

Principios y positivismo jurídico. ¿Cuál es su relación?

Carlos Gutiérrez Casas*

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha sido tema de interés, desde diversas perspectivas, el papel que juegan los principios en el derecho. En los estudios sobre el estado constitucional de derecho, el tema de los principios es primordial, ya que los operadores jurídicos, en sus actuaciones, están obligados a respetar las normas constitucionales, de las cuales gran parte de ellas están plagadas de principios. En la dogmática jurídica se hace una serie de análisis acerca de los principios contenidos en las diversas ramas del derecho, y de la trascendencia que éstos tienen para las demás normas de un sistema jurídico. Por lo que respecta a la filosofía de derecho, se discute en torno a la influencia de los principios en el derecho, al igual que la moral en éste. Por último, en la teoría general del derecho, el tema de los principios se ve, de forma preferente, como un problema de validez.

En el presente ensayo nos referiremos a este último aspecto para tratar de responder a la pregunta, si para el positivismo jurídico los principios son algo distinto a las normas jurídicas y, por tanto, ¿cuál será el proceso para darle validez a los mismos? Pero, como en todo ensayo que se pretende acercarse más a un estudio científico o filosófico, es necesario aclarar, para efectos de este es-

* Profesor de tiempo completo, adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.

tudío, algunos aspectos. En primer lugar, cuando hablamos de positivismo jurídico, a cuál de todos nos referimos y, en segundo lugar, qué vamos a entender por principios. Una vez acotados estos conceptos, podremos definir cómo se determina la validez de los principios, por parte del positivismo jurídico.

POSITIVISMO JURÍDICO

Cuando se habla de positivismo jurídico no siempre nos referimos a los mismos aspectos. Norberto Bobbio, en un estudio amplio que hizo sobre el tema, afirmó que el positivismo jurídico contiene diversos caracteres y los agrupa en tres corrientes distintas:

- a) Como una forma de abordar el estudio del derecho, que se caracteriza por su neutralidad valorativa, es decir, pretende determinar el derecho formalmente válido, sin realizar algún juicio de valor; se considera como derecho válido exclusivamente aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su seno.
- b) Como una determinada teoría del derecho que parte de seis concepciones fundamentales: 1. La teoría coactiva del derecho. 2. La teoría legislativa del derecho. 3. La teoría imperativa del derecho; 4. La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico. 5. La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, y 6. La teoría de la interpretación lógica del derecho.
- c) Como una determinada ideología del derecho que puede describirse en el postulado de un deber absoluto e incondicionado de obedecer la ley. Por tanto, justo sería realizar nuestros actos conforme la ley lo determina, independientemente de su contenido.¹

De estos tres aspectos, asumiremos, al hablar de positivismo jurídico, de aquel que se refiere al estudio de la validez. Por ello, nos centraremos en establecer cómo se determina la validez de los principios contenidos en el derecho, más no haremos una teoría del derecho basada en principios, ni especularemos acerca de si constituye un deber actuar conforme a los principios contenidos en el ordenamiento jurídico.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

La obra de Ronald Dworkin ha trascendido en la teoría jurídica contemporánea, debido a que pone la atención en un punto fundamental, la existencia de principios dentro de un orden jurídico. Una de las principales críticas que realiza este autor al iuspositivismo, radica en que éste no ha podido identificar, mediante la validez formal, los principios establecidos en el sistema jurídico. Sin embargo, antes de discutir este problema, que es el objetivo principal del ensayo, es indispensable men-

¹ Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1993, pp. 18-31.

cionar los distintos usos que tienen los principios en el derecho.

Para Jaime Cárdenas Gracia, los principios tienen distintos usos: en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.² En la producción, los principios limitan en forma material al legislador. Éste no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto, funcionan como parámetro para medir la cons-



titucionalidad de la fuente subordinada. Sobre esta función que tienen los principios, según Cárdenas Gracia, hay que aclarar que el legislador secundario sí puede producir, formalmente, normas secundarias que contradigan principios constitucionales; sin embargo, aquéllas correrán el peligro de ser invalidadas después, a través de un proceso judicial de un órgano constitucional.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, es decir, aquéllas que adaptan el significado de una disposición al de un principio antes identificado; las interpretaciones conformes no derogan una regla antinómica más bien, su propósito es fijar el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional.

