado, en ocasiones utilizamos enunciados lingüísticos que parecen ser descriptivos o informativos pero tienen una función prescriptiva. Por ejemplo cuando digo: “te has comportado mal”, es obvio que no pretendo exclusivamente informar a mi interlocutor acerca de su conducta, mi propósito evidente es indicarle u orientarle o tal vez darle una orden para que no se porte mal, es decir, mi finalidad es principalmente directiva o prescriptiva —propia de las normas—. En otro ejemplo, puedo aparentemente dar una orden cuando mi propósito es exclusivamente informar; si digo: ¡péinate antes de salir a la calle!, quizá mi intención no sea la de ordenar, cambiar u orientar la conducta de alguien para que se peine, y sólo sea la de informarle que está despeinado.¹⁷² Lo anterior significa que sólo algunas veces los enunciados lingüísticos sirven a una función en estado puro, por lo que lo relevante será la intención o el propósito. Si éste es el de ordenar, mandar e imponer, prohibir, permitir o facultar no cabe duda que estamos ante la presencia de una norma.

En la teoría kelseniana la estructura lógica de una norma jurídica prescriptiva —en la teoría contemporánea se le llamaría regla jurídica— se explica con el enunciado: “Si es A, debe ser B”, lo que significa que en determinadas circunstancias un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta, si no la observa, otro sujeto, generalmente un órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción. De la formulación anterior se destacan tres elementos: supuesto jurídico, relación jurídica y consecuencia jurídica. El supuesto jurídico son los hechos, las conductas, las circunstancias que de actualizarse, de producirse, desencadenan una consecuencia jurídica o sanción. El vínculo entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica se verifica a través de una relación jurídica, esto es, el “deber ser” que es la expresión del principio de imputación jurídica, según esa teoría.

Enrique Cárceles distingue los siguientes elementos estructurales de las normas: 1) una determinada acción o actividad cuya realización es prescrita en la norma, pudiendo tratarse de abstenciones o de actividades complejas compuestas de varias acciones como en el caso de “realizar la investigación del delito”; 2) la calificación “deóntica” o normativa de la acción, esto es, la norma puede determinar una obligación, una prohibición, un permiso o, un “tener que”; 3) las modalidades de la acción, es decir, las circunstancias de tiempo, modo o lugar en las que se debe realizar la acción o la abstención; 4) sujeto normativo que son los destinatarios de la prescripción, por ejemplo: “los comerciantes”, el “servidor público”, o “los jueces”; 5) las condiciones de activación normativa que son los elementos o supuestos que deben ser verificados en la realidad para activar la estructura normativa, y 6) elementos periféricos que son: la autoridad que emite la norma y la

promulgación que permite el conocimiento del contenido de la norma por los sujetos normativos.¹⁷³

En la teoría de Von Wright, las normas jurídicas son prescripciones y se singularizan por los siguientes elementos estructurales: su carácter, su contenido y la condición de aplicación.¹⁷⁴ El carácter consiste en la clasificación que hace la prescripción de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas (los factores deónticos). El contenido, entraña la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir, lo prohibido, lo permitido, etcétera. La condición de aplicación son las circunstancias que deben presentarse para que exista la prohibición, la obligación o permisión de realizar el contenido de la norma. Los tres anteriores elementos integran el *núcleo normativo* de las normas. Las normas jurídicas además, presentan otros elementos: la autoridad que dicta la norma, el sujeto normativo o destinatario, la ocasión que es el ámbito de validez temporal —vigencia determinada o indeterminada— y espacial de la norma —federales, estatales o municipales—, la promulgación y la sanción.

Para Von Wright existen varios tipos de normas, entre ellas, las prescripciones, las reglas definitorias, las normas técnicas, las normas ideales, las consuetudinarias y las morales.¹⁷⁵

Las normas definitorias o determinativas son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto. Las reglas de un juego, por ejemplo, determinan los movimientos consentidos para los jugadores dentro del juego.

Las normas técnicas o directrices indican un medio para alcanzar un fin determinado. Ejemplo de éstas son las instrucciones para operar artefactos.

Las normas prescriptivas son aquellas emanadas de la voluntad de una autoridad (autoridad normativa) destinadas a algún agente (sujeto normativo) con el propósito de que se conduzca de determinada manera. Para dar a conocer las prescripciones a los sujetos a los cuales van ellas dirigidas, la autoridad promulga las normas, y para darles efectividad agrega una sanción o amenaza de castigo. Para Von Wright las normas prescriptivas pueden ser: los mandatos u obligaciones, permisos y prohibiciones.

Las normas ideales no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen modelos arquetípicos y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada. Ejemplo, aquellas que establecen cómo debe ser un buen padre de familia, un buen profesional, etcétera.

Las normas consuetudinarias marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas. Son en principio hábitos sociales. Ejemplo de éstas son las que establecen el modo de vestir, saludar, etcétera.

Las normas morales se distinguen principalmente por carecer de sanción externa y por no estar institucionalizadas. García Máynez, entre otros, agregará que son normas constituidas por mandatos que regulan actos internos del individuo y que además son categóricas, autónomas y unilaterales.

II. La concepción de García Máynez sobre las normas jurídicas, las morales, los convencionalismos sociales y las religiosas

En la clásica obra de García Máynez titulada *Introducción al estudio del derecho*,¹⁷⁶ el autor se decanta por considerar a las normas, en un sentido lato, como reglas de comportamiento, que pueden ser obligatorias o no, y en *stricto sensu* como reglas de comportamiento que imponen deberes o confieren derechos. Indica que hay reglas de comportamiento cuyo cumplimiento es potestativo, que prescriben determinados medios con vista a la realización de determinados fines, a ellas les llama “reglas técnicas” y a las reglas de comportamiento que imponen deberes o confieren derechos y tienen carácter obligatorio les da el nombre de “normas”.

Distingue también entre juicios enunciativos, que son los que describen fenómenos o hechos, de los que se puede predicar verdad o falsedad, juicios que utilizamos, por ejemplo, en las ciencias naturales, aunque no solamente, y juicios normativos, que regulan conductas, y de los que se predica validez o invalidez, pero no verdad o falsedad. Los juicios normativos pueden postular deberes o derechos. Los que postulan deberes se dividen, siguiendo a Kant, en categóricos o hipotéticos. Los primeros ordenan sin condición; los segundos, condicionalmente. Los categóricos pueden ser positivos o negativos, es decir, mandatos o prohibiciones. La fórmula de los primeros es: A debe ser; la de los segundos: A no debe ser. Ejemplos de los que establecen mandatos: debes honrar a tus padres. Ejemplo de los que imponen prohibiciones: no debes ser hipócrita.

