

De la exactitud jurídica a la inexactitud constitucional: una primera aproximación a la tesis de la exactitud e inexactitud en el Derecho¹

From legal accuracy to constitutional inaccuracy: a first approach to the thesis of accuracy and inaccuracy in law

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca

- Docente de la Unidad de Posgrado de UNA
Docente ordinario FCJP - UNA
- **Correo electrónico:** jscastilla@unap.edu.pe
- **Orcid:** 0000-0003-1267-7775

- **Recibido:** 5/04/2021
- **Aprobado:** 13/05/2021
- **Publicado:** 05/06/2021

Resumen:

Son muchas las dudas que se nos presentan cuando avizoramos el horizonte jurídico, con relación a su textura, su esencia o naturaleza, su estudio o comprensión, su interpretación o aplicación, etc.; sin embargo, quizá haya algún aspecto que nos pueda permitir dar con la nota característica de lo que está ocurriendo con el Derecho en la contemporaneidad, nos referimos a que exista algún tema que nos muestre el giro que está dando el Derecho a partir de un punto específico. En este trabajo, pretendemos desarrollar una primera aproximación, cuando no sentar las bases, de lo que hemos denominado “la tesis de la exactitud e inexactitud en el Derecho”, a partir de la descripción del paso de la exactitud jurídica a la inexactitud constitucional que se observa, a propósito de las normas constitucionales o normas-principios. Para dicho cometido se emplea el método dogmático, a fin de dar cuenta de la doctrina sobre el tema, así como el método histórico-sociológico, para sondear la exigencia o incidencia de los temas abordados en la realidad.

Palabras clave: exactitud jurídica, inexactitud jurídica, norma jurídica.

Abstract:

There are many doubts that arise when we envision the legal horizon, in relation to its texture, its essence or nature, its study or understanding, its interpretation or application, etc.; However, perhaps there is some aspect that can allow us to find the characteristic note of what is happening with the Law in contemporary times, we mean that

1. Se hace la advertencia de que el presente trabajo, ha sido elaborado en base a otros artículos publicados (en tanto se ha recuperado algunas partes de los mismos) de nuestra autoría.

there is some issue that shows us the turn that the Law is taking from a point specific. In this work, we intend to develop a first approximation, if not to lay the foundations, of what we have called “the thesis of accuracy and inaccuracy in law”, based on the description of the transition from legal accuracy to constitutional inaccuracy that It is observed, regarding the constitutional norms or norms-principles. For this purpose, the dogmatic method is used, in order to account for the doctrine on the subject, as well as the historical-sociological method, to probe the demand or incidence of the issues addressed in reality.

Key words: legal accuracy, legal inaccuracy, rule of law.

Introducción

Sin duda alguna, si hay un ente jurídico con el cual trabaja el Derecho, más allá de toda discusión teórica o filosófica jurídica sobre su naturaleza, concepto, etc., es la norma jurídica positiva, es decir, todos los profesionales en derecho no pueden negar que no trabajen con leyes, textos normativos (hoy llamados disposiciones jurídicas). No obstante, cabe señalar que, la concepción de norma jurídica y su equiparación conceptual con el de ley escrita, ciertamente, de acuerdo a la teoría contemporánea del Derecho, ha variado, por lo que, al menos, son dos los tipos de normas jurídicas que se tienen actualmente, en todo ordenamiento jurídico, las así llamadas normas-reglas y las normas-principio o, en otras palabras, nos referimos al tema tan recurrente de normas y principios.

Hay bastantes trabajos que se han escrito a este respecto, desde los distintos niveles de reflexión del Derecho, relacionados a su conceptualización, a su interacción, a su estructura, a su clasificación, su interpretación, su aplicación, etc.; es decir, se han hecho estudios desde un punto de vista interno de los mismos; sin embargo, en este trabajo, se trata de hacer un estudio externo, esto es, ver o advertir cuál ha sido el impacto (y por tanto, el devenir) que ha tenido en el Derecho tal replanteamiento de la concepción de la norma jurídica.

Si como hemos señalado líneas atrás, en cuanto a que la norma jurídica es un ente jurídico imprescindible del Derecho -por lo que, y además, su tratamiento es un trabajo de teoría general del Derecho, lo cual implica su omnipresencia en todos

los ámbitos del mismo-, queda claro también, entonces, que cualquier modificación o alcance que se haga respecto de dicha entidad jurídica, debe tener, inexorablemente, un impacto considerable en el Derecho mismo, en conjunto, lo que es un asunto de asaz importancia o envergadura a tratar y que no debe dejarse de lado. Precisamente, el presente trabajo, surge como consecuencia de la observación que se hizo de lo que ocurre en la realidad jurídica contemporánea, no solo de la teoría acuñada en la misma, sino en la *praxis* jurídica, en diferentes ámbitos, como producto o exigencia de la realidad misma.

Materiales y Métodos

El enfoque desde el cual se ha trabajado ha sido cualitativo; precisándose que, para la realización de éste artículo se ha empleado el método dogmático (Corral Talciani, 2009), en tanto se construyen ideas a partir de la revisión de la doctrina jurídica existente sobre los temas que se abordan, así como se hizo uso del método histórico-sociológico (Corral Talciani, 2009), para contextualizar los impactos u observancia de aquellos en la realidad, además, de advertir las exigencias de esta última con relación a los tópicos de los que se ocupa este espacio de estudio. Así se han revisado libros, normas y jurisprudencia, según se detalla en las líneas a lo largo de este trabajo.

