

EL CONCEPTO DE DERECHO DE RONALD DWORKIN

Víctor Manuel Rojas Amandi¹

SUMARIO

I. Introducción; II. El Concepto de Derecho de Hart como punto de partida; III. Los tres aspectos del Concepto de Derecho de Hart como un sistema de reglas; IV. La crítica de Dworkin al Concepto de Derecho de Hart; V. Los casos difíciles –“*hard cases*”– como punto de partida de la Teoría del Derecho de Hart; VI. La diferencia entre reglas y principios en Dworkin; VII. La diferencia entre principios y directrices políticas –“*policies*”–; VIII. El Derecho como praxis interpretativa; IX. Conclusiones

I. Introducción

Como señala Jürgen Habermas la teoría de Dworkin tiene la pretensión de superar las carencias que muestran las teorías realista, positivista y hermenéutica, tratando de explicar en que forma la práctica judicial puede simultáneamente satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional. Seguridad jurídica, corrección de las decisiones y apropiación de la historia institucional del Derecho son los elementos que se encuentran presentes en la teoría de Dworkin². Para los modernos sistemas jurídicos que cuentan con un Estado de Derecho donde una de las grandes paradojas constituye en cumplir con el principio de legalidad y a la vez realizar los valores tan abstractos y de dimensiones tan poco precisas que incorporan los derechos humanos, la teoría de Dworkin puede ofrecer un modelo para explicar los procesos internos a través de los cuáles opera el Derecho real.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg en Alemania y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Iberoamericana.

² Habermas, J., “*Faktizität und Geltung*”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 248 y 249.

Dworkin ha desarrollado su teoría con base en un análisis fino de la praxis judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos tanto de Derecho Constitucional como de Derecho Privado. Su estudio hace énfasis en los denominados casos difíciles –“hard cases”–. Los fundamentos hechos valer en las correspondientes decisiones y la retórica jurídica que en ambos se utiliza le sirven a Dworkin como punto de partida y justificación de su Teoría del Derecho.

Por otra parte, la teoría de Dworkin muestra la particularidad de ser una construcción que se fundamenta y se desarrolla en sentido negativo y como antítesis de una concepción positivista y utilitarista del Derecho. El objetivo más importante de su crítica es la refutación del positivismo jurídico en la versión de su antiguo profesor Hebert Lionel Adolphus Hart.

El ataque central que emprende Dworkin contra el positivismo se hace con base en el status lógico, la fundamentación y el uso de principios, esto es, de un tipo de normas diferentes a las reglas. La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: a) que el Derecho consiste sólo de reglas, las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social; b) que el juez en casos difíciles posee una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos y; c) que en casos difíciles el juez declara un derecho que aún no existe.

En cambio, la tesis de Dworkin parte del supuesto que los individuos también pueden tener derechos que son anteriores a los creados explícitamente por la legislación. Con esto Dworkin se aparta claramente de la concepción positivista de Hart, que representa al Derecho como la suma del conjunto de reglas que cumplen los criterios de validez que establece una regla maestra del sistema a la que se denomina “regla de reconocimiento”. Para Dworkin el conjunto de reglas del sistema jurídico de ninguna manera agota la totalidad de elementos componentes del sistema. Más que un agregado de elementos, Dworkin entiende al Derecho como una praxis social, un fenómeno universal.

En el presente artículo se expondrán los elementos fundamentales del concepto de Derecho de Ronald Dworkin. Debido a que la Teoría del Derecho de Dworkin se construye como una refutación del concepto de Derecho de

Hart, éste será el objeto de estudio del capítulo II. Los tres aspectos fundamentales de la Teoría del Derecho de Hart se analizarán en el capítulo III. La crítica de Dworkin al concepto de Derecho de Hart se estudiará en el cuarto capítulo. En el capítulo V se analizarán los casos difíciles como punto de partida de la Teoría del Derecho de Ronald Dworkin. La diferencia entre reglas y principios se estudiará en el capítulo VI. En el capítulo VII se analizará la diferencia entre principios y directrices políticas. El capítulo VIII estudiará el Derecho como praxis interpretativa como el núcleo de la Teoría del Derecho de Dworkin. Finalmente, en el capítulo IX se retomarán a manera de resumen los resultados más importantes del artículo.

II. El Concepto de Derecho de Hart como punto de partida

El concepto de Derecho en H.L.A. Hart constituye el punto de partida para el modelo de Dworkin. Esto se debe a que éste eligió la Teoría de Hart como modelo para su crítica al positivismo jurídico³. Sin embargo, como bien observa Hart, más que criticar al positivismo con base en los mismos presupuestos epistemológicos con que el mismo se construyó –esto es como una teoría general, descriptiva⁴ y avalorativa del Derecho desde el punto de vista de un observador externo–, Dworkin analiza los resultados a que llega dicha teoría con base en un diferente paradigma epistemológico, el que se caracteriza por ser justificativo de cierto grupo de sistemas jurídicos, evaluativo, interpretativo y que parte de la perspectiva interna de los operadores del Derecho⁵.

Como bien señala Werner Ott la Teoría del Derecho de Hart contiene elementos psicológicos, sociológicos⁶ y analíticos⁷. El aspecto central en la Teoría de Hart consiste en la construcción de un sistema general y descriptivo con base en un análisis lógico-empírico de la estructura de los sistemas

³ Ibidem., p. 22.

⁴ Perry, S., Hart's Methodological Positivism, en: "Legal Theory", vol. 4 (1998), p. 427 y ss.

⁵ Hart, H.L.A., "Postscript", en: Hart, H.L.A., „The concept of law“, segunda edición, Oxford University Press, 1997, p. 240-1.

⁶ Schauer, F., "The limited domain of the law", en: "Virginia Law Review", vol. 90, p. 2 y Krygier, M., The concept of law and social theory, en: "Oxford Journal of Legal Studies", Vol. 2, (1982), p. 155 y ss. .

⁷ Ott, W., "Der Rechtspostivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus", Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1976, p. 89.

jurídicos nacionales⁸. De aquí se llega a un concepto de Derecho como un sistema complejo de reglas. La construcción del sistema en Hart es general, debido a que pretende delinear las estructuras de cualquier sistema jurídico históricamente dado. Es asimismo descriptivo, por pretender ser moralmente neutral y por renunciar a propósitos justificativos⁹.

1. El Derecho como un sistema complejo de reglas

Hart entiende al Derecho como un sistema que se integra por reglas diferentes desde un punto de vista lógico. Según el cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada uno de ellos cumple. El primer grupo se integra por reglas que prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias –reglas imperativas– o que, autorizan o facultan –reglas imperativas– a éstos para llevar a cabo ciertas conductas –“*normas primarias*”–. Este primer grupo de reglas del sistema jurídico son del mismo tipo que las reglas que integran cualquier otro sistema normativo, tal y como serían las reglas de la Moral o de trato social.