Para García Máynez no deben confundirse dentro de la clasificación de los juicios hipotéticos a las reglas técnicas con las normas obligatorias como lo hace Kant, pues las reglas técnicas no son obligatorias, en tanto que se pueden o no seguir los medios establecidos para conseguir fines que ellas disponen. En cuanto a las normas o reglas de conducta obligatorias establece que “aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de sus supuestos toda norma es hipotética, y cuando aquellos se producen, deviene categórica”.¹⁷⁷ Así el precepto que ordena a los hijos a respetar a los padres es hipotético, encierra un supuesto: el vínculo entre progenitor y descen-

diente; mas en relación con las personas colocadas en la situación prevista por la norma, constituyen un mandamiento incondicional.

García Máynez en crítica a Kelsen señala que la fórmula “Si es A debe ser B”, no expresa, de manera cabal, la estructura lógica de la regulación jurídica, pues sólo menciona una de las consecuencias, el deber, y pasa por alto el derecho subjetivo —el derecho de exigir— y porque no da cuenta con precisión de las diferencias entre las normas jurídicas y otro tipo de normas como las morales y los llamados convencionalismos sociales. De esta manera, el profesor mexicano se da a la tarea de distinguir entre los anteriores preceptos.

Las normas jurídicas son bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Las normas morales son unilaterales, internas, autónomas e incoercibles. Las normas o reglas de trato social o convencionalismos sociales son unilaterales, externas, heterónomas e incoercibles.

Unilateralidad significa “que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”.¹⁷⁸ En las normas morales —por ejemplo la norma que me impongo de ser caritativo— no hay otra persona autorizada para exigir el cumplimiento de esa obligación o deber, sólo la conciencia de la propia persona obligada es la instancia autorizada para reclamar el acatamiento de lo que la misma persona prescribió, no existe correlatividad entre derechos y obligaciones. En las normas jurídicas siempre existe otra persona, generalmente una autoridad, que puede exigir su cumplimiento, las normas jurídicas poseen una estructura imperativo-atributiva (imposición de deberes a otro y correlativamente la concesión de un derecho subjetivo del que puede exigir). Por ejemplo, el vendedor de una cosa puede exigir el pago y el comprador pagar el precio, y el comprador puede exigir la entrega de la cosa comprada y el vendedor entregar la cosa. En los convencionalismos sociales, como sobre la norma social que prohíbe usar sombrero en las iglesias, no existe una instancia autorizada para exigir su cumplimiento.

Interioridad significa que las normas morales conciernen a la vida interior, subjetiva, relativa a la pureza o rectitud de los pensamientos de las personas, aunque parte de esa vida se pueda manifestar externamente. Las normas jurídicas se refieren esencialmente a los actos externos de las personas y después a los de carácter íntimo, pero únicamente en cuanto poseen trascendencia para la colectividad, es decir, las normas jurídicas tienen que ver con la realización de valores colectivos de carácter social y no principalmente individuales. Los convencionalismos sociales como las nor-

mas jurídicas tienen una dimensión externa porque no residen en la vida interior y subjetiva de las personas sino en su dimensión social aunque no son de la misma trascendencia para la convivencia social que las jurídicas, tienen una finalidad que se despreocupa por la rectitud de las personas o la pureza de sus pensamientos o sus intenciones.

“Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa”.¹⁷⁹ Las normas morales son autónomas porque son imperativos normativos creados por la conciencia de cada individuo. Las normas jurídicas son heterónomas porque son elaboradas por autoridades (representantes) o personas ajenas a la propia conciencia del individuo. Los convencionalismos sociales son heterónomos porque los destinatarios no participan en su elaboración, generalmente son producto de comportamientos regulares de grupos sociales.

García Máynez entiende por coercibilidad “la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado... esa posibilidad es independiente de la existencia de sanción”.¹⁸⁰ Incoercibilidad implica que el cumplimiento de las normas se efectúa de manera espontánea, pues no pueden imponerse en contra de la voluntad del obligado. Las normas jurídicas son coercibles porque su cumplimiento es forzoso, se pueden hacer cumplir en contra de la voluntad del obligado. Las normas morales son incoercibles porque su cumplimiento es espontáneo, depende de la voluntad de la persona que se impuso a sí mismo tales deberes. Los convencionalismos sociales son incoercibles en el sentido de que no se pueden imponer al obligado en contra de su voluntad, aunque según García Máynez existe en ellos un tipo de coerción diferente, que es de carácter indeterminado (no existe, por ejemplo, un catálogo de sanciones que determine las sanciones por el incumplimiento de los convencionalismos) y subjetivo (porque la intensidad y los requisitos de aplicación de las sanciones dependen de circunstancias que no son objetivas).¹⁸¹

Algunos otros autores nacionales como Eduardo Peniche López¹⁸² aluden a las normas religiosas. Éstas en la terminología de García Máynez son: unilaterales, de carácter tanto interno como externo, heterónomas e incoercibles. Son unilaterales en el sentido que imponen deberes de las personas hacia Dios pero no existen necesariamente derechos correlativos a los deberes impuestos. Son de carácter mixto —internas y externas— porque aunque tienen que ver con la conciencia de las personas se manifiestan externamente a través de sacramentos y de las liturgias del culto público. Son heterónomas porque el recipiendario de las mismas no es al mismo tiempo

el legislador de las normas. Finalmente son incoercibles porque no se pueden imponer en contra de la voluntad de las personas y sus sanciones son de naturaleza ultraterrena.

	Bilateralidad Unilateralidad	Externas Internas	Heterónomas Autónomas	Coercibles Incoercibles
Jurídicas	Bilaterales	Externas	Heterónomas	Coercibles
Morales	Unilaterales	Internas	Autónomas	Incoercibles
Sociales	Unilaterales	Externas	Heterónomas	Incoercibles
Religiosas	Unilaterales	Internas- Externas	Heterónomas	Incoercibles

III. Clasificaciones tradicionales de las normas jurídicas. Bobbio y García Máynez

1. Las clasificaciones de Norberto Bobbio

Bobbio proporciona tres clasificaciones de las normas jurídicas, en donde los criterios de clasificación son: 1) el nivel de generalidad y abstracción de las normas; 2) su carácter afirmativo o negativo, y 3) su naturaleza categórica o hipotética.¹⁸³

A partir de las variables de generalidad, abstracción, particularidad y concreción elabora la primera clasificación y así distingue entre:

- Normas generales y abstractas que son las referidas a una pluralidad de sujetos normativos (generalidad) y que se encargan de regular diversas conductas de esos sujetos (abstracción). La mayor parte de las leyes cumplen con estas condiciones, por ejemplo, las normas del Código Penal que tipifican los delitos.
- Normas generales y concretas regulan a una pluralidad de sujetos normativos pero respecto a una conducta específica. Bobbio pone como ejemplo la ley que declara la movilización de los ciudadanos

mayores de edad a las armas —alude a una pluralidad de sujetos— pero sobre una conducta específica que al darse extingue la eficacia de la norma. En México, la Ley para la Reforma del Estado aprobada durante febrero de 2007 pertenece a este género de normas.