1. Positivismo jurídico y concepción clásica de norma jurídica

El positivismo jurídico ha fundamentado al Derecho durante mucho tiempo (al menos, desde mediados del S. XIX en adelante) de manera incuestionable; incluso aún hoy sigue teniendo cierto impacto, aunque no de modo pacífico o, en todo caso, de manera parcial, al menos. Y es que como ha indicado Scarpelli (2021), desde una perspectiva histórica en cuanto a su definición o concepción, con el positivismo jurídico nos encontramos tanto en el campo de las concepciones del derecho, de la ciencia y la práctica del derecho, cuanto de las tendencias filosóficas y metodológicas que privilegian determinados modos de operar respecto al derecho en la ciencia y en la práctica del derecho; de los modelos metodológicos para el trabajo de los juristas y de la justificación de los propios modelos.

Siendo conscientes de los alcances y aportes del positivismo jurídico -de los que no daremos

mayor cuenta en el presente, bastando por de pronto recalcar que dicha teoría iusfilosófica ha sido y es aún de observancia-, cabe abordar el tema de la norma jurídica elaborada bajo el manto de aquel, en la medida que es bajo dicho pensamiento jurídico que se la concibió por mucho tiempo. Máxime, si se repara en la vital importancia de este concepto jurídico, ya que incluso se suele entender al Derecho como un cuerpo o conjunto de normas; claro está, que las normas constituyen un cuerpo cuando poseen, al menos, alguna característica común que las hace coherentes e interdependientes, por ejemplo cuando tienen el mismo contenido (derecho privado, derecho penal), pertenecen al mismo código o al mismo Estado, tienen su origen en la misma nación o coinciden en el tiempo o en el espacio (derecho antiguo, derecho europeo) -Kantorowicz, 1964-.

Sobre el giro de comprender al Derecho a partir del estudio individualizado de las normas, a un estudio del Derecho comprendido -en todo caso, también- como un orden u ordenamiento de normas jurídicas, o simplemente como ordenamiento jurídico, es emblemático el trabajo de Bobbio (2013), donde señaló que, la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Incluso, actualmente hay autores que continúan comprendiendo al Derecho en tal sentido. De esta manera, podemos encontrar a Alchourrón y Bulygin (2012), quienes, precisamente, indican al trabajar su definición de sistema jurídico que, el procedimiento usual es el de definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica, esto es, que primero se define a la norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, para después definir al sistema jurídico como el conjunto de las normas jurídicas; de modo tal, que un sistema es jurídico porque contiene normas jurídicas; por lo que, expresan que su propósito es al revés, es decir, dar una definición de sistema jurídico y luego caracterizar como jurídicas las normas que forman parte de ese sistema, o, dicho en otros términos, en vez de definir el todo (sistema) en función de sus partes (normas), se define las partes en función del todo. Aún más, hoy en día se encuentran definiciones del Derecho dadas en dicho sentido, como es la de García Amado (2017), quien enfatiza que se llama Derecho a un sistema normativo peculiar y distinto; siendo que, en cuanto a la peculiaridad del Derecho, se dice que viene dada por sus funciones y por el modo como dicho sistema se constituye; y,

en cuanto a la segunda se refiere a que, el Derecho se diferencia de otros sistemas de normas (como el moral, religioso, etc.).

Así, bajo dicho contexto teórico-jurídico (nos referimos al positivismo jurídico), es sabido que cuando se habla de “norma jurídica”, no puede entenderse otra cosa que no sea la “norma positiva” (una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo, es decir, normas que han sido “puestas” no “supuestas”) -Kelsen, 1981-, la cual es aquella que está objetivada, esto es, la norma escrita, publicada y vigente, siendo ello su formalidad; por tanto, la norma jurídica se suele resumir a su forma escrita. Suele darse tanto el culto a la forma que, además, se ha relacionado el concepto de norma al del texto que aparece descrito en los artículos, resumiéndose (o limitándose) el alcance de su significado al mismo (al texto, que es su forma). Por ello, se ha dicho que: “Es característico de la teoría normativa remitir el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma; en otras palabras, de su contenido -según el cual, un hecho puede ser económico, social o moral- a su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido. Aquí, “forma” es entendida en el sentido más común de “recipiente”, es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido...” -Bobbio, 1965-. Lo que queremos expresar con lo descrito, de manera que se entienda sin ser tan abstractos, es que (aunque con mayor incidencia en el plano de la *praxis*) se suele entender y pensar (impulsados por los fundamentos del referido paradigma positivista) que la norma es un producto jurídico acabado, el punto de llegada en la labor de interpretación, de manera tal, que lo único que debe hacer el operador del Derecho es aplicar la misma (la norma jurídica), no pudiendo modificarla o no aplicarla en preferencia de otras normas, por lo que, incluso bajo dicho paradigma positivista se suele decir que la labor efectuada respecto de la norma jurídica es cognitiva.

