

# Controversia Hart – Dworkind: Reglas y Principios

Hart Vs. Dworkin debate: Rules and Principles

Alejandro Patiño Arango, Profesor titular Universidad de Caldas, Ph.D en Filosofia.

Recibido abril 04 de 2010, Aprobado mayo 25 de 2010

#### RESUMEN

Este artículo pretende revisar a Dworkind estableciendo las diferencias entre principios y reglas, dos nociones que nos permitirán confrontar el pensamiento jurídico de Dworkind y de Hart respectivamente. Para ello centraré la atención principalmente en el escrito de Dworkind, muy poco estudiado, ¿es el derecho un sistema de reglas?¹, pregunta que tiene un sabor kantiano cuando se cuestiona ¿es la filosofía una ciencia?

Ambas preguntas poseen una misma forma que conlleva inmediatamente a la duda. Para el caso de Kant es la duda que estuvo relacionada con la filosofía, duda que clarifica en la Crítica de la Razón Pura, cuando muestra que la filosofía no es una ciencia aunque trabaje con juicios sintéticos a priori. Una situación similar sucede con la concepción que tiene Dworkind del derecho al hacerse la pregunta sobre si el derecho es un sistema de reglas. Aquí la pregunta no es si el derecho es una ciencia, como lo hizo Kant, sino que la pregunta, a pesar de tener la misma forma, tiene un sentido metodológico relacionado con un sistema de reglas.

#### **Palabras Clave**

Principios, reglas, sistema de reglas, lenguaje, Derecho, luenguaje jurídico.

#### **ABSTRACT**

This article seeks to review Dworkin, establishing the differences between principles and rules, two notions that allow us to compare the legal views of Dworkin and Hart respectively. To this end, our focus centers on the inadequately studied writings of Dworkin to ask, is the Law a set of rules? A question that has a Kantian feel when asking, is Philosophy a science?

Both questions have the same form that immediately leads to doubt. In Kant's case it is the perplexity concerning philosophy, doubts that he clarifies in the Critique of Pure Reason, where he explains that philosophy is not a science even if one works with prior synthetic judgments. A similar situation occurs with the understanding that Dworkin has a right to question whether the law is set of rules. Here the question is not whether the law is a science as Kant did, however that the question in spite of having the same form, has a methodological implication related to a set of rules.

### **Key Words**

Principles, rule, rule system, lenguaje, law, legal lenguaje.

<sup>1</sup> DWORKIND, R. M. "¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?" En: Cuadernos de Crítica No. 5. México: Editorial UNAM, 1977. Originalmente este escrito aparece en 1967 en Law Review. No. 14. University of Chicago, con el título "The Models Of Rules". Posteriormente este escrito hace parte del Capítulo 2 de Los Derechos en Serio. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

## INTRODUCCIÓN

Retomando las preguntas planteadas, podemos decir que Dworkind coloca en duda que el derecho sea un sistema de reglas, es decir, si el derecho trabaia únicamente con reglas lo mismo que funcionan los juegos. Este tipo de reflexión nos conduciría a afirmar que el derecho es un juego y que para jugarlo bastaría sólo conocer las reglas como sucede con los diversos tipos de juegos como lo concibió Hart, lo mismo que se podría afirmar desde Wittgenstein: el derecho es una forma de vida. Sin embargo, la situación no es igual en todo sentido, por ejemplo, en nuestro vida cotidiana aplicamos de modo consciente o inconsciente el derecho sin tener conocimiento de las reglas que lo rigen, en el caso de los juegos tenemos que conocer conscientemente las reglas que rigen cada uno de los juegos para poder jugarlos. Los juegos funcionan con un sistema cerrado de reglas; en el derecho hay muchas situaciones o acciones que realizan los individuos en su vida cotidiana que se salen del marco de las reglas del derecho, y en este caso nos encontraríamos en una situación difícil para poder tomar la decisión que sea la adecuada a la situación específica. Por ello, lo que trata de mostrar Dworkind consiste en que no podemos reducir el derecho a sólo un sistema de reglas, concepción que se le atribuye a Hart y especialmente a los positivistas jurídicos. Dworkind introduce la noción de principio, quedando abierto el camino que lo lleva a terrenos iusnaturalistas. En el escrito mencionado nos vamos a encontrar con la controversia entre los positivistas jurídicos y los iusnaturalistas.

El escrito de Dworkind se encuentra dividido: preguntas desconcertantes, positivismo, reglas, principios y políticas, los principios y el concepto de derecho, la discrecionalidad, la regla de reconocimiento. Para su estudio hay que tener presente que este escrito es de 1967 y que el blanco directo de las críticas es Hart, especialmente su obra El Concepto de Derecho. También no hay que olvidar que Dworkind fue sucesor de Hart en la cátedra de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford y además, fue uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. Nos movemos, entonces, en un ambiente filosófico influenciado por la filosofía de Wittgenstein y de J. L. Austin: el primero de Cambridge y el segundo de Oxford.