Por último, en cuanto a la integración, el juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. 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; se abandona la subsunción y aplicación mecánica, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a los métodos de interpretación retórica, basada en la ponderación y razonabilidad.

Las funciones que tienen los principios en el derecho, nos demuestran la importancia de éstos, sobre todo, en la interpretación judicial, donde se definen e identifican aquéllos con mayor certeza. Empero, hasta el momento, no hemos determinado y definido las distintas clases de principios del derecho, cuestión que habremos de analizar enseguida.

Es muy conocido, en diversas obras de Ricardo Guastini, que identifique a los principios como normas que se consideran por el legislador, la doctrina o por la jurisprudencia, como el fundamento de un

2 Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. UNAM, México, 2005, pp. 117-119.

Un acto de autoridad, como la de un jefe de Estado, tiene su soporte en una ley dictada por el parlamento, que a su vez, existe el deber de obedecer dicha ley, porque el constituyente estableció tal obligación en la Constitución,

conjunto de normas. De ahí, se puede decir que una norma constituya fundamento de otras normas —y que por ello sea un principio- en muchos y diversos sentidos:

- a) En un primer sentido, una norma NI es fundamento de otra norma N2, cuando NI es más general de N2, de modo que N2 puede ser deducida lógicamente de NI.
- b) En un segundo sentido, una norma NI es fundamento de otra N2, cuando N2 constituye la actuación de NI; eso es cuando NI es una norma que prescribe un fin y N2 es el medio para conseguir el fin.
- c) En un tercer sentido, una norma Ni es fundamento de otra norma N2, cuando NI es una norma de competencia, y N2 deriva la autoridad instituida por N1. Cabe aclarar que en este sentido, para Guastini, el término principio no es muy apropiado.³

La diferencia entre principios y normas —otras normas- es una cuestión de grado. Se puede convenir que los principios son normas muy vagas. La vaguedad puede depender de dos diferentes circunstancias: a) A veces un principio es vago porque no tiene un preciso campo de aplicación, b) Otras veces un principio es vago porque tiene un contenido ideológico o programático: no prescribe una conducta determinada, sino que expresa solamente un valor, recomienda que se persiga un fin o la realización de un programa.⁴

Por otro lado, para delimitar el objeto de este ensayo, es preciso observar la diferencia entre principios expresos y principios no-expresos. En este sentido, diremos que los primeros son aquellos formulados de manera explícita en una disposición constitucional o legislativa; mientras, los segundos carecen de disposición, sino se elaboran o construyen por los intérpretes, quienes al formular un principio no-expreso, no actúan como legisladores, sino asumen que tal principio sea implícito, latente, en el discurso de las fuentes.⁵

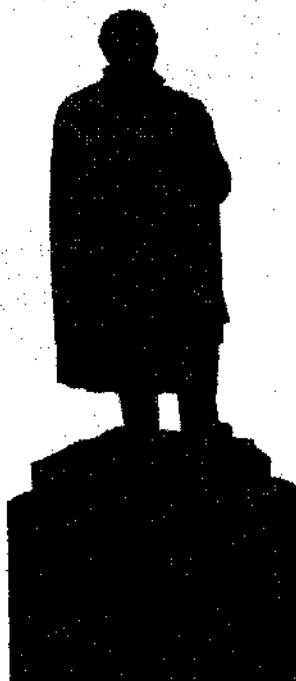
Es aquí donde centraremos la discusión de nuestro ensayo, de forma

3 Guastini, Ricardo. "Principios de derecho y discrecionalidad judicial." *Jueces para la democracia*, núm. 34, Barcelona, 1999, pp. 39-46.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

esencial, en los principios no-expresos, debido a que los expresos encontramos su identificación —o validez— en los procesos de creación de normas, formulados por autoridades que tienen la competencia para instituir disposiciones jurídicas como las normas constitucionales o normas secundarias. El problema radica, sobre todo, en la identificación de los principios no expresos, ya que aparentemente, los positivistas más emblemáticos -Kelsen y Hart- no identifican, a través de sus teorías acerca de la validez, tales principios del derecho.



La validez en Kelsen y Hart

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la teoría de Hans Kelsen y H. L. A. Hart, en cuanto a la validez o existencia, trataremos de hacer una síntesis muy apretada de las contribuciones de ambos juristas en cuanto al tema.