Con lo indicado en el considerando anterior, corresponde referirse al análisis de la estructura lógica de la norma jurídica, en tanto se le suele considerar como un juicio hipotético -Pérez Luño, 2009-. <<Kelsen sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica es la de un juicio- hipotético cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción: “Bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u omite algo determinado -por

ejemplo, que mate a otro, o que no pague el precio de una compra-, otro hombre, esto es, el órgano del Estado, por ejemplo, un juez, debe ordenar contra el primero un acto de coerción -castigo o ejecución forzada del deber-." A este juicio hipotético que prescribe la sanción sobre la base de que se realice el supuesto -conducta antijurídica- Kelsen lo llama *norma jurídica primaria*. Ahora bien, esa *norma jurídica primaria* suscita el *deber jurídico* de comportarse de un modo diferente de aquel que constituye el supuesto para la sanción; así, respecto de los ejemplos aducidos, suscita el deber de no matar, y el deber de pagar el precio de una compra. Este deber jurídico, revestido con la fórmula de una norma -cuya validez descansa en el supuesto de que *debe ser evitada* la coerción establecida bajo determinadas circunstancias por el Derecho- constituye lo que Kelsen denomina *norma jurídica secundaria*. La primaria, es la que ordena un acto de coerción estatal y contiene como condición, para que se realice éste, precisamente la conducta que contradice a la norma secundaria>> -Recasens Siches, 1997-.

En palabras del ilustre y recordado profesor Hart, las normas primarias son reglas que bien pueden ser consideradas el tipo básico o primario, por las que se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; y, con relación a las reglas secundarias, enseña que éstas últimas dependen del primer tipo de reglas indicado (de las primarias), en cierto sentido, por lo que, son secundarias en relación con ellas, siendo que, dichas reglas de este segundo tipo, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Luego, continuando, explica que, las reglas del primer tipo imponen deberes y, las del segundo tipo, confieren potestades públicas o privadas; las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones -Hart, 1961-.

2. **Concepción contemporánea de norma jurídica**

Si apreciamos la teoría contemporáneamente del Derecho (según ya hemospreciado en otros trabajos publicados, por lo que nos remitimos a ellos,

siendo suficiente señalar aquí que la misma está replanteando al Derecho, contraviniendo o poniendo en cuestión al positivismo jurídico), advertiremos que la concepción de norma jurídica ciertamente ha variado, pues se ha erigido un concepto de ella que nosotros (sin pecar de arbitrarios) denominamos <<*concepción dinámica de la norma jurídica*>> en contraposición de lo que puede llamarse una <<*concepción estática de la norma jurídica*>> (elaborado bajo el paradigma de la corriente filosófica del Derecho ya mencionada). Abordar el tema en el presente espacio de estudio es desbordante, por lo que, sólo nos ocuparemos del mismo de modo muy somero y en forma consecuenta a los fines del tema materia de análisis. Pues bien, en lo que se refiere a la *concepción estática de norma jurídica*, se aprecia que se da a la *norma jurídica* una concepción formal y estructural-lógica, en tanto se establece que esta es un juicio hipotético cuya explicación se reducía a un estudio de la estructura interna de la misma; así, se dice que la norma jurídica está compuesta por un supuesto de hecho (juicio hipotético), un nexo causal y una consecuencia jurídica. No ahondaremos al respecto, por cuanto dicha concepción es bastante conocida e incluso se suele enseñar en los claustros universitarios y manejar por los operadores del derecho. Evidentemente, dicha concepción, en tanto y como indicamos que la norma jurídica es un tema de Teoría del Derecho, es de observancia (o ha sido y sigue siendo, en modo alguno) en todas las áreas y ramas del Derecho; muestra de esto último es que, por ejemplo, se concibe a la norma jurídica privada o norma jurídica privatista como un juicio que liga determinados efectos a la realización de un hecho -Irti, 2003-.

De otra parte, en cuanto a la concepción dinámica de la norma jurídica, debemos señalar que, entre otras cosas, se hace una distinción entre el texto y lo que en realidad constituye una norma jurídica o, dicho en otros términos, la distinción entre disposición y norma, con relación a la cual se dice que, habría tenido su origen en la jurisprudencia constitucional y la doctrina jurídica italiana más avanzada (representada por Tullio Ascarelli, Luigi Montesano y Vezio Crisafulli, con las dudas "retrastas" de Francezco Carnelutti), hasta su consagración en la teoría general analítica del Derecho, por Giovanni Tarello y Ricardo Guastini -Chiassoni, 2011-. En efecto, a partir de algunas sentencias de la Corte Constitucional Italiana, se afirma que el objeto de la interpretación no es una "norma", sino un texto (o un comportamiento) -Ascarelli, 2011-

; o sea, se distingue entre “disposición” (texto) y “norma”, conceptos que, por lo demás, son diferentes, aunque suele suceder que disposición sea un vocablo asumido como sinónimo de norma, con particular referencia al derecho objetivo y a las fuentes -Crisafulli, 2011-. Sin embargo, ambos son distintos: en términos sencillos, disposición viene a constituir la descripción textual contenida en un artículo jurídico, en cambio, norma viene a ser el resultado que se obtiene de la interpretación que se hace de dicho texto. En términos de un connotado profesor: disposición es cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes; y, norma es cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En suma, se dice que disposición es (parte de) un texto aún por interpretar y la norma es (parte de) un texto interpretado -Guastini, 2011-.