El segundo grupo de reglas –“*reglas secundarias*”– son un complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las “*reglas primarias*”. Dentro de tales deficiencias encontramos la indeterminabilidad de su contenido, su carácter estatal y su inefectividad social. El ámbito material de validez de las “*regla secundarias*” son las “*reglas primarias*”, por lo que bien se puede decir que son “*reglas sobre reglas*”. Hart diferencia dentro de las “*reglas secundarias*”¹⁰ tres grupos: “*reglas de decisión*” –“*rules of adjudication*”–; “*reglas de modificación*” –“*rules of change*”– y; “*reglas de reconocimiento*” –“*rules of recognition*”–

En contra de la falta de efectividad de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que precisan de que forma se debe comprobar que una norma perteneciente al sistema ha sido quebrantada. Para el efecto, el sistema le atribuye competencia a ciertas

⁸ Ibidem.

⁹ Hart, H. L. A., “*Postscript*”, p. 241.

¹⁰ Hart, H.L.A., “*The concept of law*”, segunda edición, Oxford University Press, 1997, p. 79-99.

personas a efecto de que de manera oficial y bajo ciertas condiciones declaren que dicho quebrantamiento en los términos establecidos por sistema jurídico se ha corroborado. Estas reglas a las que se les conoce como “reglas de decisión” cumplen dos funciones: por una parte, debido a que la violación de las “reglas primarias” en un sistema jurídico no se acredita de manera directa por el afectado con la conducta lesiva, se requiere una decisión por una autoridad competente en los términos del sistema en el sentido de que una “regla primaria” con un contenido establecido de manera oficial ha sido violada. Este objetivo se cumple gracias a la existencia de las “reglas de decisión”¹¹. Dicha función la expresó Hans Kelsen, en los siguientes términos:

“Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que el hombre haya matado como condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico”¹²

La segunda función que cumplen las “reglas de decisión” consiste en el efecto que produce la declaración oficial de la aplicación de una sanción.

En contra de la estática de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que establecen de que forma las reglas del sistema jurídico pueden ser modificadas o, suprimidas y nuevas reglas pueden ser puestas en vigor –“reglas de modificación”–¹³. En los otros sistemas normativos o en un sistema jurídico primitivo, la existencia de las reglas de conducta –“reglas primarias”– se corrobora a partir de una observación exterior de la efectividad de las mismas. Éstas se viven y su contenido evoluciona sólo al ritmo natural de un proceso de evolución social. La mayor o menor rapidez del cambio de reglas antiguas a las modernas funciona sólo en un contexto de un proceso social evolutivo que queda fuera de la posibilidad de una dirección con base en un plan de acción. Cuando la organización política y los recursos técnicos de las sociedades evolucionan,

¹¹ Ibidem., p. 96.

¹² Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho”, (trad. Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1982, p. 249.

¹³ Ibidem., p. 95.

se hace necesario el control planificado de la conducta de sus miembros. El medio como esto se hace posible, son en el lenguaje de Hart las "reglas de modificación". Éstas determinan tanto la derogación de reglas existentes como la introducción de nuevas reglas al sistema.

Para evitar la indeterminabilidad –esto es, la incertidumbre que existe sobre si una regla pertenece o no al sistema normativo– que caracteriza a las reglas que integran otros sistemas normativos diferentes al sistema jurídico, éste dispone de "reglas de reconocimiento". Éstas establecen que criterios debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Las "reglas primarias" sólo debido al hecho de que han sido producidas con base en un procedimiento que se encuentra previsto por las "reglas secundarias de reconocimiento", adquieren el carácter de reglas que forman parte del sistema jurídico y por ende de reglas jurídicas válidas. Para saber cuáles reglas pertenecen al sistema y cuáles no se debe aplicar un *test de procedencia* con base en una "regla de reconocimiento". Dicho test tiene por objeto investigar el origen de la regla para comprobar que en el procedimiento que le ha dado nacimiento se han cumplido con todos y cada uno de los requisitos que una "regla de reconocimiento" establece como condición de su validez. Cuando un sistema jurídico es más evolucionado sus "reglas de reconocimiento" resultan más complejas. Por otra parte, un sistema jurídico evolucionado dispone para diferentes tipos de reglas de distintas "reglas de reconocimiento"¹⁴. Debido a que son las "reglas de reconocimiento" las que determinan cuáles reglas pertenecen y cuáles no pertenecen al sistema, las mismas son las "reglas secundarias" más importantes.

Entre los tres tipos de reglas secundarias existen relaciones de interdependencia recíproca. Esto debido a que la aplicación de "reglas de decisión" y de "reglas de modificación" presuponen una "regla de reconocimiento". Las dos primeras presuponen la existencia de una regla fundamental básica¹⁵.

¹⁴ Ibidem., p. 94-5.

¹⁵ Ott, W, Op. cit., p. 95.

2. La “regla de reconocimiento” como la “regla secundaria” más importante

En el juego entre reglas primarias y secundarias las “reglas de reconocimiento” cumplen la función de reglas últimas. Ellas establecen los criterios de validez, sobre lo que debe valer como Derecho o, como parte del Derecho, en especial ante los tribunales¹⁶.

Hart establece la diferencia entre un punto de vista interno y un punto de vista externo en relación con el significado de la expresión regla. Desde un punto de vista interno cada quien expresa lo que acepta como una norma para sus conductas. Con esto Hart describe una circunstancia interna y psicológica sobre lo dicho. Un punto de vista externo lo sostiene aquél quien verifica un criterio que valga para establecer una regularidad de conducta además de la aceptación de una sociedad determinada. El observador externo renuncia a hacer valer su punto de vista interno y psíquico.

De esta forma, una regla de reconocimiento presenta dos aspectos. El aspecto exterior radica en la existencia de una praxis compleja, pero regularmente coordinada, de los tribunales, autoridades administrativas y personas privadas, cuando ellos con ayuda de determinados criterios objetivos identifican lo que vale como Derecho.

Junto al aspecto exterior Hart hace énfasis en el aspecto interior de una “regla de reconocimiento”. Según ésta, una regla llega a ser una “regla de reconocimiento” cuando la misma se acepta por ciertas autoridades¹⁷. Hart no establece una distinción radical entre aceptación y aplicación de la “regla de reconocimiento”. El parece estar de acuerdo con que existe aceptación de dicha regla cuando la misma se aplica por las autoridades competentes¹⁸.

La validez de una norma presupone la existencia y la aplicación de una “regla de reconocimiento”. Debido a que ésta es la que establece criterios

¹⁶ Kramer, Matthew, The rule of misrecognition in the Hart of Jurisprudence, en: “Oxford Journal of Legal Studies”, Vol. 8 (1988), p. 406-411.

¹⁷ Ott, W, Op. cit., p. 97

¹⁸ Eckmann, H., “Rechtspositivismus uns sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts”, Tesis de Doctorado, Berlin, 1969, p. 96.

de validez para otras reglas, ella misma no puede ser ni válida ni inválida¹⁹. Su existencia descansa sólo en la circunstancia de que ella se acepte por los jueces y demás autoridades como una regla de identificación²⁰. Con la “*regla de reconocimiento*” Hart ha fundamentado su concepción del Derecho en un concepto de validez normativo²¹.