- Normas particulares y abstractas atienden a un sujeto pero sobre distintas conductas que le son inherentes. Ejemplo, la Ley Orgánica de la UNAM, que se refiere a una persona moral pero regula distintas conductas que le conciernen.
- Normas particulares y concretas, regulan a un sujeto sobre una conducta específica. Los ejemplos clásicos son la sentencia y el contrato.

En una segunda clasificación distingue a las normas jurídicas por sus funciones deónticas. Así habla de normas afirmativas u obligaciones, normas negativas o prohibiciones, y permisos positivos y negativos.¹⁸⁴

La tercera clasificación menciona a las normas categóricas e hipotéticas. Las categóricas establecen que una determinada acción o conducta debe ser cumplida incondicionalmente (las normas morales) y las hipotéticas son las que establecen que una cierta conducta debe ser ejecutada si se verifica determinada condición.¹⁸⁵

2. Las clasificaciones de García Máynez

Los criterios que utiliza García Máynez son: 1) por el sistema a que pertenecen; 2) por su fuente; 3) por su ámbito espacial de validez; 4) por su ámbito temporal de validez; 5) por su ámbito material de validez; 6) por su ámbito personal de validez; 7) por su jerarquía; 8) por su sanción; 9) por su cualidad; 10) por sus relaciones de complementación, y 11) por sus relaciones con la voluntad de los particulares.¹⁸⁶

Por el sistema al que pertenecen son nacionales, extranjeras y uniformes. Las nacionales se aplican en principio en el territorio nacional aunque excepcionalmente podrían aplicarse en territorio extranjero —en algunos supuestos derivados de los conflictos de leyes—. Las extranjeras rigen en principio para un territorio no nacional —aunque existen también excepciones y en determinados supuestos pueden ser aplicadas en territorio nacional—. Las de derecho uniforme son normas comunes a sistemas jurídicos de diversos países; en las últimas décadas en Europa y por virtud de los tratados de la Unión Europea existen normas comunes a diversos territorios nacionales.

Por su fuente formal, entre otras, las normas pueden tener origen en actos del Poder Legislativo que se llaman leyes. También pueden tener su fuente en la jurisprudencia, es decir, en decisiones obligatorias de los tribunales. Pueden tener origen en la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo. O su fuente puede ser la costumbre que es reconocida como derecho.

Por su ámbito espacial de validez, que es la porción del espacio en que un precepto es aplicable, las normas en un país como México pueden ser federales, del Distrito Federal, estatales o municipales. Esta clasificación se fundamenta en los artículos 39, 41, 42, 43, 115, 116 y 122 de la Constitución, que dan competencia a poderes y órganos federales, estatales y municipales para crear normas.

Por su ámbito temporal de validez, que está constituido por el lapso durante el cual conserva la norma su vigencia, las normas pueden ser de vigencia determinada o indeterminada. En las de vigencia determinada su ámbito de validez temporal se encuentra previsto de antemano. En las de vigencia indeterminada no tienen plazo de vigencia definido.

Por su ámbito material de validez, que se refiere a la materia que regula, las normas jurídicas en México suelen clasificarse en normas de derecho privado (civil y mercantil), de derecho público (constitucionales, administrativas, penales, procesales e internacionales), y de derecho social (laboral, agrario, seguridad social). Esta clasificación tiene un interés práctico para efectos, por ejemplo, de interpretación de las normas; así, el artículo 14 de la Constitución señala que en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, y en los juicios del orden civil, la sentencia deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. Es decir, la naturaleza de las normas —penal o civil— puede determinar formas y métodos distintos de interpretación.

Por su ámbito personal de validez, las normas pueden ser generales y particulares. Las generales se refieren a distintos sujetos normativos —a todos los comprendidos dentro de la clase designada en la norma—, tal como ocurre con las leyes o a un sujeto individualizado como en las sentencias, en donde se particulariza a los sujetos normativos. Las particulares pueden ser públicas o privadas. Las públicas entrañan actos de autoridad —una sentencia, un acuerdo administrativo—. Las privadas derivan de actos como los convenios, contratos, testamentos, etcétera.

Por su jerarquía, las normas pueden ser del mismo rango —relaciones de coordinación— o pueden ser de distinto rango —relaciones de supra o subordinación—. La teoría moderna de la jerarquía normativa se debe a

Adolph Merkl y a Hans Kelsen. Este último autor precisó que el sistema jurídico es un sistema dinámico, en donde las normas de menor jerarquía son aplicación o consecuencia de las normas de mayor jerarquía. El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un doble papel: en relación con los que le están subordinados tienen carácter normativo; en relación con los supraordinarios son un acto de aplicación. Las únicas normas que no tienen un doble carácter son la norma base o fundamental del sistema que sólo tiene carácter normativo, y la norma más inferior del sistema de la que no puede derivarse otra norma y que sólo constituye un acto de aplicación.¹⁸⁷ Por su jerarquía las normas en México suelen clasificarse, de mayor a menor jerarquía, entre: 1) normas constitucionales, 2) tratados internacionales y leyes generales expedidas por el Congreso, 3) leyes federales, estatales y del Distrito Federal, y 4) normas municipales. Esta clasificación deviene de la interpretación que el miércoles 13 de febrero de 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó al artículo 133 de la Constitución que consagra el principio de supremacía constitucional y que dice:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Por su sanción, las normas pueden ser perfectas, leyes más que perfectas, leyes menos que perfectas y leyes imperfectas. Las leyes perfectas son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que vulneran o en la imposición de un castigo. Las leyes más que perfectas implicarían en caso de violación además de la inexistencia o nulidad del acto o la sanción, una reparación pecuniaria. Las leyes menos que perfectas son las que su violación no entraña que el acto deje de producir efectos jurídicos pero que, sin embargo, hacen al responsable acreedor a un castigo. Y por lo que ve a las leyes imperfectas son aquéllas que no están provistas de sanción.

Por su cualidad, las normas se dividen en positivas (permissivas) y negativas (prohibitivas). Son positivas las que permiten cierta conducta, ya sea acción u omisión, y negativas, las que prohíben determinado comportamiento (acción u omisión). Según García Máynez, las normas obligatorias son positivas, pues es evidente que permiten lo mismo que mandan.¹⁸⁸

Por el punto de vista de sus relaciones de complementación, hay normas jurídicas que tienen por sí mismo sentido pleno, en tanto que otras poseen significación cuando se les relaciona con preceptos del primer tipo. Las plenas según Kelsen se llaman primarias y las derivadas se les denomina secundarias.¹⁸⁹ Las secundarias son por ejemplo: las de iniciación, duración y extinción de la vigencia de una norma; las declarativas o explicativas —por ejemplo las definiciones—; las permisivas; las interpretativas, y las puramente sancionadoras. Estas últimas son aquellas que establecen el deber de ciertos órganos del Estado de imponer al violador la sanción, pero que lo hacen porque hay una primera norma que estableció primero los supuestos, la relación jurídica y las consecuencias jurídicas.