En efecto, cabe anotar que, como se tiene indicado en el párrafo anterior, se plantea el no restringir el concepto de norma a la fórmula textual, ya que ésta última en realidad constituye un elemento o componente de aquella (es decir, de la norma). Esto debido a que la fórmula textual es elaborada de acuerdo a ciertas condiciones (económicas, políticas, etc.) de tiempo y espacio, por lo que, la misma no puede permanecer inmutable ante la incontrollable y siempre desbordante realidad; por ello se dice que el significado de tal fórmula textual (que incluso puede aparecer defectuosamente construida) no puede permanecer invariable -Crisafulli, 2011-. Por todo ello, se sostiene que la norma jurídica no es un producto acabado, sino que, por el contrario, es el punto de partida.

3. Concepción estática y dinámica de norma jurídica

Ahora bien, conforme a las ideas precedentemente anotadas, es fácil intentar sostener que, no sabríamos decir si en un ánimo de conciliación o por pura descripción teórica o académica, estaríamos ante una concepción bifurcada de la norma jurídica, producto de un legado amplio de estudios realizados respecto de la misma por nuestros grandes teóricos y estudiosos del Derecho.

Así, en primer lugar, tenemos (a lo que nosotros llamamos) una concepción estática de la

norma jurídica: con relación a esta, según se ha descrito, se suele remitir el estudio, comprensión y aplicación de la norma jurídica a una concepción formal, estructural y lógica de la misma. Formal en tanto que la misma es pues producto de los procedimientos preestablecidos para su existencia y regulación, así como debe expresada en una forma predeterminada por ley, esto es, en forma escrita. Estructural, ya que para la conceptualizar la misma se suele orientar a la explicación de la estructura de la misma, como ya vimos reglones atrás, indicándose que la norma contiene un supuesto de hecho, un nexo causal y una consecuencia jurídica. Lógica, en tanto que expresa una esquema lógico de relación entre un juicio hipotético y una consecuencia, según también anotamos, así como porque para su aplicación se suele resolver tal actividad de forma inevitable al empleo del silogismo jurídico, esto es, efectuar el razonamiento de la aplicación de la norma al ejercicio lógico que contiene la siguiente estructura: i) premisa mayor (que viene a ser la norma jurídica); ii) premisa menor (que son los hechos que en concreto aportan las partes); y, iii) la conclusión (la adecuación de los hechos concretos a la realidad).

En segundo término, producto también de grandes postulados teóricos, se advertiría (a lo que nosotros llamamos) una concepción dinámica de la norma jurídica: en virtud de la cual, como anotamos líneas atrás, se propugna una comprensión, aplicación y estudio de la misma, de forma dinámica, no necesariamente restringida a su explicación estructural, con la finalidad de hacerla más dúctil -si recordamos la expresión de Gustavo Zagrebelsky- o maleable a la realidad, con lo demás que indicamos en el ítem anterior. En efecto, según ya anotamos, la concepción de norma jurídica no debe resumirse a su fórmula textual, sino a su resultado interpretativo, pues aquella (la fórmula textual) en realidad constituye una disposición. Esta forma de entender y de operacionalizar la norma jurídica, no es una mera elucubración teórica, como se pudiera pensar *prima face*, sino que ya ha sido empleada en la práctica por nuestro supremo intérprete de la Constitución, véase al respecto el expediente N° 00025-2005-AI- (noveno considerando, párrafo décimo), por citar algún ejemplo.

Las siguientes fórmulas grafican lo que expresamos con relación a las concepciones de la norma jurídica, donde: N.J. significa norma jurídica; A significa supuesto de hecho; significa nexo causal;

B significa consecuencia jurídica.

Concepción estática de norma jurídica:

$$(N.J.) = A \quad B$$

En el siguiente esquema: A es (o significa) la disposición -D- (que contiene el supuesto de hecho); y, B es (o significa) la norma jurídica (N.J.), los demás elementos significan lo mismo que en el esquema anterior.

Concepción dinámica de norma jurídica:

$$(D) = A \quad B = (N.J.)$$

En este acápite nos proponemos, de manera somera -claro está-, dar algunos alcances con relación a si ambas concepciones de la norma jurídica vendrían a ser excluyentes o si, por el contrario, podrían convivir (incluirse) o complementarse mutuamente. Sin objeción alguna, la realidad impone pues la necesidad de reconfigurar el concepto de norma jurídica; empero ello, inevitablemente, de suyo importa que sólo se deba optar por la reseñada -como nosotros denominamos- "concepción dinámica" de la norma jurídica, con la finalidad de que la norma jurídica sea más útil a la realidad de la manera más idónea posible. Sin embargo, cuando revisamos las diferentes disposiciones o normas jurídicas (en el clave del iuspositivismo) podemos advertir, sobre todo, en lo que respecta a la ciencia procesal o derecho procesal, que hay casos en los cuales, irremediablemente se puede hablar de que el concepto de norma jurídica puede ser resumida en su texto (normas estáticas - concepción estática de la misma); nos referimos a las denominadas normas procesales procedimentales o normas procesales de procedimiento, cuyo cumplimiento son de obligatorio cumplimiento, en virtud del principio de vinculación o formalidad de las normas jurídicas procesales. Verbigracia, los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil (de igual forma, en las diferentes ramas del Derecho Procesal). Siendo así, resulta innegable que, a primera vista, la concepción estática de la norma jurídica no podría ser dejada de lado sin más sin más, sino que, *contario sensu*, surgiría (al menos) el plantear si sería factible que ambas concepciones puedan articular, en tanto son de necesidad y exigencia para la labor de aplicación del Derecho.