III. Los tres aspectos del Concepto de Derecho de Hart como sistema de reglas

El análisis de Hart del Derecho moderno como un sistema consistente en dos tipos diferentes de reglas –“*reglas primarias*” y “*reglas secundarias*”– constituye, como lo hemos mencionado, el punto de partida de Dworkin para su crítica del positivismo.

Digno de análisis resultan las consecuencias del concepto de Derecho de Hart por lo que respecta tanto a la naturaleza de la estructura teórica, como por cuanto hace a la naturaleza de la teoría de la validez. Más concretamente nos referimos al Derecho como sistema cerrado de normas y a la regla como la única fuente posible del Derecho. El aspecto de la teoría de la validez lo ilustra el concepto de Derecho de Hart por cuanto hace a los criterios que debe cumplir una norma para adquirir carácter jurídico. Este aspecto nos lleva a un tercer elemento que Hart defendió: la necesaria separación entre Derecho y Moral.

1. El Derecho como sistema de reglas

La representación del Derecho como sistema de reglas se basa en un concepto de Derecho apoyado en exclusiva en criterios empíricos y moralmente neutral²², esto es, que renuncia a utilizar como fundamento de validez criterios morales. El sistema de reglas representa en la teoría de Hart una realidad tanto psíquica como física²³.

¹⁹ Hart, H.L.A., Op. cit., p. 153.

²⁰ Bittner, C., “*Recht als interpretative Praxis*”, p. 142 y Ott, W, Op. cit., p. 97.

²¹ Ott, W, Op. cit., p. 98.

²² Hart, H.L.A., “*Postscript*”, en: Hart, H.L.A., “*The concept of law*”, Segunda Edición, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 240.

²³ Ott, W, Op. cit., p. 104.

Con la “*regla de reconocimiento*” Hart establece un procedimiento con el cuál el Derecho se puede reducir para un preciso momento histórico en un conjunto determinado de reglas –tanto “*reglas primarias*” como “*reglas secundarias*”–. De esta forma, sólo se puede comprobar lo que es Derecho con base en la aplicación de un método empírico que permite verificar la validez normativa a partir de hechos precisados por una “*regla de reconocimiento*” que son susceptibles de ser captados externamente mediante los sentidos. Es por esto por lo que la teoría de Hart se puede denominar positiva²⁴.

El procedimiento positivista que es susceptible de llevarse a cabo con base en criterios definidos por una “*regla de reconocimiento*” permite construir el concepto de Derecho positivo con base en la distinción entre reglas jurídicas y reglas no jurídicas. Cuando existen casos poco claros o reglas jurídicas contradictorias Hart no postula la necesidad de llevar a cabo valoraciones morales del Derecho desde adentro del sistema jurídico, más bien, considera que al juez le asiste la facultad para recurrir a criterios extrajurídicos. En dichos casos el juez ya no sería un aplicador del Derecho. Cuando comienza la valoración, termina el Derecho²⁵. Así, el sistema de reglas de Hart no pretende ser un sistema completo y sin lagunas. Por esto es por lo que algunas cuestiones legales deben ser resueltas con base en criterios extrajurídicos.

2. Las reglas como la única fuente del Derecho

Al lado del concepto del sistema cerrado del Derecho, la idea del Derecho como sistema de reglas de Hart comprende el concepto de reglas como la única y exclusiva fuente del Derecho²⁶. En el sistema de Hart la calificación de una norma como jurídica le corresponde en exclusiva a aquellas normas que funcionan como reglas²⁷.

El Derecho positivo incluye como sistema de reglas, sólo normas que han sido puestas en vigor con base en procedimientos para producción de

²⁴ Steiner, J.M., Judicial discretion and the concept of law, en: “*Cambridge Law Journal*”, No. 35 (1976), p. 137.

²⁵ Dreier, R., Der Begriff des Rechts, en: “*Neue Juristische Wochenschrift*”, 1986, p. 892.

²⁶ Hart, H.L.A., Comment, en: Gavison (compilador), “*Issues in contemporary legal philosophy*”, Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 38.

²⁷ Steiner, J.M., Op. cit. P. 139.

normas o que pueden ser establecidas en la práctica de los tribunales o de otras autoridades. En el sistema de Hart se concluye que, sólo las reglas que cumplen los criterios que establecen las “*reglas de reconocimiento*” valen como normas jurídicas. El concepto de Derecho de Hart excluye aquellas normas que no funcionen en la forma de reglas como criterios jurídicos relevantes. A ellas no les corresponde ninguna autoridad jurídica, no son parte del Derecho válido.

3. La separación conceptual entre Derecho y Moral

El concepto de Derecho de Hart se puede hacer más claro bajo una consideración más amplia de su aspecto de validez. La validez de una regla, esto es su reconocimiento como norma jurídica representa solamente un juicio externo sobre el Derecho actual. La validez se determina sólo de acuerdo a factores físicos y psíquicos. La “*regla de reconocimiento*” no contiene ningún criterio de contenido esencial que debiera permanecer constante a lo largo de la historia. La independencia de la validez frente al contenido de la norma constituye una de las tesis generales de las corrientes positivistas²⁸. De aquí se deriva la conclusión de Hart que si bien existen muchas conexiones contingentes entre la Moral y el Derecho, no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la Moral²⁹.

También Hart, siguiendo a Bentham y a Austin, establece la diferencia entre el Derecho tal y como el es, del Derecho como debería de ser³⁰. Según Hart, la diferencia conceptual entre Derecho y Moral, tiene un doble significado. Por un lado, una violación de los principios de la Moral no conduciría automáticamente al resultado de que la norma jurídica perdiera su carácter jurídico. Por la otra, el objetivo moral que persigue una norma no resulta suficiente para garantizar su validez legal³¹.

Los aspectos teóricos de la validez de la norma aclaran el objetivo y el objeto de investigación del positivismo. Para los positivistas el Derecho es un fenómenos social que debe ser analizado en sus características externas

²⁸ Dreier, R., Op. cit., p. 890.

²⁹ Hart, H.L.A., “*Postscript*”, p. 268.

³⁰ Hart, H.L.A., “*Derecho y Moral, contribución a su análisis*”, (trad. Genaro R. Carrió), Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 3.

³¹ *Ibidem.*, p. 8.

susceptibles de ser observadas y comprobadas empíricamente. Se dice que es un punto de vista externo debido a que su objeto es la descripción de un sistema jurídico de una sociedad histórica y espacialmente determinada. En su labor el positivista debe alcanzar su objeto de conocimiento renunciando a introducir sus valoraciones personales, lo que significa que, debe procurar ser moralmente neutro. El positivismo investiga la existencia factual del Derecho en el sentido de su observancia, aplicación y reconocimiento social. La cuestión relativa a la obligatoriedad objetiva no la consideran los positivistas regularmente como un aspecto prioritario. Por lo mismo, no recurren a la expresión “*validez jurídica*” para indicar la obligatoriedad del Derecho, su validez como “*deber ser*”, sino con la misma tratan de significar su validez fáctica, en la que de acuerdo a su punto de vista se realiza la existencia del Derecho³². El concepto de Derecho de Hart es por esto independiente de la idea de corrección sobrepositiva o metafísica de las normas jurídicas. Esta posición resulta de esta forma contraria al concepto de Derecho de una Filosofía del Derecho iusnaturalista, que hace a su objeto de estudio al “*deber ser*” ideal o a la idea del Derecho³³. No obstante que Hart no puso en tela de juicio la posibilidad de una fundamentación moral, de acuerdo con su teoría la misma sería incapaz de superar la diferencia conceptual entre Derecho y Moral. Según Hart cuando es posible fundamentar moralmente una norma no significa que, ésta de manera automática deba ser considerada como parte del Derecho³⁴. Lo mismo sólo sería posible cuando dicha norma cumpliera los requisitos que establece la “*regla de reconocimiento*” como condición para poder ser parte del sistema jurídico. Esto no significa que, en la realidad social la Moral no ejerza una influencia factual sobre el Derecho³⁵. Si en cambio, esto significa que dicha influencia, por sí misma, es insuficiente para que una norma moral *ipso facto* adquiriera el reconocimiento de jurídica.