Por el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares, las normas pueden ser taxativas y dispositivas. Las taxativas son aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Las dispositivas son las que pueden dejar de aplicarse por voluntad expresa de las partes a una situación jurídica concreta. Las dispositivas se dividen a su vez en interpretativas, las cuales sirven para interpretar la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico, y supletivas, que se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes.

IV. La validez de las normas (como vigencia, como fuerza obligatoria, como eficacia y como justicia)

Uno de los conceptos más ambiguos del derecho es el de la validez de las normas. Tiene relación con conceptos tales como vigencia, eficacia y justicia o legitimidad de las normas. Ante la ambigüedad del concepto Carlos Santiago Nino propone seis significados de validez.¹⁹⁰ Otros autores como Capella sostienen la inutilidad del concepto porque se diluye en los otros de vigencia, eficacia o justicia.¹⁹¹ Uno de los que ha intentado establecer una clasificación más o menos completa de la validez es Ramón Soriano,¹⁹² quien distingue entre validez formal, normativa, sociológica y axiológica, y que posteriormente es seguida por otros autores.¹⁹³

La validez formal de la norma jurídica equivale a vigencia. Hay vigencia cuando se dice que una norma existe. Ello ocurre cuando se cumplen los dos requisitos siguientes: 1) haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para la creación de normas, y 2) cuando la norma además de haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido es dictada o aprobada por una

autoridad competente. Algunos agregan con muchas críticas de otros un tercer elemento para la validez formal o vigencia que alude a un requisito de coherencia. Es decir, para que la norma sea válida no sólo debe ser promulgada por los órganos competentes y siguiendo el procedimiento y la forma establecida, sino que además su contenido no puede oponerse a las normas de mayor rango, principalmente las constitucionales, pero se aclara que la coherencia funciona como criterio lógico y no axiológico, lo que resulta un contrasentido porque la coherencia no sólo puede ser referida a elementos lógicos sino principalmente axiológicos o contenido de las normas superiores o constitucionales del sistema. Ante esta crítica, autores como Ferrajoli distinguen entre validez formal o vigencia que se da cuando se cumplen los dos primeros requisitos, y denominan validez sustancial o material cuando la validez comprende a los tres requisitos, en el entendido que la coherencia de las normas secundarias con las normas constitucionales no es sólo lógica sino material o de contenidos, lo que permite la crítica interna al derecho por jueces y autoridades, es decir, el cuestionamiento del derecho formalmente válido o vigente pero materialmente inválido.¹⁹⁴

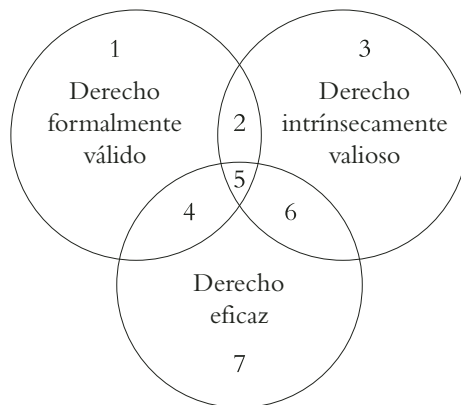
El segundo significado de validez es el de validez normativa, en el cual se entenderá la validez como fuerza obligatoria de la norma. En este sentido, la fuerza obligatoria no tiene que ver con su racionalidad, justicia o bondad, sino que su fuerza obligatoria deviene de su existencia dentro de un determinado sistema jurídico. De tal suerte que si la norma es creada y reconocida por las autoridades como perteneciente al sistema jurídico es norma válida y como tal debe ser aplicada por los órganos del Estado. Esto es, la validez deriva de las autoridades y no de los ciudadanos, lo que históricamente ha favorecido que regímenes no democráticos sostengan la obediencia y validez a normas jurídicas que riñen con los derechos humanos y la voluntad de las personas y eso no puede ser admitido en el contexto de un Estado democrático de derecho.

Respecto a la validez sociológica entendida como eficacia, como vigencia social o práctica de la norma, lo decisivo no es el estudio de lo que los órganos de poder o los juristas denominan derecho positivo o vigente, sino el conocimiento del derecho que regula efectivamente la conducta de una sociedad determinada, por ser el realmente vivido y acatado por sus destinatarios. La eficacia se puede predicar en relación al nivel de cumplimiento voluntario de las normas por los ciudadanos y también se puede analizar desde la actividad de las autoridades que aplican el derecho, es decir, de su nivel de aplicación u observancia forzosa. Es obvio que el derecho será más fuerte y sólido en sociedades en donde existe el cumplimiento voluntario de los ciudadanos a sus normas y no en aquéllas en donde es impuesto.¹⁹⁵ También

debe tenerse en cuenta que una validez puramente fáctica representa una zona intermedia que no permitiría ni el cumplimiento total de las normas —la confusión con las leyes de la naturaleza— ni su incumplimiento absoluto —la inexistencia de positividad del derecho—.

Finalmente hay quien sostiene una validez desde el plano axiológico, en donde la validez viene dada por los contenidos de las normas, pero no los contenidos jurídicos de las normas constitucionales, sino externos al orden jurídico relacionados con el nivel de justicia, solidaridad, libertad o igualdad que una norma o conjunto normativo promueve. Para realizar el análisis es obvio que necesitaremos un catálogo de valores externos al derecho que nos permitan evaluarlo. Estos análisis son propios de las distintas teorías del derecho natural pero también de otras posiciones jurídicas como el marxismo, la teoría del uso alternativo del derecho o los *Critical Legal Studies*.

En Brasil Miguel Reale¹⁹⁶ y en México, entre otros, García Máynez han combinado los diversos sentidos de la validez, y así Reale ha elaborado su teoría tridimensional: el derecho no es puro hecho, ni pura norma, ni puro valor; el derecho es el hecho social en la forma que le da una norma jurídica de acuerdo con un determinado sistema de valores éticos. García Máynez ha concebido la teoría de los tres círculos en donde destaca siete diversos tipos de normas: 1) formalmente válidas, sin eficacia (García Máynez utiliza como sinónimo positividad y eficacia) y sin valor intrínseco; 2) intrínsecamente valiosas, dotadas de vigencia o validez formal, pero carentes de eficacia; 3) normas intrínsecamente válidas pero no formalmente válidas y carentes de eficacia; 4) formalmente válidas, sin valor intrínseco pero eficaces; 5) normas eficaces, formal e intrínsecamente válidas; 6) normas intrínsecamente válidas, eficaces pero sin validez formal, y 7) normas eficaces, sin vigencia formal ni validez intrínseca.¹⁹⁷



V. Las normas jurídicas para diversas concepciones

En la evolución de la teoría del derecho se han sostenido sobre los componentes normativos del derecho diversos puntos de vista que afectan no sólo la naturaleza de la norma sino la del mismo derecho. Analicemos brevemente algunas de estas posiciones.