I. LA NORMA FUNDANTE BÁSICA DE HANS KELSEN

Por un lado, el autor de la obra *Teoría pura del derecho*, escribe que la fundamentación de la validez de una norma positiva que obliga obedecer determinada conducta, se efectúa a través de un procedimiento silogístico. En el cual existe, por un lado, una premisa mayor, una norma válida que ordena comportarse de conformidad con lo estipulado por una persona determinada; por otro lado, tenemos la premisa menor, que afirma un hecho, que consiste en que una persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera. Por último, la conclusión sería la norma válida que indica que uno debe comportarse de conformidad a lo estipulado por aquella persona. De acuerdo con Kelsen, lo que le da validez a la norma establecida como conclusión, no es el hecho afirmado como premisa menor, sino la norma establecida como válida, que funciona como premisa mayor. La premisa menor funciona como la constatación de un hecho, en tanto, la premisa mayor determina la validez de la norma que obliga obedecerse, que funciona como conclusión.⁶

Ahora bien, la norma que funciona como premisa mayor es una norma fundamentada en otra premisa mayor, hasta llegar a aquella norma que ya no pueda basarse en un procedimiento silogístico. Es decir, llega el momento en que una norma no sea el resultado de un

6 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. UNAM, México, 1993, pp. 201-213.

hecho impuesto por la voluntad de una persona, en este caso la norma fundante básica es colocada como la iniciación de una escalada de silogismos, sin que ella sea afirmada como conclusión de un silogismo superior que dé fundamento a su validez .

Lo que se quiere decir con esto, es que no puede cuestionarse la validez de la norma fundante básica porque no es una norma impuesta, sino presupuesta. Con ello, no podemos confundir la norma constitucional con la norma fundante básica, ya que la primera, es impuesta por el autor de la Constitución -constituyente-, mientras que la segunda, es el fundamento de la norma constitucional. Al señalarse que la norma fundante básica es presupuesta, significa que es el apoyo de la Constitución y de todo el sistema jurídico, pero, aquélla no tiene base alguna, ya que no es una norma pensada, no impuesta por una autoridad.

Un acto de autoridad, como la de un jefe de Estado, tiene su soporte en una ley dictada por el parlamento, que a su vez, existe el deber de obedecer dicha ley, porque el constituyente estableció tal obligación en la Constitución. Sin embargo, el deber de cumplir con lo estatuido en ésta, se deriva de la norma fundante básica que es una norma pensada, no impuesta por una autoridad. En un caso práctico, cuando se discute sobre el deber de obedecer la Constitución, estamos pensando en el fundamento de ese deber, en la norma fundante básica, pero, no nos cuestionamos en el fundamento de ésta. Es decir, la norma fundante básica sirve de esquema de explicitación conceptual de los actos del constituyente, quien crea la Constitución y se le da validez a la misma.⁷

Si bien, los principios del derecho son viejos conocidos de los juristas, el debate se inicia con un trabajo de Dworkin en 1967, por ello, en la obra de Kelsen no se alcanza a percibir una explicación concreta en torno a este tema. Es por eso, que trataremos de interpretar, según lo señalado antes alrededor de este autor, cómo podríamos identificar los principios del derecho, expresos como no-expresos.

Tomemos como ejemplo el principio instituido en el artículo 18, de la *Ley Federal del Trabajo* en México, que establece: "en la interpretación de las normas del trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2º y 3º en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador". El deber de cumplir este principio expreso en la ley, se deriva del hecho que el legislador haya establecido dicho principio, porque a su vez existe una norma superior de carácter constitucional, que obliga a cumplir lo estatuido por el legislador. Con esto queremos dar a entender que la forma para identificar un principio expreso y otra clase de norma, no existe diferencia alguna, si acaso existe distinción, ésta es de grado, es decir, de contenido.

Por otro lado, el fundamento de un principio expreso en la Constitución, como el que se establece en el artículo 6º constitucional, con-

⁷ *Ibidem.*

Ronald Dworkin, en su obra Los derechos en serio, cuestiona al positivismo metodológico, sobre todo, en lo relativo a la discrecionalidad judicial. Según este autor, el iuspositivismo agota el derecho en las normas jurídicas, de modo que si en un caso concreto, no existe norma, el caso es decidido por la discrecionalidad.

sistente en que la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial, se deriva de la norma fundante básica, que obliga obedecer lo establecido por el constituyente. Por tanto, en la identificación de un principio constitucional y de otra norma constitucional, nos basaremos en la norma fundante básica.