Siendo así: atendiendo a los conceptos y premisas teóricas, desarrollados a lo largo de las líneas o reglones del presente artículo jurídico,

cabe concluir que actualmente, al dar un vistazo de lo que ocurre en la teoría contemporánea del Derecho (llámese neoconstitucionalismo, teoría post positiva o teoría no positiva o, su turno, el positivismo jurídico crítico o incluyente), podemos percibir con claridad que ya se han elaborado postulados a través de los cuales se está tratando de renovar las categorías conceptuales (instituciones, figuras y categorías jurídicas -sustantivas y procesales-) que componen al Derecho, con la finalidad de construir instrumentos jurídicos (como la norma jurídica) que sean más adecuados a las exigencias que las relaciones sociales (y supuestos de fractura de los mismos) necesitan y, por tanto, el Derecho necesita proveer o brindar -por lo que, como bien se apuntó reglones atrás, el presente artículo jurídico, producto de investigación jurídica, muestra a grosso más elementos a tener en cuenta para la construcción (que, de seguro, se irá trabajando en más espacios de estudio, con los resultados que se obtengan, producto de investigación en Derecho, a lo cual desde ya quedamos comprometidos) de lo que llamamos "*concepción estática*" y "*concepción dinámica*" de la norma jurídica; ya que, al respecto, teniendo en cuenta ciertas consideraciones, entre otras, como el hecho de si las mismas pueden articular o si, contrariamente, son excluyentes, claro está, que ello se determinará desde el punto de vista teórico y, además, en atención a si para la praxis resulta útil emplear ambas concepciones, lo que es de sumo interés para los operadores del Derecho, en primer orden-; por todo ello creemos que, ya es conveniente formular una teoría contemporánea de la norma jurídica, en la que muy bien podría hablarse de dimensiones conceptuales de la misma, en la que podría incluirse la concepción estática y la concepción dinámica de la norma jurídica, tarea en la que estamos obligados a incidir, en tanto dicho análisis y concepciones es una propuesta nuestra.

4. Norma jurídica y teoría general del derecho

Volviendo a lo indicado reglones muy atrás, es indispensable recalcar la relación de la norma en cuanto al Derecho mismo. Claro está, que la "norma jurídica" tan importante es para el Derecho que, como vimos, incluso, alguna teoría general del derecho, la postuló no como la entidad más importante, sino como la entidad que constituye el único objeto de estudio del derecho, como lo ha hecho el positivismo jurídico, postura que, por lo demás, aún hoy en

día en varios espacios del derecho aún se ve.

En la actualidad, como ya lo hemos advertido en anteriores trabajos, es innegable la existencia, importancia y utilidad de la Teoría General del Derecho, es decir la disciplina del derecho que se ocupa del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, vertebrales del derecho o, dicho en otras palabras, de los conceptos jurídicos que son transversales a todas las ramas y áreas del derecho, sean sustantivas que procesales. Uno de esos temas de los que se ocupa tal amplia disciplina es, precisamente, el de la teoría de la norma o, más aún, del ordenamiento jurídico, es decir, que el concepto de norma jurídica (y, a su turno, el de ordenamiento jurídico) es un tema de teoría general del derecho, por lo que, su íntima relación con el derecho queda, por demás, evidenciada.

Lo indicado ha sido mencionado *ex profeso*, en la medida de que, si todos los profesionales en derecho nos ponemos a pensar en ello, notaremos claramente que eso ocurre así, ya que todos trabajamos con normas jurídicas y se estudian, en cada rama y área del derecho, también los respectivos cuerpos normativos. Debe quedar a trasluz que no estamos afirmando que el derecho sea sólo normas jurídicas, sino que a ellas siempre habremos de remitirnos y estudiarlas, para, finalmente, interpretarlas y aplicarlas. De tal manera que, cada vez y cada cuando que nos topemos con el saber jurídico, lo haremos con el conocimiento, entre otros, acerca y sobre normas jurídicas, con todo lo que ello de suyo importe.

Y es que, varios postulados del así llamado *iuspositivismo* no han sido dejado de lado, ya por las convicciones teóricas, ya por la exigencia misma de la realidad o mecánica o desenvolvimiento mismo del derecho de cara a la realidad. En efecto, cuando se advierte la práctica jurídica, sea en juzgados, fiscalías, asesorías legales en entidades administrativas o privadas, etc., a menudo vemos, al menos a primera vista una actitud iuspositivista del Derecho, en cada uno de los operadores del derecho que actúan en los espacios que hemos indicado, toda vez que, muchos de ellos cuando trabajan con las normas jurídicas, habrán de entenderlas, a algunas de ellas, como reglas jurídicas, concepción que, como sabemos, es una aportada o trabajada por los operadores del derecho. En seguida, nos interesa hablar sobre este último aspecto.