En Kelsen una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción de manera que la estructura de la norma es: si es A (ilícito) entonces debe ser B (sanción). Kelsen diferenció las normas primarias o genuinas que poseen la estructura anterior, y las derivadas o secundarias que son simple consecuencia lógica de las anteriores. Por ejemplo, la norma que prohíbe matar y que establece la consecuencia jurídica es primaria, y las que aluden a la entrada de vigencia de las normas serían derivadas. En cuanto a la validez, Kelsen la entendió en un sentido formal, de vigencia, como una propiedad anterior a su aplicación, aunque con la norma fundamental y por tratarse de una norma presupuesta tuvo que admitir una base de eficacia respecto a esa norma para que las demás pudiesen ser válidas en un sentido formal.¹⁹⁸

Hart supera a Kelsen y ve a la norma jurídica no desde el ángulo del transgresor de la misma sino desde el nivel de aceptación social de las normas, esto es, una norma es válida cuando la comunidad le quiere dar ese carácter, cuando la considera como regla y no sólo un hábito social, para ello se sirvió de su teoría sobre los puntos de vista interno como externo y principalmente de la regla de reconocimiento —una regla de carácter sociológico— para verificar si las normas pertenecían al sistema. Además abundó sobre las normas que confieren poderes, y las diferenció de las que establecen obligaciones y prohibiciones. Esto es, Hart distinguió entre normas primarias que imponen deberes principalmente a los ciudadanos, y secundarias dirigidas principalmente a las autoridades y jueces que confieren potestades y que son de adjudicación —normas de carácter procesal—, de cambio —para permitir la transformación de un sistema jurídico— y de reconocimiento —para determinar la validez de las normas, esto es, conocer si forman o no parte de un sistema jurídico—. ¹⁹⁹

Alchourrón y Bulygin analizaron la norma individual desde la complejidad de un sistema jurídico. En éste, por ejemplo, hay normas pero no sólo normas. Insistieron en enunciados como las definiciones que no tienen carácter normativo pero tienen efectos normativos y forman parte del sistema, como otros poskelsenianos —tal como Norberto Bobbio— trasladaron el estudio de la norma al sistema normativo. Éste es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias, lo que significa que puede haber normas individuales sin sanción pero que el sistema jurídico en su conjunto

posee coactividad; en otras palabras, la sanción no hay que predicarla de una norma individual sino del ordenamiento. El sistema es diacrónico, es decir, hay una sucesión de sistemas jurídicos en un lapso temporal que es lo que constituye el ordenamiento jurídico. Los sistemas normativos, para estos autores, son plenos y coherentes,²⁰⁰ es decir, en ellos no hay lagunas normativas —espacios no regulados— ni antinomias o contradicciones de normas.

Dworkin, al revisar la posición de Hart, precisa que el derecho no puede verse exclusivamente como un conjunto de reglas o normas jurídicas en el sentido tradicional de Kelsen o Hart sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y los principios en sentido estricto, es decir, exigencias de tipo moral —según su teoría— que establecen derechos humanos o fundamentales. Los principios a diferencia de las reglas no son todo o nada, es decir, se pueden cumplir progresivamente y no necesariamente como ocurre en las reglas, que se acatan o no, y como sabemos si no se cumplen, se puede actualizar la consecuencia jurídica; además tienen una dimensión de peso o ponderación y se valoran en los casos concretos sometidos a los tribunales en relación con otros principios. Los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido —lo que acerca al derecho con la moral— y no como las reglas que integran el sistema jurídico por razón de su origen,²⁰¹ esto es, porque existe una autoridad competente que las ha emitido siguiendo el procedimiento previsto. En los sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos, los principios jurídicos se encuentran previstos en las Constituciones, ejemplo de principio es el que se contiene en el artículo 6 de la Constitución mexicana que garantiza la libertad de expresión, en cambio las reglas jurídicas se contemplan en la legislación secundaria, verbigracia, las normas que establecen los delitos y las sanciones correspondientes en el Código Penal.

Las normas también han sido vistas por Raz como razones para la acción. Previamente Raz distingue entre las razones teóricas que son razones para creer en algo derivado de leyes naturales, por ejemplo, si dejo suspendido un cuerpo en el espacio, es muy probable que debido a la fuerza de gravedad caiga. Frente a esas razones teóricas hay razones prácticas, razones para actuar, verbigracia, mi propósito de titularme me compele a asistir todos los días a la universidad, ser un buen estudiante y pasar los exámenes. Estas razones resultan ser una combinación de deseos —mi propósito de titularme— y creencias —conocimientos previos sobre la manera en que legalmente se obtienen los títulos en la universidad—. La regla jurídica supone haber decidido por adelantado qué hacer para no deliberar en todas las situaciones sobre las diversas razones en conflicto. Las reglas o normas se

justifican como mecanismos para ganar tiempo, para ahorrar trabajo o para reducir el riesgo del error al decidir lo que debe hacerse.²⁰²

VI. El material jurídico según Atienza y Ruiz Manero²⁰³

Los enunciados jurídicos se han clasificado por Atienza y Ruiz Manero de una manera compleja, de lo que se desprenderá la variedad de tipos normativos. Así distinguen en primer lugar entre enunciados de carácter práctico o normas y las definiciones. Los enunciados prácticos o normas jurídicas tienen un aspecto justificativo porque son la expresión de un valor o de una serie de valores combinados —por ejemplo la norma que prohíbe el homicidio no sólo expresa el derecho a la vida sino también la dignidad de la persona, entre otros valores— y un aspecto directivo porque guían la conducta de los destinatarios —en el caso de la prohibición del homicidio que ordena a los ciudadanos no matar—. En cuanto a las definiciones, nos explican nuestros autores que en ocasiones las disposiciones legales o reglamentarias no contienen en su seno sólo normas jurídicas en sentido estricto, que busquen dirigir la conducta de determinados sujetos normativos, sino que su finalidad es aclarar, explicar y definir algún término jurídico que se usa en el cuerpo de una ley o reglamento.

En segundo lugar, una separación muy importante es entre las normas regulativas que pueden ser de acción o de fin. Las de acción ordenan conductas a los sujetos normativos: respetar la dignidad de la persona o autorizar una investigación, y las de fin señalan ciertos objetivos o propósitos a los sujetos normativos, dejando que los destinatarios elijan dentro de los límites de la norma los medios apropiados para lograr esos objetivos.