El problema, en apariencia, más difícil de resolver en la teoría de Kelsen, sería la identificación de los principios no-expresos, sobre todo, tomando en cuenta que éstos existen a través de la actividad de los jueces. Por tal motivo, la identificación de dichos principios se da a través de la interpretación que hacen los jueces y, por tanto, se vuelve una función creadora de principios. Un juez, al tratar de resolver un caso concreto, puede invocar un principio no-expreso en una norma constitucional o legislativa y ello le permitiría tomar la decisión en un sentido u otro, pero, en realidad qué nos obliga a cumplir con una sentencia emitida por un juez, quien invocó un principio no-expreso.

La respuesta la encontraríamos en el silogismo que plantea Kelsen: en primer lugar, una premisa mayor consistente en alguna norma de carácter procesal que obliga a cumplir las sentencias dictadas por un juez; en segundo lugar, tendríamos la premisa menor que radica en el hecho de que un determinado juez da una orden basado en un principio no-expreso y, por último, la conclusión, que sería la norma establecida en la sentencia, basada en un determinado principio.

Derivado de ello, podríamos decir que la orden fijada por un juez, invocando un principio no-expreso, es válida no porque lo haya determinado él así, ni tampoco porque haya tomado su decisión tomando en cuenta tal o cual principio, sino porque la obligación de obedecer tal orden, es consecuencia de lo instituido por una norma superior-premisa mayor-, validada por el mismo derecho.

Con todo lo anterior, podemos concluir que para determinar la existencia de un principio, constitucional o legislativo, expreso o no-expreso, y de otra norma, no es necesario recurrir a procedimientos distintos a los establecidos en un orden jurídico.

Desde la perspectiva de Dworkin una vez decidido un caso, se crea una norma determinada. Ésta no existe antes que el caso haya sido decidido. El tribunal cita principios que justifican una nueva norma. Un análisis del concepto obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios.

II. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE L. H. A. HART

En la obra más conocida de Hart, *El concepto del derecho*, se exponen los fundamentos de un sistema jurídico a través de la llamada regla de reconocimiento. Tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. En un sistema jurídico moderno donde hay variedad de fuentes de derecho, la regla de reconocimiento es más compleja. Los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, una práctica consuetudinaria y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, al clasificar los criterios en un orden de subordinación y primacías relativas.

La existencia de tal regla de reconocimiento, con esa ordenación de criterios distintos, se manifiesta en la práctica general de identificar las reglas mediante dichos criterios. Esta regla rara vez es formulada en forma expresa como tal, aunque ocasionalmente puede enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro. En la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios.⁸

El uso de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es manejado desde el punto de vista interno y esta actitud trae aparejada un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista ese. La forma más simple de éste es "el derecho dispone que...", mientras que la expresión natural del punto de vista externo es "en México reconocen como derecho..."

Si se comprende el uso de una regla de reconocimiento, aceptada al formular enunciados internos y se distingue con cuidado de un enunciado externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas

⁸ Hart, H. L. A. *El concepto del derecho*. Editora Nacional, México, 1978, pp. 125-136.

controversias referentes a la noción de validez jurídica, ya que la palabra válido es usada con mayor frecuencia en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico. Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema.⁹

Asimismo, Hart expone que la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de las demás reglas del sistema es la regla última y, cuando hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacías relativas, uno de ellos es supremo. Siempre y cuando las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como regla del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los otros criterios no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo.¹⁰

Es aquí donde podemos mostrar una diferencia muy sutil entre lo expuesto por Kelsen y lo escrito por Hart, ya que para el autor de la regla fundante básica, una norma puede ser válida aun cuando contradiga el contenido de una norma superior. En cambio, para Hart, aunque no lo expresa con claridad en su obra principal sino en el *Post scriptum*, la regla de reconocimiento no sólo fija criterios formales de validez de otras reglas, sino criterios de orden material. Pero, que a final de cuentas, tienen que ser interpretados por una persona embestida de autoridad a través de criterios formales.

III. DEBATE ENTRE DWORKIN Y HART

Uno de los debates más apasionados en la teoría jurídica contemporánea es el sostenido entre Ronald Dworkin y H. L. A. Hart, en torno a los principios. Mientras que el jurista norteamericano sostiene la idea de que la regla de reconocimiento no establece criterios para identificar los principios del derecho, el jurista inglés argumenta lo contrario, ya que la regla de reconocimiento sí establece criterios para identificar dichos principios.