Las relaciones entre Moral y Derecho en Hart, sin embargo, no resultan ser tan radicales como en otros autores positivos. Esto lo podemos ilustrar con base en análisis de tres de los argumentos centrales de la tesis de la

³² Eckmann, H., Op. cit., p. 28.

³³ Hoerster, N. “*Verteidigung des Rechtspositivismus, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 25 y ss.

³⁴ Ott, W, Op. cit., p. 108.

³⁵ Eckmann, H., Op. cit., p. 35 y Ott, W, Op. cit., p. 90.

diferencia conceptual entre Derecho y Moral. De acuerdo con el primero, un concepto del Derecho neutralmente moral no descarta que el juez trabaje sin llevar a cabo valoraciones morales³⁶. En sus decisiones el juez lleva a cabo valoraciones éticas y esto no sólo como parte del proceso de interpretación y subsumición de las normas generales, sino también por orden expresa de la ley³⁷. Lo que el positivismo como disciplina empírica exige es que el jurista pueda calificar a las normas generales o individuales como parte del Derecho atendiendo a criterios objetivos y empíricos que no impliquen a sus valoraciones morales de tipo personal. Esto debido a que, el objeto de estudio lo son las normas por sí mismas y no los motivos o causas morales que hayan tenido los autores de las mismas. De esta forma, se entiende que la producción del Derecho y el conocimiento y descripción del Derecho constituyen dos actividades fundamentalmente diversas³⁸. Al respecto Hart señala que, los criterios extrajurídicos, como por ejemplo, ciertos objetivos y metas de carácter políticos, que el juez pudiera considerar, como criterios judiciales no siempre se identifican con la Moral³⁹.

En segundo lugar, la separación conceptual entre Derecho y Moral no descarta que, los sistema jurídicos particulares renuncien a recurrir a principios y criterios de tipo moral para establecer el contenido de sus normas. Sin embargo, este hecho no significa que para todos los sistema jurídicos valgan como fuente de inspiración los mismos principios y criterios jurídicos. El contenido del Derecho que se determina con base en principios y criterios morales es diferente para diferentes países y en diversas épocas. Para describir lo que es un sistema jurídico ningún jurista debería recurrir a valoraciones de tipo ético. La determinación del contenido de las normas jurídicas con base en principios de la Moral, no condiciona una relación conceptual entre Derecho y Moral⁴⁰. Desde este punto de vista el objetivo del positivismo jurídico sería poder construir una definición del Derecho que fuera válida para todos sistema jurídico real e histórico. Debido a que no es posible encontrar principios morales en que se hayan inspirado todos

³⁶ Hoerster, N., Op. cit., p. 13.

³⁷ Este sería el caso cuando la ley le ordena al juez fallar conforme a las buenas costumbres o considerar la buena fe con que han procedido las partes.

³⁸ Loc. cit.

³⁹ Hart, H.L.A., "Derecho y Moral, contribución a su análisis", p. 37

⁴⁰ Hoerster, N., "Zur Verteidigung des rechtspositivistischen Trennungsthese" in: Dreier, R., "Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts", C.H. Beck, Stuttgart, 1990, p. 28.

los sistemas jurídicos históricos, el positivismo debe renunciar a recurrir a la Moral para definir su objeto.

En tercer lugar, la separación conceptual entre Derecho y Moral, del Derecho como es y del Derecho como debería ser, no dice nada sobre la obligatoriedad interna del Derecho válido. La evidencia de que, ciertas normas de un sistema jurídico valen como Derecho, no significa, que las mismas tienen que ser observadas⁴¹. El concepto de Derecho de Hart hace posible que determinadas normas se cumplan con base en una consideración de la moralidad o dignidad de su contenido. No obstante, para un positivista es evidente que, una norma jurídica posee por si misma validez y obligatoriedad jurídica, Si una norma obligatoria y jurídicamente válida también aspira desde un punto de vista moral a adquirir obligatoriedad y observación, sería una cuestión irrelevante para el positivista⁴². La "*regla de reconocimiento*" de Hart establece los criterios de validez jurídica y con ello de su obligatoriedad externa. La obligatoriedad interna es una cuestión que sólo se puede determinar por cada uno de los seres humanos y por lo mismo no podría ser parte del concepto del Derecho⁴³.

De esta forma, el concepto de Derecho del positivismo tal y como ha sido defendido por Hart pretende describir el fenómeno social denominado Derecho. Éste como objeto de estudio sólo puede ser considerado como un fenómeno externo independiente de valoraciones morales, no obstante que efectivamente recibe influencia de la Moral. Para determinados sistemas jurídicos los principios morales son parte del concepto del Derecho, pues si las normas jurídicas no cumplen ciertas exigencias morales no podrían ser consideradas como parte del sistema jurídico⁴⁴. Sin embargo, dicha relación entre validez jurídica y validez moral no se presenta en todo caso de manera necesaria. El concepto del Derecho positivista sólo puede considerar las condiciones mínimas que una norma debería de cumplir para poder formar parte del sistema jurídico⁴⁵.

⁴¹ Hart, H.L.A., "*Akzeptanz als Basis einer positiven Rechtsordnung*", en: Hoerst, N., "*Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie*", C.H. Beck, Stuttgart, 1987, p. 70.

⁴² Hoerster, N. "*Verteidigung des Rechtspositivismus, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*", p. 17.

⁴³ Eckmann, Op. cit., p. 38.

⁴⁴ Hart, H.L.A., "*Postscript*", p. 250.

⁴⁵ Hoerster, N., "*Zur Verteidigung des rechtspositivistischen Trennungsthese*" in: Dreier, R., "*Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*", p.27.

Debido a que las reglas establecen los términos precisos sobre la forma en que deberá resolverse un caso, ofrecen una gran precisión en los términos y condiciones en que debe cumplirse una obligación y con ello garantizan la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben como debe resolverse un caso determinado, conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna o, no decidir. Este sería un problema que sólo se podría resolver en el caso de que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier caso que se pudiera presentar en el futuro, lo que desde luego no resulta humanamente posible. Este sería el déficit más grave del sistema jurídico que se basara exclusivamente en reglas. Por eso las reglas deben ser complementadas con principios⁴⁶.