Una tercera distinción es entre las reglas y los principios. Ambos pueden ser de acción o de fin. Los principios de fin se llaman directrices y los principios de acción se les denomina principios en sentido estricto. Entre las diferencias que apuntan entre reglas y principios, señalan que las reglas tienen las condiciones de aplicación cerradas y los principios abiertos; por ejemplo, una regla siempre señala todas las circunstancias o condiciones que deben ser generadas para que se produzca la consecuencia jurídica. Así, la norma que dice: “El que se apodera de cosa ajena, mueble, sin consentimiento y sin derecho comete el delito de robo y se le aplica una sanción de x a y ”, es una regla porque todas las condiciones y circunstancias están previstas para en caso de producirse esas conductas se genere la consecuencia jurídica x o y . En cambio el principio constitucional previsto en el artículo 3 de la

norma fundamental que determina que la educación en México es laica, gratuita y obligatoria, no contiene de manera cerrada todas las condiciones o circunstancias para que la educación nacional se realice de la manera que lo prescribe el principio. Otra diferencia estriba en que la interpretación de los principios exige siempre la ponderación entre varios de ellos respecto a un caso concreto; en el caso de las reglas se acude a métodos tradicionales de interpretación como el gramatical, el que se apoya en la voluntad del legislador, el sistemático, etcétera, pero una regla no se pondera con otras sino que se aplica frente a otras, esto es, las reglas son razones excluyentes —excluyen la aplicación de las otras reglas— y los principios constituyen razones no excluyentes, pues varios de ellos pueden estar en relación de un caso concreto, sin que necesariamente uno de ellos desbanque a los demás. Los principios llamados directrices promueven intereses sociales —la norma constitucional que prevé el derecho a la salud (artículo 4) — y los principios en sentido estricto marcan límites a la protección de esos intereses —la norma constitucional que establece los confines de la libertad de expresión— (artículo 6).

En cuarto lugar, la diferenciación entre normas regulativas y constitutivas; las primeras establecen obligaciones, prohibiciones y permisos, y las segundas, que dadas determinadas circunstancias constituyen ciertos estados de cosas que provocan cambios normativos. Ejemplo de esta última es la norma que faculta al presidente de la República a declarar la guerra, previa ley del Congreso (artículo 89 fracción VIII de la Constitución).

En quinto lugar, la precisión de “normas” que expresan el uso de poderes normativos, por ejemplo, los actos normativos que no son normas pero que mediante ellos se crean, se modifican, se aplican o se derogan normas —un decreto del Ejecutivo que promulga ciertas reformas legales—. Y finalmente, los enunciados normativos de carácter valorativo que son, respecto a los principios, normas de segundo grado, esto es, los valores más altos de todo ordenamiento que justifican cualquier principio o regla, y entre ellos podemos aludir a la libertad, la igualdad o la justicia.²⁰⁴

De lo expuesto se deduce que las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas (las definiciones), no todas son deónticas (es decir, obligan, prohíben o permiten), ni todas son reglas, no todas tienen que ver con la acción, y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto sin descontar, la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídico —la regla de reconocimiento en la terminología de Hart— es o no una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica, y si debe ser obedecida o preguntarnos cuáles son las razones para obedecerla.

VII. Las reglas y los principios

La distinción entre reglas y principios jurídicos puede ser entendida de dos formas.²⁰⁵ En un pasado no muy lejano los principios no eran considerados normas jurídicas. La tesis se esgrimió para negar que los principios fuesen eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos, principalmente en el periodo de entreguerras en Europa. Se negó que los principios fuesen idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico que dice la norma posterior deroga a la anterior) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico que señala que la norma de mayor jerarquía prevalece) la legislación, hasta que el legislador ordinario procediese a la actualización o concretización de los principios en reglas. Los juristas de inicios del siglo xx sostuvieron que los principios se aplicaban de manera subsidiaria y subordinada a las normas clásicas en caso de que faltaran reglas para colmar lagunas jurídicas. Es decir, se les confundía con los principios generales del derecho y no se advertía que había sobre estos —máximas de la sabiduría jurídica acumuladas durante siglos— principios de carácter constitucional que están por encima de las reglas. Para los juristas de esa época los principios eran en todo caso valores prejurídicos, y en consecuencia, metajurídicos subyacentes al ordenamiento positivo.²⁰⁶

Ahora a los principios se les considera normas jurídicas, pero una especie particular de normas. En este sentido, la cuestión consiste en distinguir los rasgos característicos de los principios. Algunos sostienen que los principios se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se destacan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

La distinción entre reglas y principios, se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas:

- a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- b) Una segunda tesis pretende caracterizar a los principios por su contenido normativo. Son más generales y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.
- c) La tercera vía señala que los principios no tienen la estructura lógica de las reglas. Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.

- d) Se distingue a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- e) En una quinta aproximación se indica que los principios no admiten la interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas, no es posible la aplicación por subsunción —actualizar la premisa menor en la premisa mayor— en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación.

Algunos precisan más la distinción entre principios y reglas. Así se dice, los principios son habitualmente mencionados (separación de poderes o certeza por ejemplo) pero no formulados porque en realidad no expresan sólo normas sino doctrinas jurídicas completas. Otra diferencia importante destaca que los principios, cuando son formulados, se expresan en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien optativo o valorativo proclamando valores o auspicios. También se señala que ni la forma deóntica (obligación, prohibición o permiso) ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de principios, sino que se trata, a fin de cuentas, del reconocimiento de valores jurídicos, políticos o morales que se asumen como preexistentes.

El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Son normas teleológicas (no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio).
- b) Muchas son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
- c) Los principios poseen —cuando son formulados— una formulación categórica, no existe en ellos supuesto jurídico, relación jurídica y consecuencia jurídica como en las normas jurídicas tradicionales o reglas.
- d) La estructura lógica de los principios se distingue de la de las reglas porque no hay hecho condicionante. Los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones *prima facie* que pueden ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios cuando entran en relación con ellos respecto a un caso concreto.

En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento hay que insistir en que:

- A) Los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas).
- B) Los principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.

Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos:

- a) Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores éticos y políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación. Están previstos en las Constituciones y no deben confundirse con los principios generales del derecho. Ejemplos: el principio de constitucionalidad, el principio de igualdad, de soberanía popular, de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el de certeza, etcétera.
- b) Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (principio autonomía privada en el derecho privado, debido proceso en materia penal y administrativa, dispositivo en el derecho civil, principio del *favor rei* en el derecho penal, y principio *in dubio pro operario* en el derecho del trabajo, etcétera).
- c) Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).
- d) Principios sin ulteriores especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.
- e) Un problema importante con los principios es el que resulta de la distinción entre principios expresos e implícitos. Los primeros son los que se encuentran formulados en una disposición constitucional o legislativa. Los implícitos están privados de disposiciones. Es decir, no están formulados en ninguna disposición. Son elaborados o contruidos por los intérpretes. Estos últimos principios son

derivados por los operadores jurídicos —jueces o autoridades— a partir de reglas concretas o a partir de conjuntos normativos del ordenamiento o del propio ordenamiento en su conjunto.²⁰⁷ En la mayoría de los casos, construir un principio consiste en avanzar una conjetura acerca de las razones (finalidades, intenciones o valores) del legislador. Todo cuerpo normativo está provisto de una fuente de principios y es siempre posible encontrarlos en los textos normativos —si son implícitos— con oportunas y adecuadas técnicas argumentativas.²⁰⁸

- f) Otro asunto interesante respecto a los principios se desprende de la pregunta sobre los principios “supremos” del ordenamiento. Es decir, principios que no pueden ser modificados o derogados ni por la revisión o reforma constitucional ordinaria. La jurisprudencia constitucional de cada país suele construirlos, cuando son implícitos, a partir de fines y valores intangibles del ordenamiento constitucional. En otros casos, las Constituciones determinan expresamente cuáles son esos principios “supremos”.

Los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto. La ponderación presenta, entre otras, estas características sobresalientes:

- En las colisiones o choques entre principios constitucionales, la ponderación de los principios presupone que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente y no totalmente (antinomía parcial-parcial).
- La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trate.
- La tercera característica nos indica que para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.

VIII. La crítica a los principios

La estructura normativa de los principios ha despertado críticas. Para Kelsen los principios resultan indeseables, pues abren las puertas al decisionismo judicial por encima de cualquier certeza jurídica. En el mundo europeo continental se destacó en el pasado, como ya se dijo, la vaguedad de los principios y el uso político que de los mismos podrían hacer los tribunales.

En un reciente trabajo, Pérez Luño dirige a Dworkin sus dardos críticos por su concepción de los principios. Se señala que Dworkin mezcla y confunde principios, valores y derechos fundamentales. Que el concepto de principios puede significar cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir la argumentación judicial hacia la solución correcta, fuentes jurídicas para colmar lagunas, y postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ámbito a las normas incompatibles con ellos. Pérez Luño critica la ausencia clara de una tipología de principios en la obra de Dworkin, y siguiendo la pauta de autores como Esser, Bobbio, Carrió, Guastini o Prieto Sanchís, distingue tres tipos de principios: principios que actúan como metanormas o *ratio legis* de las reglas y también como finalidad de las mismas; principios en su carácter ontológico, es decir, que actúan como fuente del derecho, y principios en su vertiente axiológica como postulados éticos que deben inspirar el orden jurídico. No obstante la principal crítica a los principios descansa en su carácter “parasitario”, y dependiente de otras normas como son las reglas jurídicas.²⁰⁹

La crítica más fuerte a los principios no está tanto en su vaguedad o en la multiplicidad de tipologías que sobre los principios existen. La crítica más fuerte tiene que ver con un aspecto central de la teoría del derecho, esto es, con el problema de la conexión entre derecho y moral y su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.

La obra de Dworkin, que se centra en la existencia de una única solución correcta en los casos difíciles, está comprometida con una crítica a la discrecionalidad judicial, a la retroactividad en la aplicación del derecho, y con una visión respetuosa de la separación de poderes. El juez Hércules ante el caso difícil consulta el *ethos* (los valores morales o políticos) del ordenamiento, y encuentra el principio que ha de ser el que mejor explique y justifique la decisión judicial. En cada sentencia, el juez Hércules desarrolla una teoría adecuada y coherente para encontrar la solución correcta.²¹⁰

La búsqueda del principio jurídico en el *ethos* del ordenamiento jurídico implica asumir los presupuestos morales del sistema jurídico. El jurista según Dworkin debe ser capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obliga-

do por ellos. Las reglas jurídicas constituyen la punta de un “iceberg”, la expresión institucionalizada pero parcial de un sistema normativo más complejo, vasto y profundo²¹¹ que también comprende normas morales y políticas.

La adopción de ese punto de vista interno conecta el derecho con la moral; sin embargo, la adopción del punto de vista interno por el juez y el funcionario no implica que esa conexión se traslade al ciudadano. En otras palabras, el ciudadano no está obligado a obedecer, en un sentido fuerte o moral, al derecho, a diferencia de las autoridades y jueces que tienen una obligación no sólo jurídica sino moral mayor que la de los ciudadanos para obedecer al derecho. Autores como Prieto Sanchís prefieren una visión intermedia, débil o moderadamente interna del derecho a fin de que sea posible la crítica al derecho.²¹² El esquema más adecuado es, por ejemplo, el de Ferrajoli, que acentúa por un lado la posibilidad para el funcionario y juez de la crítica interna a su ordenamiento cuando las reglas secundarias no coinciden en sus contenidos con los principios constitucionales, y por otro, abre de la manera más amplia la crítica al derecho desde un punto de vista externo con herramientas tales como la política o ciertos principios éticos que formal y materialmente no integran el orden jurídico.²¹³

¿Cómo entender la conexión entre derecho y moral? La forma de concebirla consiste en admitir que dentro del derecho y envolviendo al derecho hay siempre una concepción de la justicia o de la moralidad y que resulta absurdo pensar en un orden jurídico opuesto a esa concepción. La conexión, por tanto, debe entenderse como una pretensión de corrección de la moral al derecho, nunca como una liga fuerte que conecta al derecho con una moral ideal.

La tesis de la separación entre derecho y moral es preferible a la tesis de conexión fuerte. En tanto quien adopta un punto de vista interno estricto, presume el valor moral intrínseco del derecho vigente y tiene menos posibilidades de juzgar autónomamente y críticamente las normas o decisiones del poder. La idea de conexión fuerte llega a la misma conclusión del positivismo ético: suponer que todo derecho vigente es justo y por tanto debe ser obedecido en todos los casos, no sólo jurídicamente, sino también moralmente. En otras palabras, la separación entre derecho y moral, permite el enjuiciamiento al derecho vigente pero inválido, y también el enjuiciamiento ético externo al derecho. Sólo cuando la moral se concibe separada del derecho se pueden emitir juicios sobre el sistema jurídico.