Digamos que la anterior es una filosofía jurídica que tiene un hilo conductor con la concepción filosófica del lenguaje ordinario de los dos filósofos mencionados. También vale la pena resaltar en este momento que la concepción de Dworkind nos conduce al camino de la moral al introducir la noción de los principios¹. De manera general digamos que la concepción de Dworkind está en contra de aquellos quienes critican el derecho natural, especialmente contra Bentham quien consideraba que el derecho natural era un disparate en Zancos, por ello Dworkind recupera los derechos individuales.

Comienza Dworkind mostrando cómo los abogados usan expresiones como derecho subjetivo, obligación jurídica y con base en estas expresiones realiza demandas y reclamaciones sin comprender realmente el significado de las expresiones, teniendo un conocimiento débil de su semántica. Pero aquí más que su semántica interesa su uso, la gran mayoría de las veces usamos expresiones de las que no tenemos un significado preciso. Hasta cierto punto, pienso, que en el Derecho sucede lo mismo que en las ciencias: hay que partir de términos primitivos que no necesitamos definir, de lo contrario, nos encontraríamos en situaciones embarazosas, estaríamos en el camino de la regresión ad infinitum.

De la misma manera que nos encontramos en terrenos de no fácil comprensión a nivel de las expresiones mencionadas, también estamos en la misma situación cuando estamos a nivel de los problemas filosóficos del derecho, cuando nos hacemos preguntas como: ¿qué es el derecho?, ¿cómo se decide en un pleito jurídico cuál de las partes tiene razón?, ¿por qué el derecho es una cuestión de obligación jurídica?, ¿cuál es la relación entre el derecho y la moral?, ¿tenemos las mismas razones para cumplir nuestras obligaciones jurídicas que nuestras obligaciones morales?2 Las anteriores preguntas las podemos ubicar en el campo de la reflexión filosófica y no en el campo del derecho mismo, es ahí cuando hablamos de filosofía del derecho y no de la aplicación del derecho de modo mecanicista como la hacen la mayoría de los abogados en su ejercicio profesional: en tal caso bastaría aplicar las reglas y

<sup>1</sup> HARE, R. M. El Lenguaje de la Moral. México: Editorial UNAM, 1975. pp. 61-80.

<sup>2</sup> Op. Cit.

hacer las inferencias de manera adecuada y pertinente para fundamentar un pleito jurídico. Pero este no es el caso de estos filósofos del derecho, que más que juristas son filósofos. Por ello las preguntas anteriores que tienen un corte filosófico no tienen una respuesta fácil ni precisa, no hay respuestas cerradas a estas preguntas, ya que la misma pregunta es una pregunta abierta, son preguntas que nos alejan de posiciones mecanicistas, son preguntas insolubles, pero no por ello se escapan a la posibilidad de ser analizadas. Estas preguntas para un positivista serían dejadas a un lado, o tal vez mandadas a la hoguera, como lo concibió Hume con la metafísica.

Según Dworkind, el positivismo jurídico aplica sólo las normas y soslaya los principios, dice Dworkind:

Aún en los casos claros (el asaltante de bancos o el que voluntariamente incumple un contrato), cuando estamos seguros de que alguien tiene la obligación jurídica y no cumple con ella, no tenemos la capacidad de dar una explicación satisfactoria de lo que ello significa o del porqué da al Estado el derecho de castigarlo o de coaccionarlo. Podremos estar seguros de que hacemos lo correcto, pero mientras nosotros no identifiquemos los principios que seguimos en dichos casos, no podremos estar seguros de que dichos principios sean suficientes o de si estamos aplicándolos consistentemente. En casos menos claros, cuando la cuestión de si cierta obligación ha sido o no incumplida es por alguna razón controvertida, aumenta el embate de estas preguntas perturbadoras y nuestra responsabilidad para encontrar respuesta se profundiza3.

El paisaje que se observa en este horizonte es el de los casos fáciles y el de los casos difíciles; un positivista aplicaría las normas y de este modo estaría dentro del sistema jurídico, sin plantearse ninguna pregunta difícil como las mencionadas arriba, más aún si el caso es de fácil decisión como sucede con el asaltante de bancos o con el individuo que ha contraído una obligación y en los casos difíciles con cierto grado de discrecionalidad aplicaría las normas. Pero fijémonos que esta no es la concepción de Dworkind quien para los casos fáciles hay que acudir a los principios. El mismo lo dice

cuando se pregunta por los principios que conducen a un juez a condenar a un individuo x a ser llevado por un determinado tiempo a la cárcel. Lo que se quiere decir, simplemente, consiste en que tanto los casos fáciles como los difíciles deben estar respaldados por principios. Si bien se deben aplicar las reglas, estas deben estar respaldadas por los principios, entrando en este momento las preguntas filosóficas y a las relaciones del derecho con la moral.