IV. Crítica de Dworkin al concepto de Derecho de Hart

1. La “regla de reconocimiento” como criterio insuficiente para la calificación de las normas jurídicas

Dworkin describe la “regla de reconocimiento” de Hart como un test para identificar lo que es parte del Derecho, que atiende al origen de la norma –“pedigree”– y que no considera el contenido de la misma. La “regla de reconocimiento” serviría así para establecer la diferencia entre las reglas jurídicas válidas y las reglas que carecen de validez jurídica. En especial la misma pone a disposición el medio para diferenciar a las normas jurídicas de las morales⁴⁷. Dworkin interpreta a los criterios de la “regla de reconocimiento” de Hart como de naturaleza factual pura⁴⁸.

La posición positivista del concepto de Derecho de Hart es criticada por Dworkin como muy estrecha⁴⁹. Los estándares de la “regla de reconocimiento” serían, de esta forma, incapaces para proporcionar una representación completa del Derecho. A juicio de Dworkin, las normas jurídicas son algo más que el conjunto de reglas primarias que se pueden inferir de la aplicación

⁴⁶ Sobre los principios en el Derecho véase: Alexy, Robert, sobre la estructura de los principios jurídicos, en: Alexy, Robert, “Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios”, (trad. Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 93-137 y Dworkin, Ronald, “La filosofía del derecho”, (trad. Javier Sainz de los Terreros), Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 127.

⁴⁷ Dworkin, R., “Taking rights seriously”, Op. cit., p. 17.

⁴⁸ Bittner, C., Op. cit., p. 143.

de las “*reglas de reconocimiento*” . Para Dworkin junto a las reglas, tanto los principios –“*principles*”–, como las políticas –“*policies*”– forman parte del sistema jurídico. Sin embargo, éstas no se dejan derivar por las “*regla de reconocimiento*” como parte de dicho sistema.

En el concepto de Derecho de Hart sólo caben aquellas normas que surgen a través de una fuente jurídica reconocida, tal y como podría ser la ley, la jurisprudencia o los reglamentos administrativos. La inclusión de reglas morales en el sistema jurídico válido podría ser considerada sólo si las mismas se pudieran derivar mediante un “*test de procedencia*” haciendo uso de una “*regla de reconocimiento*” de una fuente jurídica formalmente reconocida como parte del sistema jurídico. Por lo mismo, Hart pensó que, las exigencias morales no son parte conceptual necesaria del Derecho válido, esto es, que no pertenecen a lo que en una sociedad se podría reputar como parte del Derecho desde un punto de vista externo. Ellas más bien pueden llegar a ser un criterio de validez adicional establecido por el mismo sistema jurídico válido. La “*regla de reconocimiento*” como un test de procedencia de las reglas jurídicamente válidas descarta la unidad conceptual necesaria entre Derecho y Moral. De esta forma, los criterios morales sólo cobran relevancia para el Derecho de manera indirecta⁵⁰. Dworkin hace especial énfasis en que la “*regla de reconocimiento*” de Hart es una regla que sólo contiene criterios de validez fácticos.

Dworkin sostiene en la parte descriptiva de su “*right thesis*” que puede proporcionar una descripción adecuada del concepto del Derecho que en la actualidad utilizan los juristas⁵¹. Dworkin es de la idea que, todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como Derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer la sistema jurídico prescriben las “*reglas de reconocimiento*”. Esto debido a que, los principios jurídicos que no pudieran ser reconducidos por cuanto hace a su origen a una fuente jurídica oficial, pero que sin embargo hubieran sido desarrollados por los juristas sólo con base en un sentido de propiedad o adecuación –“*sense of appropriateness*”– forman parte asimismo del sistema jurídico⁵². La adecuación o propiedad no representa para las

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ Dworkin, R., “*Taking rights seriously*”, p. 47.

⁵² Ibidem., p. 40.

"reglas de reconocimiento" de Hart fuente alguna de Derecho positivo, esto es, empírica y objetiva. Desde el punto de vista positivista algunos de los principios de Dworkin no serían parte del sistema jurídico. Esto debido a que no cuentan con un origen jurídico oficial⁵³.

Las "reglas de reconocimiento" de Hart representan fundamentos de surgimiento institucional u oficial del Derecho. En el surgimiento y existencia del Derecho Dworkin encuentra otra objeción contra las "reglas de reconocimiento" de Hart. Éste se apartó de la posición de Austin que identificó al Derecho con las órdenes de un soberano y reconoció a la costumbre de una sociedad en su incorporación en una decisión judicial como parte del Derecho. De aquí, según Dworkin, se derivan ciertas dificultades debido a que Hart fue incapaz de proporcionar criterios de validez que resultaran conformes con el sistema. La cuestión que resulta relevante para el efecto sería: ¿qué criterio fáctico transforma la costumbre de una sociedad en costumbre jurídica?. Hart estableció que la existencia de la costumbre jurídica ya era parte del Derecho aún antes de que existiera una decisión judicial que la incorporara⁵⁴. La concepción popular según la cuál la costumbre se obedece debido a que se le considera moralmente vinculante no la podría reconocer Hart como criterio de validez jurídica. Esto debido a que, en este caso ya no sería posible diferenciar entre reglas morales y jurídicas. Las "reglas de reconocimiento" no pueden ser interpretadas en el sentido de que alguien respeta y obedece a las reglas de la costumbre sólo debido a que las considera jurídicamente obligatorias. Esta interpretación de las "reglas de reconocimiento" significaría que, las reglas de derecho serían aquellas que se aceptaran como obligatorias por los miembros de la comunidad. De esta forma, se desatendería el objetivo más importante de las "reglas de reconocimiento", a saber, eliminar las inseguridades que podrían derivarse cuando no se cuenta con un criterio objetivo que nos permita saber con precisión cuáles son la reglas jurídicas y cuáles las no jurídicas⁵⁵.

Las consideraciones anteriores muestran que, Dworkin rechaza las "reglas de reconocimiento" como test de identificación de las reglas jurídicas. Dworkin va todavía más lejos, en cuanto que el descarta definitivamente

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ Ibidem., p. 42.

⁵⁵ Bittner, C., Op. cit., p. 145.

la posibilidad de poder formular un test de ese tipo para el Derecho⁵⁶. Su crítica a las “reglas de reconocimiento” evidencia que, el mismo no rechaza el concepto de Derecho del positivismo debido a que con base en el mismo el Derecho no podría ser identificado⁵⁷. Los criterios de procedencia de Hart resultan suficientemente precisos para poder establecer una distinción entre Derecho y No Derecho⁵⁸. Más bien, Dworkin rechaza el concepto de Derecho de Hart con base en una evidencia de tipo normativa que consiste en que con base en el mismo no pueden reconocidas como parte del Derecho las normas que tengan el carácter de principios jurídicos⁵⁹.

2. La idea de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles –“hard cases”–

El positivismo recurre para los casos difíciles, esto es, para aquellos casos para los que el sistema jurídico no dispone de una regla explícita que establezca el criterio para solucionarlos, a la discreción judicial⁶⁰. Según Hart la labor creativa que implica la discreción judicial se ve confirmada por la práctica judicial e ideas de jueces tan brillantes como Oliver Wendell Holmes y Cardozo en los Estados Unidos y Lord Macmillan y Lord Radcliffe en Inglaterra⁶¹. Una decisión con base en la discreción judicial se fundamentaría con base en criterios extrajurídicos.