4.1. La exactitud jurídica

Como se anotó en la concepción estática de la norma jurídica, se tiene una comprensión de la misma estructural, formal y lógica. Es estructural porque se remite a su comprensión como regla jurídica o regla de derecho, es decir, en atención al rigor de su composición o estructura. Es formal, debido a que la misma se identifica con la manera en que expresa (forma escrita). Y es lógica, en cuanto a su modo de aplicar o razonar su comprensión. Pues resulta que esta manera de comprender a las normas jurídicas no ha sido dejada de lado, en tanto se puede advertir en la práctica jurídica que, y a menudo, los operadores del Derecho, casi siempre (o la mayoría) de los conflictos los resuelven bajo dicha concepción de norma jurídica. Así, en un caso de nulidad de acto jurídico, en un delito de daños, en la nulidad de un acto administrativo, en la nulidad de despido laboral, etc., en suma, podríamos afirmar que, en la mayoría de procesos ordinarios se resuelven los casos de dicha manera o en atención a tal modo de entender y razonar la norma jurídica. Un juez civil no puede construir o reconstruir una norma civil de nulidad de acto jurídico, por ejemplo, para resolver el caso, y de igual forma ocurre con un juez penal quien, en absoluto, podría crear o reconstruir una norma para crear un tipo penal y en virtud del mismo imputar responsabilidad y sanción. Cuando uno revisa la labor jurisdiccional y, más aún, cuando interviene en ella laborando (como fue nuestro caso), puede ciertamente constatar lo afirmado.

Y es que, la certeza y seguridad jurídica son valores muy importantes que no pueden ni deben ser dejados de lado, lo cual, nótese, por cierto, es fundamentalmente otorgado por las así llamadas normas-reglas o por un sistema de reglas. La conveniencia de una regla es, entre otros, justamente la de otorgar precisión sobre algún objeto o conducta materia de regulación, de manera que se pueda, en primer lugar, conocer lo que debe o puede hacer y, en segunda instancia, prever tanto la posibilidad de conducta a realizar, así como la consecuencia a esperar, o sea, da previsibilidad. Evidentemente, esto da previsibilidad en el actuar de los sujetos o miembros de una cualquiera asociación humana, con lo que, de suyo, además, se otorga seguridad a los mismos. Ya se ha dicho varias veces que ello permite pues ordenar y organizar las conductas en la sociedad, en la medida en que el hombre como fenómeno social o en su vida en sociedad (vida en común), necesita de reglas que permitan esa convi-

vencia pacífica o, al menos, estable.

Pero es útil en este punto reparar en señalar qué es lo que ofrece dicha concepción de la norma jurídica que conecta con lo que acabamos de señalar. Pues bien, resulta que la misma ofrece un grado de exactitud sobre los aspectos que regula. Por ejemplo, en el artículo 140 del Código Civil, se encuentra la definición legislativa que nos indica que el acto jurídico es una manifestación de voluntad, de modo tal que precisa qué es el acto jurídico (y claro que, al lado se encuentra la dogmática jurídica). Al respecto, Alchourrón y Bulygin (2012) decían que, la explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago -que pertenece al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más claro o exacto que el primitivo, o, más correctamente hablando, la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso. Pues bien, la dogmática jurídica ha procurado esa exactitud, así como el positivismo jurídico, al desarrollar las diferentes categorías conceptuales predicadas de las normas jurídicas positivas; Sin embargo, como hemos visto, con la consagración de la Constitución como norma jurídica y el desarrollo de la filosofía de “lo constitucional” propugnada por el constitucionalismo contemporáneo, la textura de las normas-principio es abierta, inexacta, por lo que, aún en un escenario jurídico un tanto de convivencia y pacífico, esto es, la coexistencia entre lo exacto y lo inexacto del Derecho, se observa una paradoja. Siempre hemos sostenido que pareciera que el Derecho estuviera dividido en dos grandes grupos, el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario, cada uno con lógica y razonamiento jurídico distinto. Si reparamos en esto, un momento, notaremos que ello se evidenciará y manifestará por medio de la interpretación jurídica.

Siendo así, resulta lógico, en tanto el ser humano siempre será fenómeno social -y que, por tanto, requiere de reglas que organicen u ordenen entonces la vida en sociedad en que está inmerso-, sostener una tesis sobre la necesaria existencia de exactitud o precisión que debe haber respecto del instrumento que se emplea para dicho cometido, es decir, regular las relaciones sociales con las características indicadas.

Así, es consecuente concluir que las reglas

son necesarias para el Derecho o, dicho en otras palabras, es necesario un mundo jurídico con reglas jurídicas o con una concepción de norma jurídica entendida como regla jurídica o regla de derecho.

4.2. La inexactitud constitucional

Sin perjuicio de lo señalado en el ítem anterior, resulta también necesario reparar en que, si bien los valores de la certeza y seguridad jurídica son importantes, con lo cual se adscribe a la tesis de la exactitud jurídica; también lo es que, la realidad tan cambiante y variada como es, siempre termina desbordando, cuando no enervando, dicho carácter que se podría predicar de las normas jurídicas, puesto que el contexto actual en el que nos encontramos, como producto del contexto social, político, jurídico, etc. que generó el Estado de Derecho (en el que el dogma es la ley, y de ahí que se hable dogmática jurídica), es decir, que nos encontramos actualmente en el paradigma del Estado Constitucional (en el que el paradigma es la Constitución, por lo que, tanto la dogmática jurídica, así como la doctrina jurídica, habrán de ceñirse a la misma), se advierte que se han replanteado la concepción de varias entidades jurídicas, entre otras, la de la norma jurídica.