Sin embargo, hay ciertos juristas que optan por una posición nominalista al concebir que términos como 'derecho subjetivo', 'obligación jurídica' son mitos, inventados simplemente por una mezcla de motivos conscientes o inconscientes. Son enigmas que no poseen ninguna claridad, sin ninguna solución ni existencia real. Razón por la que nos tendríamos que liberar de ellos, para evitar que el derecho este contagiado de la metafísica. Esta posición tiene gran influencia desde G. de Ockham con su concepción nominalista que lo lleva aplicar su famosa navaja que dice: "Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem", no hay que multiplicar los seres si no hay necesidad de multiplicarlos, o como lo dice Dworkind haciendo referencia a los nominalistas: "Mejor haríamos si nos libráramos de tales enigmas y conceptos y persiguiéramos nuestros importantes objetivos sociales sin este exceso de equipaje"<sup>4</sup>. Esta posición nominalista está muy cerca de la concepción filosófica de Meinong<sup>5</sup> quien distingue entre seres que tienen existencia y seres que subsisten y que fue la concepción adoptada por Russel en Los Principios de las Matemáticas de 19036, posición de la cual se distanció posteriormente cuando introduce la teoría de las descripciones7.

Al contrario de la posición de los nominalistas, la concepción de Dworkindes una crítica a esta concepción, ya que antes de concebir qué términos como derecho y obligación jurídica sean mitos, hay que definirlos antes de realizar una clasificación. Sin embargo, cuando nos hacemos estas preguntas entramos en el campo de las

<sup>4</sup> Ídem., p. 7.

<sup>5</sup> MEINONG, A. Teoría del objeto y Presentación personal. Buenos Aires: Editorial Miño y Dàvila, 2008.

<sup>6</sup> RUSSELL, B. Los Principios de las Matemáticas. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1983.

<sup>7</sup> RUSSELL, B. "Introducción a la Filosofía de las Matemáticas". En: Obras Completas. Madrid: Editorial Aguilar, 1973. Tomo II.

<sup>3</sup> Ídem, pp. 6-7.

preguntas desconcertantes de las que hablamos antes. Pero se puede superar esta situación de desconcierto acudiendo a la noción de uso de estos conceptos y de las implicaciones que tiene esta noción. Esto nos lleva a una posición pragmática de los términos jurídicos, lo cual significa que antes de realizar una clasificación de lo términos del derecho se debe encontrar una definición a través de la noción de uso y luego se puede realizar la clasificación. No podemos montar a caballo sin tener un caballo, como no podemos decir que los términos jurídicos son mitos sin decir que son, la definición es previa a la clasificación. Según Dworkind, los nominalistas están haciendo referencia a la jurisprudencia mecánica que consiste en un conjunto de reglas intemporales, las cuales se encuentran almacenadas, lo mismo que las teorías científicas según Popper, en un mundo conceptual específico dónde esperan allí, para ser descubiertas; igual cosa sucede con la obligación jurídica que consiste en una especie de cadenas invisibles que nos atan de manera misteriosa. Como lo muestra Dworkind este tipo de jurisprudencia se encuentra enjaulada y no funciona en la práctica de la jurisprudencia como sucede cuando nos encontramos en la situación de los casos difíciles: por ello no es un adicto de la jurisprudencia mecánica, dice: "De cualquier modo, es claro que la mayoría de los juristas no tienen nada de esto en mente cuando hablan de derecho y de la obligación jurídica"8. Las reglas no pueden estar aisladas del funcionamiento terrenal de los casos y de las acciones de los individuos en la vida cotidiana; son temporales, cambian, evolucionan, son históricas. De lo contrario, tendríamos que permanecer con las mismas normas como si estuviéramos en un paraíso jurídico con ángeles sin ningún pecado, estaríamos en el cielo utópico de la jurisprudencia en un puro estado adámico.

Sin embargo, no podemos dejarnos llevar por la concepción de los nominalistas y excluir del ejercicio jurídico términos como 'derecho' y 'obligación jurídica', ya que estos términos hacen parte del funcionamiento cotidiano de la jurisprudencia, no se pueden ignorar o dejarlos, como dice Dworkind, como se deja el cigarrillo o el sombrero. Además, porque el cigarrillo y el sombrero son externos a los seres humanos, en cambio los términos jurídicos, del mismo modo que el lenguaje, hacen parte de la estructura interna de la sociedad. Entonces, al encontrarse en una situación

casi desesperada les queda a los nominalistas hacer un análisis del derecho según la concepción clásica, la cual se diferencia claramente de la concepción de J. Austin el jurista del siglo XIX, la cual denomina Dworkind como "Positivismo" y que tiene una gran influencia en los juristas del siglo XX. De esta reflexión se pueden diferenciar la concepción ideacionista del derecho, la concepción clásica en la cual caen los nominalistas, la concepción positivista y la concepción del derecho fundamentada en los principios como sucede con Dworkind al criticar la concepción jurídica de Hart.