En este sentido, se explica por qué Prieto Sanchís se opone a los llamados principios extrasistémicos. Estos son aquellos que no encuentran respaldo o cobertura en concretas disposiciones normativas. Son principios producto de la pura creación interpretativa que tienen su origen en doctrinas mora-

les o políticas que se supone subyacen al orden jurídico: la doctrina de la naturaleza de la cosa, la Constitución material, etcétera. A Dworkin se le ha acusado de que sus principios pertenecen a esta categoría y debe reconocerse que la teoría jurídica dworkiniana contiene elementos completos de filosofía moral y política. Un ejemplo acabado de la aceptación de principios extrasistémicos es el de Mortati sobre la Constitución material, que supone la directa asunción por el derecho del fin político general del Estado como tal, en donde los principios políticos, que en la Italia de Mortati eran los del partido fascista de Musolini, son la fuente primera del derecho estatal.²¹⁴

Los principios extrasistémicos suelen presentar un origen doctrinal fruto de elaboraciones morales o políticas muy sofisticadas. Son principios extrasistémicos, entre otros, la doctrina sobre la reserva absoluta de ley que impide que los reglamentos normen cualquier actividad, la norma general excluyente que sostiene que no hay lagunas jurídicas, el principio que alude a una norma de clausura, cierre o límite del sistema de libertades.

Los principios extrasistémicos no forman parte del derecho, pues no constituyen el significado de una disposición normativa ni pueden inferirse de ella. La norma fundamental o la regla de reconocimiento, entendida en su sentido tradicional, se muestra incapaz de dar cuenta de los principios extrasistémicos, no así teorías o posiciones realistas que pueden admitir su existencia factual. Los principios extrasistémicos pueden ser eficaces pero no válidos, por lo menos hasta el momento que el precedente los integre como principios válidos.²¹⁵

IX. Las funciones de los principios

Los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.²¹⁶

En la producción porque circunscriben materialmente al legislador, sobre todo cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas. El legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto. Los principios funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes que realizan los tribunales constitucionales, es decir, aquellas que adaptan el significado de una disposición secundaria al de un principio constitucional previamente identificado. Las interpretaciones conformes no derogan una

de las reglas antinómicas, su propósito es establecer el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional.

La interpretación conforme que se utiliza en beneficio del principio de la conservación de los textos normativos secundarios, es ampliamente utilizada en la jurisprudencia constitucional europea. Esta interpretación produce el efecto de conservar la validez de las formulaciones normativas a cambio de que la interpretación que de ellas se dé esté de acuerdo con los principios constitucionales.

Los principios se usan, sobre todo en la tesitura tradicional, en la integración del derecho para colmar lagunas. El juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. En esta hipótesis el principio constituye una de las premisas del razonamiento para concluir en una norma específica elaborada y formulada por el intérprete. Esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico, en donde los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento. En otras palabras, es necesario justificar la elección de la premisa normativa —la norma— y que esa premisa reúna a la vez las condiciones de validez suficientes para considerarla parte del sistema jurídico.

Los principios cumplen otras funciones, tanto en el argumento universalizador como en el llamado consecuencialista.²¹⁷ En el universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista desarrollado por MacCormick, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia. El argumento consecuencialista adquiere su más importante relieve en aquellos casos en donde es plausible proponer acogerse a aquella decisión que mejores resultados proporcione en orden a su satisfacción, siempre y cuando los distintos fines valiosos se encuentren en el sistema. Así, por ejemplo, la teoría del uso alternativo del derecho es viable para extraer la máxima virtualidad democrática y emancipatoria de las cláusulas o normas constitucionales. O como sostiene Alexy, los principios son criterios de optimización del sistema jurídico.²¹⁸

En donde los principios desempeñan una labor fundamental es en el campo de la interpretación sistemática. Los principios dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico, constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema interno del derecho. La idea de coherencia y la

del legislador racional son ideas regulativas o aspiraciones de todo entramado jurídico, y es ahí donde los principios ordenan, conforman y estructuran al sistema en su conjunto.

X. Recapitulación

Este capítulo nos ha permitido comprender que aunque el derecho está esencialmente integrado por normas, no podemos entenderlo sólo a partir de ellas, el derecho como se ha dicho en los capítulos anteriores también es hecho, valor, interpretación y argumentación jurídica, entre otros elementos que explican el fenómeno jurídico, como el poder. En cuanto a las normas jurídicas también aquí ha quedado de manifiesto que aunque la mayor parte de ellas tienen carácter prescriptivo y expresan factores deónticos tales como obligar, prohibir o permitir, no todas tienen esas características, hay en el derecho, como lo han puesto de manifiesto Atienza y Ruiz Manero, otros materiales jurídicos.

Entre esos materiales jurídicos han cobrado en las últimas décadas una importancia inusitada los principios jurídicos de carácter constitucional, muy diferentes a los viejos principios generales del derecho. Estos principios que en el derecho de nuestra familia jurídica se encuentran en la Constitución, orientan y guían al resto del ordenamiento. Los principios por sus contenidos y su jerarquía normativa prevalecen sobre las reglas secundarias y son responsables de uno de los cambios jurídicos más extraordinarios de nuestra época, al grado que algunos han hablado del cambio del Estado de derecho clásico basado en la pura legalidad al Estado constitucional.

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas llamadas principios por encima de cualquier otra norma constitucional. Esa prevalencia no debería ser vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, incluyendo por supuesto a los intérpretes. Éstos no deberían aplicar normas secundarias sin acudir en primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trataría de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures la interpreten y accedan a ella.

En el campo de la interpretación y argumentación jurídica, la argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica de las normas. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el

abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los métodos de la interpretación retórica basada en la ponderación y en la razonabilidad, porque el derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas de los sistemas jurídicos debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y su relación con el contexto social, económico y político.

Cuestionario

1. ¿Es posible reducir todos los fenómenos jurídicos a términos normativos?
2. Explique las cuatro funciones básicas del lenguaje.
3. ¿Por qué la función prescriptiva del lenguaje es propia de las normas?
4. ¿Cuáles son los elementos estructurales de las normas?
5. Explique la clasificación sobre las normas de Von Wright.
6. Distinga a las normas jurídicas, de las morales, religiosas y de los convencionalismos sociales.
7. Exponga la clasificación de las normas jurídicas de Norberto Bobbio.
8. Brinde ejemplos de normas particulares y abstractas.
9. Dé ejemplos de normas generales y concretas.
10. ¿Cómo se distinguen las normas jurídicas por sus ámbitos espaciales, temporales, materiales y personales de validez?
11. Proporcione ejemplos de normas taxativas y dispositivas.
12. Explique el significado de validez formal o vigencia.
13. ¿Qué es la validez normativa?
14. Distinga entre validez y eficacia.
15. Describa la teoría de los tres círculos de García Máynez.
16. Explique los conceptos de norma jurídica en Kelsen, Hart, Alchourrón y Bulygin, Dworkin y Raz.
17. Distinga entre normas de acción y de fin y proporcione ejemplos.
18. Exponga cinco diferencias entre las reglas y los principios.
19. ¿Cómo se caracteriza el contenido normativo de los principios?
20. Proponga dos clasificaciones de los principios.
21. Explique los vínculos entre derecho y moral.
22. ¿Cuáles son las funciones que desempeñan los principios?