

# **UN ACERCAMIENTO A LOS DERECHOS EN SERIO: SOBRE EL MODELO DE REGLAS UNO DE RONALD DWORKIN**

*Tatiana Díaz Ricardo<sup>1</sup>*

*Edir Mercado García<sup>2</sup>*

En el modelo de reglas uno Dworkin se dedica a dos asuntos principales: atacar la teoría del positivismo jurídico, concretamente la teoría del derecho de H.L.A Hart, y a fundamentar el carácter normativo de los principios jurídicos. O más específicamente a atacar los dogmas centrales del positivismo jurídico evidenciando su silencio o equivocación frente a normas como los principios de derecho.

Dworkin inicia evidenciando la confianza de los abogados en los conceptos derecho jurídico y obligación jurídica, los cuales a menudo son usados sin comprender muy bien su significado. Esto se contrapone con la trascendencia de las decisiones que se toman a diario teniendo como respaldo el derecho, y más específicamente su coerción. Por ello, plantea la necesidad de tener claridad sobre el concepto de derecho y obligación jurídica.

El autor identifica los principios esenciales del positivismo así:

a) "El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas

directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos." Estas normas pueden ser identificadas por criterios que no se relacionan con su contenido sino con su origen.

- b) El concepto de derecho se agota en las normas jurídicas válidas (ley). Si surge un caso que no es cubierto claramente por la ley, este se resuelve sin aplicar la ley, esto es a discreción del funcionario.
- c) Las obligaciones jurídicas nacen exclusivamente de las normas jurídicas.

Con posterioridad explica las teorías del derecho de Austin y de Hart, considerando que la de Hart es más evolucionada y rigurosa. En primera medida Hart identificó diferentes géneros lógicos de normas, las normas primarias y las secundarias. Las normas primarias son las que aseguran derechos e imponen obligaciones a los miembros de una comunidad y las secundarias, las que estipulan cómo y por obra de quienes se pueden formar, reconocer, modificar o

---

1 Abogada, Magister en Derecho, Doctoranda en Derecho. Docente de la Universidad de Cartagena, y la Universidad Libre, Sede Cartagena.

2 Abogado, Magister en Derecho. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena.

extinguir las normas primarias. Asimismo, elaboró una teoría general de normas que no hace depender la autoridad de éstas de la fuerza física de sus autores (como en Austin), sino de criterios de a) aceptación y de b) validez. La aceptación implica que quienes cumplen la ley la reconocen como obligatoria y justificadora de su conducta obediente, y la validez que la norma fue creada de la forma estipulada por una norma secundaria. En términos de Hart, las normas son obligatorias porque son aceptadas o son válidas. Y explica que la única norma cuya obligatoriedad depende de su aceptación es la regla de reconocimiento. Verificar la aceptación de la regla de reconocimiento exige observar de qué manera se conducen los ciudadanos y los argumentos decisivos para la toma de decisiones o críticas.

Luego entonces la regla general de las normas jurídicas es que sean obligatorias porque son válidas y esto finalmente nos lleva al criterio de autoridad, más refinado porque no es una autoridad personal sino institucional e incluso constitucional, pero es finalmente, una versión positivista más contemporánea de la de Austin y el criterio de validez termina siendo la autoridad. Por ello Dworkin considera que Hart y Austin, como positivistas, tienen modelos diferentes, pero estructuralmente muy similares en algunos aspectos. Son similares al reconocer la textura abierta de las normas jurídicas y la discreción judicial en los casos difíciles.

## **NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES POLÍTICAS**

Dworkin señala que su estrategia de ataque al positivismo parte del hecho de que cuando los juristas resuelven casos difíciles, lo hacen usando estándares que no operan como normas jurídicas sino como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas. Sostiene que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Un principio en sentido genérico es un estándar que no es norma y la directriz política un tipo de estándar que propone un objeto que ha de ser alcanzado.

Un principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Las normas son aplicables a la manera disyuntiva, puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones.

Los principios son criterios que se pueden tener en cuenta inclinándose en uno u

otro sentido para resolver casos. Tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.

Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes, si se da un conflicto entre dos normas una de ellas no puede ser válida. Con frecuencia palabras como razonable, negligente, injusto y significativo cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio.

## LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Dworkin sostiene que una vez que identifiquemos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles.

En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Frente a ellos hay dos puntos de vista diferentes:

- Tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica.
- Negar que los principios pueden ser obligatorios, esto implica que el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar, en busca de principios extra-jurídicos.

El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que estos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen <<por principio>> cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan.

Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo.