Dworkin no acepta la idea de la discrecionalidad judicial debido a que su óptica del concepto del Derecho resulta diferente a la que propone Hart. Para Dworkin la praxis judicial como un todo representa la interpretación de una concepción del Derecho, esto es, expresa una determinada concepción de la naturaleza y esencia del Derecho. En la base de la teoría de Dworkin, que el mismo propone como una teoría alternativa al positivismo, se encuentra la firme idea de que los principios que se suelen utilizar en la argumentación judicial son al igual que las reglas parte esencial del Derecho. Esta suposición en el sentido de que también los principios que surgen con base en el sentido de adecuación o propiedad forman parte del

⁵⁶ Ibidem. p. 146.

⁵⁷ Dworkin, R., “Taking rights seriously”, p. 47.

⁵⁸ Bittner, C., Op. cit., p. 146.

⁵⁹ Ibidem., p. 147.

⁶⁰ Hart, H.L.A., „The concept of law“, p. 183.

⁶¹ Hart, H.L.A., “Postcript”, p. 274.

Derecho, lo llevan a concluir que, aún en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso el mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

El hecho de que el juez en la concepción positivista para casos difíciles no se encuentre obligado por el Derecho no significa para Dworkin que el juez pudiera actuar arbitrariamente. Esto debido a que, también en los casos difíciles un juez en el sentido del positivismo estaría obligado por los criterios de racionalidad y de imparcialidad. Una decisión de este tipo sólo sería objetable cuando no se observaran los criterios de racionalidad e imparcialidad⁶². Esto podría parecer como un contradicción de la idea de Dworkin según la cual una decisión en casos difíciles se norma por principios y con esto que se trata de una simple aplicación del Derecho ya existente y de ninguna forma de la formación de nuevo Derecho.

3. La idea de la obligación jurídica en Hart

La tercera línea crítica que Dworkin hace valer contra la teoría del Derecho de Hart se dirige a la concepción de la obligación jurídica de éste. Hart sostiene que los derechos y obligaciones sólo se pueden derivar de una regla social⁶³. Esto significa de que antes que se introduzcan las reglas sociales que aprueben con éxito el test de la "*regla de reconocimiento*" no pueden existir ni derechos ni obligaciones. De esta forma, en el lenguaje kelseniano se puede decir que, en Hart el "*deber ser*" se deriva de un "*ser*", esto es, de la existencia de un regla.

Según la teoría de Hart existe una obligación del juez de aplicar la "*regla de reconocimiento*" para identificar las reglas que pertenecen al Derecho con base en criterios que se sustentan en situaciones empíricamente comprobables: la existencia de la "*regla de reconocimiento*". La praxis conforme a la "*regla de reconocimiento*" que llevan a cabo determinadas personas a las que se les confía la aplicación del Derecho, constituye también el fundamento de la obligación judicial de observar dicha praxis. Dworkin

⁶² Dworkin, R., "*Taking rights seriously*", p. 33.

⁶³ Hart, H.L.A., "*The concept of law*", p. 124.

incluye en su crítica contra Hart a la “*regla de reconocimiento*” como una obligación que establecen reglas sociales⁶⁴.

La “*regla de reconocimiento*” como praxis de las personas que aplican el Derecho significa también una coincidencia con los criterios que prescribe dicha regla. De esta forma, se puede decir que existe uniformidad con relación a la obligación de los jueces sobre como ellos deben reconocer al Derecho. De esta forma, la existencia de una regla es no solamente constitutiva para la existencia de una obligación sino que ella define también su contenido⁶⁵.

Dworkin piensa que este concepto de la obligación resulta incompleto, para lo que hace valer dos razones. En primer lugar, debido a que resulta con sentido hablar de obligación aún y cuando no exista una regla⁶⁶. En segundo término, debido a que una “*social-rule theory*” no puede ofrecer explicación alguna en razón de que circunstancia, aún existiendo una regla, –por ejemplo una “*regla de reconocimiento*”– existe a menudo poca claridad sobre el alcance de una obligación que en la misma supuestamente se encuentra prevista⁶⁷.

La diferencia que establece Hart entre el punto de vista externo y el interno como dos aspectos de una regla social, le sirve a Dworkin como instrumental conceptual de su crítica. El la formula como una diferencia entre “*reglas sociales*” –afirmación de un observador externo que, comprueba la existencia de una regla– y “*reglas normativas*” –afirmación de un participante que expresa la aceptación de una regla existente⁶⁸.

En la primera línea de crítica lo anterior significa que, para un vegetariano en un medio ambiente no vegetariano podría tener sentido sostener una regla que obligue a los miembros del grupo a ser vegetarianos, no obstante que en la sociedad en cuestión claramente no exista una correspondiente regla social⁶⁹. Dworkin considera las concepciones de Hart para fundamentar la existencia de una obligación como incorrecta, pues con ellas la apelación al deber –“*appeal to duty*”– no podría ser aclarada⁷⁰.

⁶⁴ Bittner, C., Op. cit., p. 150 y ss.

⁶⁵ Dworkin, R., “*Taking rights seriously*”, p. 57.

⁶⁶ Ibidem., p. 52.

⁶⁷ Ibidem., p. 54.

⁶⁸ Ibidem., p. 50.

⁶⁹ Ibidem., p. 52.

⁷⁰ Ibidem., p. 53.

La teoría de la regla social haría posible que el vegetariano designe el uso del concepto de obligación como falso⁷¹. Dworkin critica el fundamento de una obligación mediante una regla social, debido a que ella no aclara la existencia de una “*regla normativa*” a la que no se le pueda fundamentar en alguna “*regla social*”. Según Dworkin, la existencia de una “*regla social*” es en efecto un fuerte argumento para la existencia de una obligación, sin embargo, la misma de ninguna manera es su origen⁷². Si aplicamos esto a la “*regla de reconocimiento*” significaría que, una praxis coincidente de la autoridades que aplican el Derecho no tendría la capacidad de fundamentar por sí misma la obligación de observar dicha praxis.

La crítica de Dworkin se apoya además en un segundo punto. La teoría de la regla social, no puede aclarar, por que causa no obstante la praxis coincidente con la “*regla de reconocimiento*” de las autoridades aplicadoras del Derecho, cuando se aplica una regla siempre surgen para el caso concreto inseguridades por cuanto hace al ámbito material preciso que cubren las obligaciones previstas en la misma⁷³.

Hart aclara el fenómeno anterior explicando que las palabras encierran un concepto esencial y un ámbito del concepto. El concepto esencial es el significado de una palabra que se considera como irrefutable por la mayoría de las personas. Sin un concepto esencial no sería posible que los seres humanos pudieran entablar comunicación⁷⁴. En cambio, el ámbito del concepto representaría el campo en donde reina la falta de certeza sobre si un significado cae bajo el concepto o no. Esto impacta la “*regla de reconocimiento*” y trae como consecuencia que, aún existiendo un test de identificación reconocido pudiera existir falta de certeza sobre si una conducta se encuentra regulada o no por una regla jurídica. De ser este el caso no existe una única respuesta correcta sino varias posibles⁷⁵.