Vamos a exponer en seguida la concepción de Dworkind y las críticas que a través de su concepción le realiza a Hart, críticas que encontramos en sus diferentes obras.

## Reglas, principios y políticas

Siguiendo el escrito de Dworkind "¿Es el derecho un sistema de reglas?", nos damos cuenta que su concepción jurídica se centra en la noción de "principio", la cual se diferencia claramente de la noción de reglas y de la noción de propósito o de políticas. Con base en esta trilogía dispara sus críticas al Positivismo9, el cual se fundamenta en:

- 1. El derecho es un conjunto de reglas con el fin de determinar que conductas deben ser castigadas o coaccionadas por el poder público. Reglas las cuales se fundamentan en la prueba del pedigrí.
- 2. El conjunto de estas reglas jurídicas válidas comprenden lo que es el derecho. En caso de que se presentase un caso de que no se encuentre dentro de estas reglas, el juez puede ejercitar cierta discreción. Esta discreción está un poco más allá del derecho que lo guía en la construcción de una nueva regla jurídica o que suplemente una antigua.
- 3. Decir que alguien tiene una 'obligación jurídica' es afirmar que su caso está subsumido por una regla jurídica válida, la cual lo obliga a hacer o no hacer algo. Esto implica que si no hay regla jurídica, entonces no hay obligación jurídica.

Estos tres puntos corresponden a la estructura de la

<sup>9</sup> BOBBIO, N. El Problema del Positivismo Jurídico. No. 12. México: Editorial Fontamara, 1997.

<sup>8</sup> Ídem., p. 8.

concepción de los positivistas, el contenido es puesto por las diversas concepciones de lo diferentes autores positivistas como sucede en el caso de Austin y de Hart, diferencias que hemos mostrado en páginas anteriores.

eran, je toda

## Críticas al Positivismo

Dworkind es claro en afirmar que va a realizar varias críticas a los positivistas jurídicos a través de las críticas que le hace a Hart de manera particular. Para ello introduce dos aspectos centrales en el análisis como son la noción de 'principio' y la noción de 'los casos difíciles', nociones que no tienen cabida dentro del esquema de los positivistas, ya que según Dworkind: "El positivismo, argumentaré, es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de única prueba fundamental de lo que es derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas"10. Evidentemente desde esta perspectiva tenemos que afirmar que el positivismo jurídico está sometido a la jurisprudencia mecánica de las reglas y que no tiene en cuenta las políticas ni los principios. Al estar sometidos sólo a las reglas (normas) se cae en cierto mecanicismo jurídico que funciona casi de manera inercial.

A pesar del interés de Dworkind por los principios, establece una diferencia entre los principios y la política o las directrices.

La política consiste en una clase de patrón determina una meta para ser alcanzada, de manera general, una mejoría en el aspecto económico, político, o social de la comunidad. Los principios consisten en el modelo que debe ser observado, no porque asegure los objetivos de la política, sino porque es una cuestión de justicia y de equidad o de alguna cuestión de moralidad. Esto nos lleva a pensar que la concepción de Dworkind se acerca más a la moralidad y la concepción de los positivistas a una exclusión de esta. Por ejemplo, el patrón de que los accidentes automovilísticos tienen que ser reducidos es una política y el patrón de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos es un principio. Es muy diferente una norma de un principio y de una política o directriz. Ahora bien, la diferencia entre política y principio puede desaparecer cuando los

principios tienen metas sociales. Sin embargo, Dworkind concentra sus reflexiones estableciendo la distinción entre principios y reglas. El problema se presenta cuando hay casos o acciones de la vida cotidiana que no pueden ser acogidos por las normas o cuando hav casos que pueden ser subsumidos por las normas, pero detrás de ellos hay principios que tienen que ser aplicados para mantener la equidad y la justicia como sucedió en 1889 con el caso Riggs-Palmer. Como lo dijimos antes este tipo de casos corresponden a los casos difíciles. El principio "nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos" permite aplicar el principio de equidad cuando la regla se aplica al pie de la letra. El caso Riggs vs. Palmer sucedió en Nueva York en 1989 y consiste en que un tribunal tiene que tomar una decisión, la cual puede ser tomada con base en reglas o con base en principios, dice Dworkind: "En 1989 un tribunal de Nueva York, en el famoso caso Riggs vs.

Palmer, tuvo que decidir si un heredero nombrado en el testamento de su abuelo podía heredar bajo ese testamento, aún cuando él había asesinado a su abuelo para heredarlo"<sup>11</sup>.