## LA DISCRECIÓN

El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. El significado exacto de <<discreción>> se ve afectado

por las características del contexto. A veces hablamos de <<discreción>> en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Pero también se usa el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.

A veces hablamos de <<discreción>> no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Este sentido alude a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar.

El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a la libertad sin límites, y no excluye la crítica. Esto implica que la discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción. A alguien que tiene discreción en este tercer sentido se le puede criticar, pero no por desobediencia. Se puede decir que cometió

un error, pero no que privó a un participante de una decisión a la cual tenía derecho.

La doctrina de la discreción judicial de los positivistas sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción. Es una doctrina de la discreción en sentido fuerte, y puede generar las siguientes estipulaciones y refutaciones:

- Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes. A ello se refuta que en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarlo.
- Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. A ello se responde que los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios puede imponer un resultado, por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria.
- Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse

como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son discutibles por naturaleza. Pero esto también puede discutirse de las normas jurídicas.

Dworkin sostiene que como los principios desempeñan un rol importante en las discusiones referentes a la obligación jurídica, un modelo que tenga en cuenta el papel de los principios en el derecho tendrá alguna ventaja inicial sobre otro que lo excluya, y no corresponde que esto último sea alegado en su propia defensa.

Ahora bien, se pregunta el autor: ¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, pero esto obliga a indicar que cualquier principio no sirve para justificar un cambio. En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida. Ello implica que cuando una norma determinada es obligatoria lo es porque cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio.

Las reflexiones anteriores, a juicio de Dworkin, demuestran que es conveniente

tratar a principios y directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica. Por eso se pregunta por qué es tan relevante y popular la teoría del positivismo jurídico. Sostiene que parte de la explicación reside en la natural tendencia del jurista a asociar derecho y normas, y a pensar en <<el derecho>> como una colección o sistema de normas. Pero, indica, la razón principal de que se asocie a derecho con las normas es más profunda, y reside en el hecho de que, durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho. Por ello este supuesto inicial de que el derecho es un sistema de normas tiene otra consecuencia, más sutil. Cuando los positivistas se ocupan efectivamente de los principios y las directrices, los tratan como si fueran normas de un rango superior al ordinario, esto es, tienen un rango extrajurídico, y en consecuencia de ello, a veces se les sigue y a veces no.

De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de n son válidas porque alguna institución competente las promulgo, pero este tipo de certificación no sirve para identificar los principios de los casos difíciles, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un



sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Los principios requieren el apoyo de algún antecedente institucional. Sin embargo, no se puede idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, para abogar por un principio en particular hay que luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan.

La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene en el caso de los principios jurídicos, la validez es un concepto sin matices, apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio. Hay que decir que los principios no convergen sino que coexisten.

Hart dice que una regla maestra (regla de reconocimiento) podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la costumbre. La regla maestra, dice, podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales la reconozcan. La forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo

menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son – como la regla maestra – porque la comunidad las acepta como válidas. En consecuencia de ello ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que todas las otras normas son válidas en virtud de ella.

Normas como las que se enunciaron por primera vez en casos difíciles como los de Riggs y Henningsen deben su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento.

No se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos, ni se puede hacer que su concepto dependa del derecho consuetudinario, que es en sí mismo una excepción al primer dogma del positivismo. Igualmente si intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que en el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad.

La conclusión de Dworkin es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas,

que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra.

La doctrina positivista de la discreción exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica – o sea ningún título – que el deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos esos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada y nos lleva a ninguna parte. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Centro de estudios constitucionales (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, 1997.
2. ALEXY, Robert. "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", En: VÁSQUEZ, Rodolfo. (comp.). Derecho y Moral. Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
3. ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Luis Villar Borda, primera reimpresión, 1998
4. BOTERO, Andrés. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 8, 2004/2005, pp. 209-257, ISSN 1575-7382.
5. DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio.
6. KELSEN, Hans Teoría pura del derecho. UNAM, México. 1982
7. KELSEN, HANS. ¿Qué es justicia? Ariel S.A. Barcelona, 1992.
8. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Legis, Segunda reimpresión, Bogotá 2004.
9. LOPEZ MEDINA, Diego E. La letra y el espíritu de la ley. Universidad de los andes y editorial Temis, Bogotá, 2008.
10. NUSSBAUM, Martha. Justicia Poética La imaginación literaria y la vida pública. Traducción Carlos Gardini, editorial Andrés Bello, 1997, Barcelona.
11. OSUNA PATIÑO; Nestor Ivan. Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 1997. Colombia
12. RINCÓN CÓRDOBA; Jorge Ivan. Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública. Universidad Externado de Colombia. 2004. Colombia.