Ronald Dworkin, en su obra *Los derechos en serio*, cuestiona al positivismo metodológico, sobre todo, en lo relativo a la discrecionalidad judicial. Según este autor, el iuspositivismo agota el derecho en las normas jurídicas, de modo que si en un caso concreto, no existe norma, el caso es decidido por la discrecionalidad. Por tanto, el juez, cuando usa su discreción, no está imponiendo el derecho.

En cambio, Dworkin sostiene que frente a la discrecionalidad del juez, en los casos difíciles, los juristas echan mano de directrices políticas y principios. Ordena criterios de distinción entre las normas y los principios, si los hechos que estipulan una norma están dados, el hecho es válido automáticamente (todo o nada). En cambio, los principios

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.



instituyen consecuencias que no se siguen en forma automática, no pretenden poner condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien, enuncian una *razón* que va en una dirección, pero, no exige una decisión en particular. Cuando se afirma un principio como parte de nuestro derecho, lo que quiere decir es que éste se atiende como criterio para inclinarse en uno u otro sentido. También establece que los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Cuando dos o más principios se interfieren se debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno.¹¹

Desde la perspectiva de Dworkin una vez decidido un caso, se crea una norma determinada. Ésta no existe antes que el caso haya

sido decidido. El tribunal cita principios que justifican una nueva norma. Un análisis del concepto obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios. La validez de éstos no puede determinarse por la regla de reconocimiento, sino esta última radica en que la comunidad la acepta como válida, cuando los principios se mantienen como justos en la misma comunidad. Al reconocer los principios como derecho, una obligación jurídica puede ser producto de una constelación de principios o de una norma jurídica.¹²

Hart, en su *Post scriptum al concepto del derecho*, contestó las críticas de Dworkin, al instituir los siguientes criterios: a) En primer término, establece que la distinción entre principios y reglas es una cuestión de grado, las reglas no poseen un carácter de "todo o nada", como lo sostiene Dworkin, ya que pueden entrar en conflicto con principios que pueden supeditarlas; la regla no determinará el resultado en un caso en que sea aplicable en conformidad a sus términos si el principio que la justifica es desplazado por otro, b) En segundo término, existe un error en creer que los principios no pueden identificarse por la regla de reconocimiento y que ésta sólo pueda proporcionar criterios relativos a las reglas. No todos los principios pueden identificarse mediante una

11 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. Planeta de Agostini, México, 1993, pp. 61-101.

12 *Ibidem*.

interpretación constructiva; las reglas jurídicas y las prácticas, que son el punto de partida de la labor interpretativa de identificar los principios jurídicos no-expresos, constituyen derecho preinterpretativo; por tanto, se necesita algo muy parecido a una regla de reconocimiento que establezca las fuentes de derecho autorizadas.¹³

Con esta respuesta, Hart aclara que la regla de reconocimiento fija criterios para reconocer los principios jurídicos no-expresos y, que a final de cuentas, la distinción entre los principios y las reglas es una cuestión de grado. Son los jueces quienes identifican los principios a través de los criterios, que dados por la norma de reconocimiento, mismos que tienen su competencia mediante otras reglas del mismo sistema.

A manera de conclusión, podríamos decir que para el iuspositivismo, la distinción entre una norma y un principio es cuestión de grado, radica en su contenido. Por tanto, los criterios para reconocer como parte del sistema jurídico a las normas y a los principios, son los mismos. Es decir, elementos de carácter formal ya que, finalmente, unos y otros son validados sólo por la autoridad competente del mismo sistema jurídico. Mientras las normas son validadas a través de un proceso legislativo, los principios son válidos hasta que se agota un procedimiento judicial, no antes.

13 Hart, H. L. *Post scriptum al concepto del derecho*. UNAM, México, 2000, pp. 43-49.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1993.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*. UNAM, México, 2005.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Planeta de Agostini, México, 1993.
- Guastini, Ricardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. Jueces para la democracia, núm. 34, Barcelona, 1999.
- Hart, H. L. A. *El concepto del derecho*. Editora Nacional. México, 1978.
- , *Post scriptum al concepto del derecho*. UNAM, México, 2000.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. UNAM, México, 1993.
- , *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Distribuciones Fontamara, México, 2003.
-