La pregunta que surge inmediatamente es si el heredero tiene derecho a la herencia legalmente, aquí nos movemos en dos situaciones diferentes: la primera consiste en que legalmente tendría derecho a la herencia y que una cosa sería la herencia y otra el asesinato cometido; la segunda consiste en que no tiene derecho al aplicar el principio mencionado: "nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos". En el primer caso, si el tribunal aplica las reglas a raja tabla tendría que decidir que el nieto tendría derecho a la herencia que le dejó su abuelo según testamento. En este momento, el tribunal estaría aplicando justicia de un modo formalista o positivista, estaría tratando las acciones humanas como si estas fueran un juego, para nada tendría en cuenta los principios.

En este caso se puede decir que no se necesitarían jueces, que sólo bastarían las reglas, las cuales funcionarían como una maquinaria jurídica. Sería un derecho sin carne y hueso, es decir, sin subjetividad o sin seres humanos, no habría justicia. En el segundo caso, la situación sería distinta, el tribunal tomaría la decisión con base en principios, los cuales rigen la justicia y la equidad, razón por la cual el tribunal decidió

<sup>10</sup> Ídem., p. 18.

<sup>11</sup> Ídem., p. 19.

con base en principios.

Tanto los principios como las reglas son modelos que rigen casos particulares en situaciones determinadas. Pero se diferencian en que las reglas se aplican en todo o nada, nunca se aplican en parte, dice Dworkind: "Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión"12. Pienso que en esta concepción se presenta la noción de ajuste que desarrolla ampliamente Searle en su escrito La Taxonomía de los Actos Ilocucionarios y en Austin en su escrito Cómo hablar. No obstante, hay que tener claro que en las reglas se presenta de modo direccional la noción de ajuste, las reglas dirigen los hechos y estos se acomodan a las reglas, en este caso podemos hablar de la validez de las reglas; al contrario en el caso de que los hechos no se acomoden a las reglas no podemos hablar de validez de éstas como sucede con los casos difíciles, en los cuales los jueces se ven en la imperiosa necesidad de de adoptar la discrecionalidad. Las reglas jurídicas se aplican como las reglas de los juegos: en todo o en nada. Al contrario, los principios funcionan de modo diferente a las reglas, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan lógicamente o de manera necesaria. Una cosa es el respeto que se le tiene a los principios y otra cosa muy diferente consiste en que estos principios pueden no aplicarse jurídicamente, ya que el juez no se encuentra obligado a aplicarlos; por ello puede suceder que las personas se beneficien de sus propios actos ilícitos, pero que está de acuerdo al derecho, es decir, de acuerdo a las normas según la concepción positivista. Esto significa que los principios pueden no hacer parte de un sistema jurídico.

Con base en la distinción que se presenta entre racional y razonable debemos decir que las reglas son racionales y los principios son razonables, en los principios siempre hay razones que justifican su aplicación, pero estas razones no obligan su aplicación; por ello un juez puede optar por una posición positivista y estaría obrando en derecho; pero no está obrando en justicia.

No significa que siempre se tienen que aplicar los principios, ya que en los casos fáciles se pueden aplicar las reglas y se obra tanto en derecho como en justicia. Por ello, pienso que las reglas tienen que ver con el derecho y los principios con la justicia. Visto de este modo, de nuevo nos vemos en la obligación de afirmar que la moral puede no ser tenida en cuenta por una posición como el positivismo jurídico; en cambio, es un punto de apoyo y palanca de la justicia, dice Dworkind:

Palabras como 'razonable', 'negligente', 'injusto', y 'significativo', a menudo realizan exactamente esta función. Cada uno de estos términos hace que la aplicación de las reglas que los contiene dependa, en alguna medida, de los principios y políticas que están más allá de las reglas, y, de este modo, hacen que esta misma regla sea más parecida a un principio<sup>13</sup>.

Una diferencia entre los principios y las reglas consiste en que los principios poseen una dimensión de peso o importancia entre ellos, dimensión que no se presente entre las reglas. La dimensión de peso es de gran importancia cuando dos principios entran en conflicto, quien resuelve el caso debe, para su decisión, tener presente la importancia o el peso del principio. Observemos que esta dimensión no puede ser tenida en cuenta a nivel de las reglas, suena como un sinsentido afirmar que una determinada regla es más importante que otra, otra cosa muy diferente consiste en que una regla cumple una función mayor que otra, o tiene más extensión o es más específica en el sentido de la regulación de la conducta; pero dentro del sistema de reglas no hay una regla que sea más importante que la otra, más bien hay que decir que cada regla cumple su función. En el caso de que dos reglas entren en conflicto, una de las dos es una regla válida, validez que se decide por medio de otras reglas que dan preferencia a la regla emitida por la autoridad más alta o a la regla emitida recientemente o a la regla más específica o a la regla apoyada por principios como muy bien lo muestra Dworkind: correspondería a reglas secundarias que hacen que determinadas reglas sean válidas.