El hecho de que la “*regla de reconocimiento*” no constituya un test que ofrezca una absoluta seguridad, no significaría para Dworkin una flexibilización de la “*regla de reconocimiento*”, sino más bien, una prueba sobre la no existencia de tal regla. La inseguridad inherente de la “*regla*

⁷¹ Ibidem., p. 53.

⁷² Ibidem., p. 57.

⁷³ Ibidem., p. 54.

⁷⁴ Hart, H.L.A., “*The concept of law*”, p. 176.

⁷⁵ Ibidem., p. 183.

de reconocimiento” sería para Dworkin incompatible con la existencia de una regla social⁷⁶.

Tal y como se ha mostrado en las consideraciones relativas a la discrecionalidad judicial, para Dworkin existe también en casos difíciles una obligación jurídica de los jueces. Si la “regla de reconocimiento” no es una regla social y en consecuencia no puede prever una obligación, en consecuencia no existe para el juez positivista obligación alguna en casos controvertidos. El juez tiene en consecuencia que decidir con base en su razonada discreción. A esta consecuencia se opone Dworkin radicalmente.

Dworkin encuentra el fundamento más importante para la establecer la insuficiencia de la “social-rule-theory” en la identificación del contenido de una praxis coincidente con la regla normativa que el juez hace valer⁷⁷. Debido a que Dworkin califica la existencia de una praxis social como un posible argumento para fundamentar la corrección de una regla normativa y no como su regla originaria, puede aclarar las diferencias de opinión sobre el campo de aplicación de dichas reglas normativas. Ellas representan solamente diferentes posibilidades interpretativas, para las que se puede encontrar un apoyo en la praxis social. Según Dworkin las pretensiones normativas y las obligaciones sólo pueden ser encontradas por una vía interpretativa, esto es, no encuentran su fuente, como es en el caso en Hart, en una praxis fáctica⁷⁸.

4. Resumen

Como bien lo muestra con base en el rechazo de la “regla de reconocimiento” de Hart y el rechazo de una discreción judicial en casos difíciles, Dworkin entiende el Derecho válido como un fenómeno social complejo. El positivismo define al Derecho válido como la suma de reglas sociales que, pueden ser identificadas como un hecho social con base en una regla fundamental aceptada. Para Dworkin una teoría de Derecho tiene que aclarar cómo decide un juez casos en donde existen reglas poco claras o donde de plano no existen. La remisión a una discreción judicial, la encuentra

⁷⁶ Ibidem. p. 62.

⁷⁷ Dworkin, R., “Taking rights seriously”, p. 58.

⁷⁸ Bittner, Op. cit., p. 153 y 156.

Dworkin como no clara y de poca ayuda⁷⁹. Con esto no son las conclusiones del positivismo jurídico las que se ponen en tela de juicio, sino la forma en que aclara el fenómeno jurídico y el contenido de sus argumentos. Las cuestiones que se derivan gracias a al existencia de un material jurídico positivo poco claro o inexistente forman una parte importante de cualquier Teoría del Derecho⁸⁰.

V. Los casos difíciles –“hard cases”– como punto de partida de la Teoría del Derecho de Dworkin

Dworkin no proporciona una definición clara del concepto de los casos difíciles⁸¹, sin embargo, el mismo se encuentra relacionado con su crítica del positivismo jurídico. Para Dworkin con frecuencia se presentan ante los tribunales ciertos casos, que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una o varias reglas jurídicas y en donde por lo mismo es patente la incertidumbre del resultado⁸². La falta de claridad del lenguaje y las lagunas de la ley representan una primera categoría de casos difíciles. De esta forma, un caso jurídico sería un caso difícil a causa de que el juez no tiene a su disposición una norma jurídica que establezca el criterio para resolverlo.

Otro tipo de casos difíciles sería el que se ocasiona por las dificultades de decisión para una cuestión legal. Como punto de referencia para precisar este tipo de casos vale la falta de acuerdo que existe entre los juristas, lo que los lleva a defender diferentes soluciones con diferentes argumentos racionales⁸³. Esto significa que existe un disenso relativo a la cuestión de si la solución para un caso con base en lo permitido o prohibido por el Derecho resulta falsa o verdadera. Dworkin habla no sólo de falta de acuerdo entre los juristas como medida para comprobar que existe una

⁷⁹ Dworkin, R., “*Taking rights seriously*”, p. 45.

⁸⁰ Dworkin, R., “*The philosophy of law*” (compilador), Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 1.

⁸¹ La primera formulación del concepto de los casos difíciles la llevó a cabo Dworkin en un artículo que apareció publicado en el año de 1975, bajo el título “*Hard Cases*” en la Revista Harvard Law Review.

⁸² Ridall, J.G., “*Teoría del Derecho*”, Trad. TsEdi, Teleservicios Editoriales, S.L., Gedisa, Barcelona, 1999, p. 139.

⁸³ Dworkin, R., No right answer?, en: “*Law, morality and society, essay in Honour of H.L.A. Hart*”, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 69.

dificultad para la toma de una decisión, sino también de falta de consenso en la sociedad.

Cuando se presenta un caso difícil el juez debe trabajar no sólo con base en reglas establecidas de manera previa por el legislador como criterios de solución, sino también con base en principios, los que funcionan más como una brújula o directriz, que como un camino preestablecido. En el trabajo con los principios resulta de vital importancia la valoración o ponderación de su peso. Los principios constituyen un conjunto de estándares jurídicos, los que además de encontrarse al lado de las normas, tanto por su importancia, como por su número se pueden comprar con éstas. Asimismo, los principios no se derivan de una decisión del legislador o de un juez anterior “sino en el sentido de adecuación desarrollado en la profesión y en los ciudadanos a lo largo del tiempo”⁸⁴.

De cualquier forma, Dworkin señala en su obra “*Law’s Empire*” que la diferencia entre casos difíciles y fáciles es un simple medio de exposición⁸⁵. Por lo mismo, dicha distinción carece de un valor clasificatorio a partir del cuál se pudieran derivar dos formas diferentes de descubrimiento o determinación del Derecho. Para él lo que en las teorías modernas de la metodología se denomina como desarrollo del Derecho, no es sino una forma especial de determinación de derechos individuales⁸⁶.

VI. La diferencia entre reglas y principios en Dworkin

Un tema central de la Filosofía del Derecho moderna es la diferencia entre reglas y principios⁸⁷. Básicamente se pueden diferenciar tres tipos diferentes de posiciones en la literatura⁸⁸. La primera niega que exista la posibilidad de realizar una clasificación de normas. Esto debido a que la casi arbitraria combinabilidad de criterios para establecer la diferenciación llevaría al fracaso de una clasificación en clases⁸⁹. La segunda línea sostiene

⁸⁴ Ridall, J.G., Op. cit., p. 141.

⁸⁵ Dworkin, R. “*Law’s Empire*”, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, 351.

⁸⁶ Ibidem., p. 266.