En efecto, actualmente, se sostiene que el sistema u ordenamiento jurídico se compone de dos tipos de normas jurídicas, a saber: las normas reglas y las normas principios -esta tipología de normas introducida, entre otros, por Dworkin (1989) y Alexy (2008), y abordada en trabajos amplios como el de Bernal Pulido (2014)-. Tal aprehensión por el ordenamiento jurídico, ha traído a colación un arduo debate sobre si éste último puede o debe ser compuesto de tal manera, a guisa de ejemplo se puede mencionar el conocido debate que existe entre Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado (*Vid:* el libro “Un debate sobre la ponderación” de autoría de ambos), quienes incluso han debatido en público y han grabado videos en los cuales debaten firmemente y de manera abierta a favor de sus respectivas posturas, no obstante, continúan siendo amigos como siempre (lo cual es laudable, en tanto así debe ser el debate académico, dicho sea de paso).

Pero tal reconfiguración del Derecho, de comprenderlo no sólo como un conjunto u ordenamiento de reglas jurídicas sino también de normas-principio, ya se había dado, en modo alguno,

en el viejo debate entre la justicia y la seguridad jurídica. Ya Recaséns Siches (1997) planteaba dicha cuestión, señalando que, cuando surgen conflictos entre la justicia y la seguridad, nos hallamos ante un caso superlativamente dramático, ya que, por una parte, no cabe duda de que el fin supremo del Derecho es la realización de la justicia y del séquito de valores por ésta implicados –y sólo cuando un Derecho cumple relativamente este fin aparece como justificado ante nuestra conciencia, y resulta obligatorio en conciencia-; pero, de otro lado, adviértase que ningún orden jurídico positivo –en tanto que obra humana- puede resultar absolutamente justo, a lo más a que se puede aspirar es a un Derecho relativamente justo, en la medida de lo posible y de lo viable. Esta limitación adquiere un sentido y un alcance decisivos, al contemplar los conflictos entre seguridad y justicia.

Por su parte, Perelman (1964) también había afrontado tal dicotomía, aunque no de manera directa y en los términos indicados, en tanto que el aborda el tema de la justicia, empero cuyas reflexiones muy bien se pueden representar o equiparar a lo aquí señalado. En su trabajo titulado “De la justicia” enseñaba que era posible construir un concepto de justicia formal (la que se reduce simplemente a la aplicación correcta de una regla), teniendo en cuenta los aspectos comunes de las diferentes fórmulas de la justicia que se habían dado a lo largo de la historia, señalando que el error en que incurrían cada una de dichas fórmulas es que trataban de oponer un concepto de justicia material o concreta, lo cual incidía, más bien, en las diferencias; empero, dicha concepción formal de la justicia necesitaba apoyarse de cara a la realidad, en algunos casos u ocasiones, en la equidad o razonabilidad, claro está en los términos que expone el autor. De esto se sigue, que no todo puede estar predeterminado en el sistema jurídico, aunque el mismo siempre debe tener esa pretensión.

La seguridad jurídica, de un parte, genera previsibilidad, certeza y estabilidad en las situaciones jurídicas subjetivas de los sujetos de derecho; y, por su lado, la justicia propugna un sentido comunitario de realización que necesariamente debe satisfacerse mediante el Derecho, para tener la sensación de eficacia y eficiencia del mismo. Sabemos muy bien por filosofía del derecho que la adscripción de uno u otro, importó la adscripción de ciertas corrientes de pensamiento iusfilosófico. Esta situación genera también una contradicción en el

Derecho, pues se ha discutido sobre esto bastante a nivel de la teoría o filosofía del Derecho, esto es, una teoría de la justicia: qué es lo justo o qué es justicia, el Derecho tiene que ver o no con la misma o es, más bien, sólo un valor jurídico, el norte, como la luna que guía al marinero.

Empero, al margen de ello, es conveniente señalar que, el primero proclama un derecho ordenado, organizado, previsto a priori, porque se cree en la capacidad de que se puede regular todo de manera anticipada; en cambio, el otro nos pone en un contexto de un derecho que debe ser espontáneo, en tanto la Constitución y su interpretación importa que haya una conexión a cada caso concreto, puesto que se debe buscar su realización concreta, entonces, se tiene un derecho que se va dando jurisprudencialmente, de caso en caso, de acuerdo a las exigencias y necesidades requeridas de la realidad que siempre es cambiante. Así, se da otra contradicción entre un derecho ordenado o espontáneo, o se debe procurar una coexistencia de ambos, de ser posible, aunque se mantiene dicha situación de contraste o paradójica. Nuevamente, si nos detenemos a pensar, un instante, también podremos advertir que, esta contradicción también se pone en evidencia, a través de la interpretación jurídica.