A pesar de que en algunas ocasiones los principios y las reglas se pueden confundir, las diferencias mostradas nos ayudan a establecer una línea tangencial que divide ambos horizontes, esta línea nos permite divisar el campo de la moral a partir de los principios y una exclusión de la moral a partir de las reglas.

La exclusión de la moral a partir de las reglas tiene sus principales exponentes con los Positivistas Lógicos, ya que este tipo de conocimiento se encuentra fuera del conocimiento científico. Esta tesis influye en los Positivistas Jurídicos para quienes los principios no cumplen una función trascendental en la estructura del ordenamiento jurídico.

## Los principios y el concepto de derecho

A pesar de las diferencias entre las normas y los principios, la adopción de estos últimos pueden ser fundamentales para la creación de nuevas reglas, caso en el cual es posible afirmar que los principios son la fuente de justificación de las reglas como sucedió con el caso Riggs en el que la regla no tuvo comienzo jurídico hasta el momento en el cual el tribunal no tomó la decisión definitiva, aplicando el principio: "Nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos". Con base en este principio se podría aplicar con tranquilidad de conciencia las reglas que rigen los testamentos. Esto conduce a Dworkind a destacar la importancia que cumplen los principios en la toma de las diferentes decisiones jurídicas y para ello menciona dos caminos que pueden seguirse:

- 1. Cuando se conciben los principios cumpliendo una función similar a la de las reglas, y,
- 2. Concebir que los principios cumplen una función muy diferente a la de las reglas.

En el caso (1) los principios tienen que ser aplicados de manera obligatoria como son aplicadas las reglas: pero en el caso (2) los principios no poseen el mismo carácter de obligatoriedad que tienen las reglas. En el caso (1) no hay presencia de la libertad, como sucede en el caso (2), ya que el juez va mucho más allá de las reglas jurídicas, inclusive aplicando principios que tienen que ver con la moralidad, como sucede en el caso Riggs, principios extra-jurídicos. Ambos caminos son muy diferentes y tiene grandes consecuencias para el estudio de un sistema jurídico. Las siguientes palabras de Dworkind nos ayudan a la aclaración: "Decimos a alguien que tiene como regla el hacer algo, cuando ha escogido seguir una práctica [...]. Aceptar una regla como obligatoria es muy diferente de tener como regla hacer algo"14. Nos encontramos al frente de

dos situaciones muy diferentes. En caso de 'tener como regla' no se sigue que siempre se realice la acción que sea ha realizado de modo repetitivo y que por costumbre se ha convertido en regla, es posible que no se realice la acción y no por ello se está violando una regla jurídica. aunque se le realicen algunas críticas; guizás este tipo de situación tiene que ver más con el comportamiento cotidiano de los individuos en su comunidad, pero no se le puede decir que está realizando algo malo. Tiene que ver más con la libertad que con la obligación. Hacer algo repetitivamente no quiere decir que se convierta en algo que, de manera obligatoria, hay que seguir realizando, encontrándonos en la situación 2), el criterio en este caso es la libertad. En cambio, el primer aspecto es obligatorio para los jueces, de modo que se equivocan cuando no aplican estos principios, el segundo camino es ir más allá del derecho v encontrar principios que se pueden aplicar, según la decisión de los jueces, pero que no están obligados a aplicar cuando se quedan en el caso 1). Como decíamos en el caso 1) nos movemos a nivel de la obligatoriedad, en el caso 2) nos movemos a nivel de la libertad.

Según Dworkind, el manejo de la discreción judicial se presentaría en el caso 2) y con la segunda característica que les atribuye a los positivistas cuando se presentan casos particulares que no caben dentro de la regla, dice Dworkind:

En mi diagrama radiográfico del positivismo, previamente construido, he enlistado la doctrina de la discreción judicial como la segunda tesis. Los positivistas sostienen que cuando un caso no es cubierto por una regla clara, el juez debe ejercitar su discreción para decidir ese caso, mediante lo que equivale a una nueva legislación. Ahora nos podemos preguntar teniendo como punto de partida las dos nociones de principio podemos aplicar la discrecionalidad? 15

En este momento Dworkind entra a analizar la noción de 'Discreción'.

# Los principios y la discreción

Para establecer la función que cumple la noción de

<sup>14</sup> Ídem., pp. 29-30.

<sup>15</sup> DWORKIND, D. "¿Es el Derecho...?" (supra, n. 1), p. 43.

'Discreción' en el sistema jurídico, el autor introduce la noción general de discreción para explicar en seguida tres usos que se hacen de esta noción en el sistema jurídico: dos en sentido débil y un tercero en sentido fuerte.

La noción general está tomada de la manera como las personas en la vida cotidiana se comportan en muchas ocasiones de un modo discrecional, esto sin saber teóricamente en qué consiste la discreción. Pienso, que la categoría de discreción tiene un funcionamiento en el contexto respectivo, lo que hace que sea esencialmente un término pragmático, dice Dworkind: "El concepto de discreción es adecuado solamente en un tipo de contexto: cuando alguien está, en general, encargado de tomar decisiones sujetas a patrones establecidos por una autoridad determinada"16. Encontramos en esta descripción de la noción de 'discreción' su carácter esencialmente pragmático, ya que se da en un sujeto (una persona o un juez), que sea la persona competente y no en cualquier persona, que se encuentra en determinadas circunstancias y que debido a esto puede tomar o no decisiones o realizar el acto de habla que sea necesario, según la circunstancia. Esta persona se encuentra revestida de una autoridad determinada. Las decisiones o los actos de habla están restringidos por los patrones generales o modelos generales que hacen que la autonomía que se ejerce en ese momento este regida por reglas. Esto hace que cuando los individuos hacen uso de esta noción son libres de hacerlo, pero esto no significa que no se encuentren determinados por reglas. La discreción tiene sus límites, la discreción es controlada, no debe ser nunca caprichosa. Dice Dworkind: "La discreción, como el hoyo de una dona, no existe sino como un área abierta rodeada por un cinturón de restricciones" 17. Es una discreción bajo una autoridad y bajo ciertos patrones, lo cual significa que la discreción es pragmática, es relativa al momento el que se usa y se aplica el término. Se observa que Dworkind afirma que la discreción no existe, lo que existe son las reglas, y la discreción como 'el hoyo de una dona' no existe, sino que es potestad de un funcionario con su "buen juicio" que la puede aplicar en el momento que no es posible aplicar las reglas a un caso concreto. Sin embargo, la discreción no consiste en que el funcionario pueda tomar la decisión que quiera, no es

esto posible, ya que la decisión que tome está rodeada por el contorno de las reglas.

Fijémonos que se presentan dos ingredientes en la "discreción": primero, el contexto y en un segundo lugar, el buen juicio, el cual debe estar fundamentado con buenas razones para la toma de la decisión, buenas razones que sirven tanto para el razonamiento moral como para el razonamiento jurídico como muy bien lo concibe S. Toulmin¹8.

El buen juicio del funcionario contribuye, muy especialmente, cuando el contexto no es claro para tomar una decisión. Por ejemplo, este tipo de discreción se presenta cuando el teniente ha ordenado al sargento que elija los cinco hombres más experimentados para patrullar, siendo difícil determinar cuáles eran los cinco hombres más experimentados. En esta situación el sargento, con su buen juicio, tiene buenas razones para realizar la selección de los cinco hombres. Lo que significa que para realizar la selección adecuada se deben tener buenas razones o lo que Dworkind denomina el buen juicio, pero esta elección es realizada por el sargento, es decir, es discreción del sargento. Dworkind, también, concibe otro tipo de discreción débil que consiste cuando un funcionario puede tomar una decisión, siendo la autoridad final, sin que ningún otro funcionario pueda intervenir de ninguna manera en esta última decisión. Esto se presenta cuando el funcionario hace parte de un sistema ordenado en forma de jerarquía.

Además, de los dos sentidos débiles de discreción, Dworkind concibe un tercer sentido que consiste en el sentido fuerte del término. Aquí ya no estamos a nivel de los dos sentidos débiles que acabamos de mencionar: el del buen juicio y el de la decisión tomada por el último funcionario en la jerarquía, decisión que no puede ser revisada por ninguno otro. Estamos a nivel de la discreción en sentido fuerte, la cual consiste en que el funcionario no se encuentra sometido a ninguno de estos criterios: ni a la autoridad del juicio ni a la jerarquía, dice Dworkind: "Usamos este sentido no para comentar sobre la vaguedad o dificultad de los patrones, o sobre quien tiene la última palabra al aplicarlos, sino sobre su

<sup>16</sup> Ídem., p. 32.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> TOULMIN, S. El Puesto de la Razón en la Etica. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

alcance y las decisiones que ellos pretenden controlar"19. Este tipo de discreción en sentido fuerte no quiere decir que la persona tenga una licencia ilimitada para tomar la decisión que quiera o la decisión caprichosa que se le venga en gana o la decisión a la suerte; no significa tener licencia para hacer lo que quiera, ya que según Dworkind la decisión que va a tomar está mediada por ciertos patrones de racionalidad, por la equidad v por la efectividad. El funcionario, también, está determinado por la sensatez y por la equidad y por su buen juicio. Es una especie de forma de libertad racional, aquí el funcionario se encuentra en el centro de la dona, es el caso del árbitro cuando toma una decisión, se le puede criticar, pero no porque no haya tomado una decisión. sino por haberla tomado de una forma incorrecta, por haberse equivocado.