A la segunda postura o situación muy bien puede llamársele la inexactitud jurídica, debido a que *a priori* no se parte de reglas claramente definidas, con certeza sobre su contenido o norma jurídica o posibilidad de las mismas (esto en atención a la teoría del criticismo interpretativo), sino que, por el contrario se parte de una disposición en la que aún no se aprecia de manera cierta la regla o norma jurídica, sino que la misma, incluso, se debe construir o reconstruir a partir de la interpretación; esto es, se aprecia una textura abierta o imprecisa, inexacta en el Derecho.

Esta textura abierta del Derecho se aprecia a partir de este segundo tipo de normas jurídicas que son, precisamente, las normas-principio, contenidas principalmente en la Constitución o, de modo más acotado, en las disposiciones constitucionales que contienen los derechos fundamentales (las cuales tienen indeterminación no solo lingüística sino también normativa). Evidentemente, para ello se ha dado un replanteamiento en cuanto a la concepción de la misma Constitución entendiéndola como verdadera norma jurídica, así como la

generación de nuevos mecanismos para la protección o cumplimiento de la misma, como son los así llamados procesos constitucionales, con los cuales los jueces, a menudo tienen que ver en el quehacer judicial cotidiano.

5. Circunloquio de la tesis de la exactitud e inexactitud en el derecho

Como se ha podido advertir a lo largo de las líneas de este artículo hemos procurado dar a conocer este doble carácter de las normas jurídicas, es decir, que las mismas pueden brindar certeza y seguridad jurídica, si se quiere en su mayoría, empero que también es observable que, de otra parte, las normas pueden ser dúctiles, o sea, que no necesariamente *prima face* ofrezcan dicha certeza o seguridad jurídica en los términos de las normas reglas, sino que se muestran un tanto inciertas, empero para no emplear una expresión o expresiones que pudieran generar cierta susceptibilidad, es mejor hablar de estos dos aspectos como la “tesis de la exactitud jurídica” (o exactitud del derecho) y la “tesis de la inexactitud jurídica” (o inexactitud del derecho), ya que en el fondo ambas siempre buscarán la tutela jurídica de los derechos o intereses de los individuos, sólo que partiendo de una base distinta; las primeras (reglas) ofrecen mayor exactitud en cuanto a sus mandatos o contenidos, en cambio, las segundas (principios) se muestran más inexactas, empero ello no quiere decir que no tengan por cometido regular una situación conflictiva, etc.

Habíamos iniciado el presente artículo, señalando que no se duda de que los profesionales en derecho trabajamos con normas jurídicas, las cuales hoy en día, según vimos y que es de ya común conocimiento, son de dos tipos, ellas, en cuanto a su lógica y racionalidad ha replanteado las maneras de comprenderlas y operacionalizarlas, de tal modo, que, conforme a las exigencias de la realidad de las relaciones sociales contemporáneas, se requiere de ambas con la finalidad de lograr atender aquella de manera debida. Es decir, se requiere que, el derecho en ciertos aspectos sea exacto y, en otros tantos, sea no tan rígido o flexible, ciertamente inexacto.

De tal suerte que ambas tesis en la actualidad son necesarias en el Derecho. Los operadores jurídicos trabajan cotidianamente, en el día a día, con los dos tipos de normas jurídicas, por lo que, es conveniente que se sostenga la conveniencia de

que se acepte a las dos, son necesarias para el quehacer jurídico, por tanto, deben convivir o aceptarse la convivencia de las dos tesis; es pues tan necesaria la existencia de un grado de exactitud como de inexactitud en el Derecho, de acuerdo a que el derecho regula los diferentes supuestos de conductas, las cuales como fenómeno social son dialógicos, cambiantes, no son estáticos.

Conclusiones

Hay un nuevo escenario jurídico, como producto de la inclusión de un tipo de norma jurídica, como son las normas-principio, las cuales han replanteado la teoría de las normas jurídicas y del ordenamiento jurídico.

Por las exigencias de las relaciones sociales actuales que se manejan bajo el interés del aquí y ahora, así como por su vertiginoso incremento y dinámica producto del avance tecnológico, exigen que se acepten tanto la tesis de la exactitud e inexactitud del Derecho.

Referencias

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ascarelli, T. (2011). *Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores.
- Atienza Rodríguez, M. y García Amado, J. (2017). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis.
- Crisafulli, V. (2011). *Disposición (y norma)*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores
- Chiassoni, P. (2011). *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. En: Disposición vs. Norma. Palestra Editores
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- García Máynez, E. (2002). *Introducción al estudio*

- del derecho*. Editorial Porrúa.
- García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Zela Grupo Editorial.
- Guastini, R. (2011). *Disposición vs. Norma*. En: *Disposición vs. Norma*. Palestra Editores.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Abeledo - Perrot.
- Irti, N. (2003). *Introducción al estudio del derecho privado*. Editora Jurídica Grijley.
- Kantorowickz, H. (1964). *La definición del derecho*. Revista de Occidente.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, H. (2002). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Perelman, Ch. (1964). *De la justicia*. Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Pérez Luño, A. (2009). *Kelsen y Ortega - Positivismos Jurídico y Raciovitismo desde la cultura jurídica actual*. Cuadernos del Rectorado N° 15 - Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Recaséns Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- Scarpelli, U. (2021). *¿Qué es el positivismo jurídico?* Zela grupo editorial.