Para Dworkind la decisión en sentido fuerte se encuentra mediada por los principios, tesis con la que no están de acuerdo los positivistas, quienes conciben que los principios sean equivalentes a reglas<sup>20</sup>.

Pienso, entonces, que concebido el derecho a lo Hart es concebir un sistema cerrado y ciego; concebirlo a lo Dworkind es concebir un derecho abierto y razonable. Pasamos del derecho cerrado y dogmático al universo del derecho abierto y humano de Dworkind.

Para concluir, por lo menos estas breves reflexiones, voy a resumir ambas concepciones con base en el análisis que realiza el jurista Argentino Genaro Carrió en sus libro *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*<sup>21</sup> y a la vez explicar su posición. Según Carrió el modelo positivista a lo Hart, se caracteriza por los siguientes puntos:

1. El derecho de una sociedad está constituido por un conjunto de reglas similar a las reglas que rigen el tránsito de una ciudad. Se aplican a la manera: "todo o nada". Si los hechos están dentro de la norma pueden ocurrir dos cosas: o bien la norma es totalmente válida, puede predecir los resultados; o bien no lo es, nada tiene que ver con la decisión del caso. Es por ello que se dice que las normas se aplican en todo o en nada.

- 2. Al identificar una norma como válida, simplemente, lo que hacemos es mostrar que cumple con la regla suprema o con la regla de reconocimiento, identificamos su pedigrí, esto es la manera como han sido adoptadas.
- 3. El derecho de una sociedad, solamente, está integrado por reglas y no por principios.
- 4. Cuando los jueces se encuentran con un caso que no está dentro de la reglas pueden adoptar la discreción como pauta jurídica.

En conclusión, esta concepción del derecho limitada como una simple sumatoria de reglas, ignora tajantemente la noción de principios, entendidos como normas, propósitos, objetivos, conjunto de reglas de un sistema. Dice Carrió:

Sólo si admitimos que los principios integran el derecho y desempeñan en él un papel central podremos hacer justicia a la complejidad de aquél y representarnos adecuadamente la tarea de los jueces, quienes están siempre guiados por principios jurídicos y únicamente ejercen discreción en un sentido muy trivial de esta palabra. El positivismo, con su "modelo de reglas", nos proporciona un modelo empobrecido y una visión distorsionada de la labor judicial. Ello ocurre porque se asoma a los fenómenos desde una perspectiva artificialmente estrecha<sup>22</sup>.

Como óntica a la concepción positivista Hart, Dworkind concibe el derecho caracterizado por principios, así:

- A. El derecho de una comunidad es la sumatoria de reglas más principios.
- 1. Los principios no rigen un comportamiento específico como sucede con las reglas, los principios trazan políticas o propósitos, las cuales no son rígidos.
- 2. Los principios no son aplicables como se aplican las reglas: "todo o nada", dan una razón para actuar de un manera determinada.
- 3. Los principios poseen una dimensión de peso o de importancia
- 4. El famoso test del pedigrí no sirve para identificar un principio, sólo es útil para identificar las reglas.

<sup>19</sup> Ídem., p. 34.

<sup>20</sup> RENTERÍA, A. Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad. México: Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002.

<sup>21</sup> CARRIÓ, G. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1994.

<sup>22</sup> Ídem., p. 219.

- B. La sumatoria de reglas y principio excluye la discreción judicial.
- C. Se debe observar que no sólo las reglas rigen obligaciones, estas pueden ser regidas por los principios.

En la concepción relacionada con los principios no hay lugar para la regla de reconocimiento, dice Dworkind: "Este modelo 'antipositivista', que presenta como idea central la de que 'los principios' son parte del derecho, cancela la útil distinción entre las fuentes formales y materiales de aquél y lo disuelve en un continuo de factores e ingredientes sociales. No hay lugar o papel para la regla de reconocimiento"<sup>23</sup>.

### REFERENCIAS

BOBBIO, N. El Problema del Positivismo Jurídico. No. 12. México: Editorial Fontamara, 1997.

CARRIÓ, G. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1994.

DWORKIND, R. M. "¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?" En: Cuadernos de Crítica No. 5. México: Editorial UNAM, 1977.

HARE, R. M. El Lenguaje de la Moral. México: Editorial UNAM, 1975

MEINONG, A. Teoría del objeto y Presentación personal. Buenos Aires: Editorial Miño y Dàvila, 2008.

RENTERÍA, A. Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad. México: Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002.

RUSSELL, B. Los Principios de las Matemáticas. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1983.

RUSSELL, B. "Introducción a la Filosofía de las Matemáticas". En: Obras Completas. Madrid: Editorial Aguilar, 1973.

TOULMIN, S. El Puesto de la Razón en la Ética. Madrid: Revista de Occidente, 1964