⁸⁷ Alexy, R., Zum Begriff des Rechtsprinzips, en „*Rechtstheorie*“, Beiheft 1, (1979), p. 59 y ss. y del mismo autor, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, en: “*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*“, Beiheft 25 (1985), p. 13 y ss.

⁸⁸ Alexy, R., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, p. 15.

⁸⁹ Aarnio, A. Taking rules seriously, en: Kangas, U., “*Enlightenment, rights, revolution*”, Helsinki, 1989, p. 15.

la opinión de que si resulta posible una clasificación de normas en reglas y principios, sin embargo, la misma sólo es posible con base en un criterio de grado. Finalmente, existe un tercer grupo que, marca una diferencia cualitativa entre reglas y principios.

La teoría de Dworkin sostiene una diferencia entre reglas y principios del tercer tipo⁹⁰. Según su concepción entre reglas y principios existe una diferencia de tipo lógico⁹¹. Dicha diferencia lógica se compone de tres componentes. El primero se refiere a la función especial que cumplen las reglas si se les considera en relación con los principios. El segundo hace alusión a la dimensión de peso que caracteriza a los principios. El tercero se relaciona con las diferentes formas o métodos para solucionar las concurrencias normativas ya se trate de reglas o de principios.

Para Dworkin los conceptos de regla y principio no constituyen unidades jurídicas conceptuales con base en las cuales haya que medir las realidades jurídicas. Su clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios tiene fundamentalmente un carácter ejemplificatorio. Su función central es la explicación de argumentos jurídicos y no la fundamentación de una ontología jurídica⁹². Las reglas y los principios son el instrumental conceptual de Dworkin con el que el mismo identifica grupos diferentes de argumentos jurídicos⁹³. Su concepto del Derecho no consiste en la reunión de diversas piezas separadas, sino más bien resulta de que el Derecho en cada aplicación se renueva y redefine sus límites y contornos. Por lo mismo, Dworkin rechaza la idea de un concepto de Derecho con base en un número fijo de normas⁹⁴.

1. La función de las reglas con base en un todo o nada

El primer componente de la diferencia lógica entre reglas y principios lo ubica Dworkin en la función que cada uno de ellos cumple. Las reglas son, o bien, aplicables, o bien, no aplicables. Esto significa que, si se realizan

⁹⁰ Aarnio, A., Op. cit., p. 1 y Alexy, R., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, p. 15.

⁹¹ Dworkin, R., *"Taking rights seriously"*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Quinta Edición, Londres, 1987, p. 24.

⁹² Ibidem., p. 22 y 71.

⁹³ Bittner, C., *„Recht als interpretative Praxis“*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 118.

⁹⁴ Dworkin, R., Op. cit., p. 71.

los presupuestos de la hipótesis normativa en ellas prevista, la consecuencia de Derecho debe aplicarse; en cambio, cuando no se cumplen los mismos dicha consecuencia no debe aplicarse⁹⁵. Dworkin hace valer en este caso la reserva de la validez de la regla, toda vez que, la aplicación de una regla presupone que la misma forma parte del sistema jurídico. Sólo es permisible aplicar la consecuencia de Derecho prevista en la regla cuando cada uno de los requisitos previstos en la hipótesis normativas se han cumplido y la regla puede ser catalogada como una regla válida.

El carácter del todo o la nada de las reglas no se puede modificar por posibles excepciones. Por el contrario, la precisa descripción de una regla debe contener siempre la enumeración de sus excepciones. Mientras un mayor número de excepciones pueda ser enunciada la regla se describirá de una manera más precisa a⁹⁶. A Dworkin le parece irrelevante si las excepciones a la regla deben ser previstas en ella misma, o bien, si se establecen en una regla independiente. De esta forma, la regla del caso de la legítima defensa puede ser establecida como excepción de la regla de lesiones o de homicidio, o bien, como una regla independiente. Esto no cambia en absoluto la función de un regla.

La función del todo o la nada que caracteriza las reglas válidas no significa otra cosa que, la aplicación de las consecuencias de Derecho depende del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en la hipótesis normativa. La norma jurídica que ha sido identificada como regla le exige al aplicador del Derecho sólo corroborar la realización de los supuestos previstos en la hipótesis normativa. La consecuencia jurídica es un resultado automático, en forma de reacción, de la corroboración de la realización de los presupuestos de la hipótesis normativa⁹⁷.

Dworkin trata de enfatizar que las reglas del Derecho se realizan mediante un procedimiento que resulta esencialmente diferente a aquél por medio del cuál se aplican los principios. Nuestro autor, a partir de del vínculo entre hipótesis normativa y consecuencia de Derecho, dirige nuestra atención al procedimiento por medio del cuál se aplica la regla en casos especiales.

⁹⁵ Ibidem., p. 24.

⁹⁶ Ibidem., p. 25.

⁹⁷ Bittner, C., Op. cit., p. 120.

El lenguaje poco preciso o amplio que se utilice en la redacción de una hipótesis normativa no altera el carácter de todo o de nada que caracteriza a las reglas, pues según Dworkin dicha circunstancia no altera la relación entre hipótesis normativa y consecuencia de Derecho. Cuando un juez o un abogado utiliza el recurso de fundamentar sus posiciones en un parámetro jurídico que conduce a un resultado definido de antemano, el mismo concluye su cadena argumentativa en un regla. Dworkin aclara expresamente que, lo que resulta decisivo es la función de un argumento y no su forma. Cuando una regla se vale de conceptos tales como “*adecuado*”, “*contrario al Derecho*”, “*culpa*”, etc., la regla seguirá siendo una regla y no por utilizar conceptos generales y de contornos grises se convertirá en principio⁹⁸.

2. La dimensión del peso de los principios

Según Dworkin la aplicación de los principios no conduce a una única consecuencia jurídica definida de antemano. Así, por ejemplo, el principio según el cuál nadie puede beneficiarse de su propia falta, no proporciona respuesta alguna sobre lo que debe suceder con cierta probabilidad. De esta forma, un principio sólo puede hacerse valer como un argumento a favor o en contra de determinada decisión⁹⁹. Un principio representa así para cada caso sólo un “*deber ser*” parcial e incompleto y de ninguna forma un “*deber ser*” definitivo. Esto se debe a que, los principios, tal y como lo asegura Guastini, son normas implícitas de un sistema jurídico que resultan de la interpretación del Derecho¹⁰⁰. Hasta el momento que se lleva a cabo la interpretación del principio en el contexto de una situación determinada se puede definir su resultado. Este resultado es designado por Dworkin como la consecuencia de la dimensión del peso que caracteriza a un tipo especial de principios¹⁰¹.

La dimensión del peso se muestra asimismo en el hecho que cuando se habla de principios se hace alusión a contraejemplos y no a

⁹⁸ Dworkin, R., Op. cit., p. 28.

⁹⁹ Ibidem., p. 26.

¹⁰⁰ Guastini, R., Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, *Droit*, Vol 2 (1986), p. 15 y ss.

¹⁰¹ Loc. Cit.

excepciones. Así, mientras las reglas no se aplican en casos de excepción, un contraejemplo no elimina la posibilidad de considerar un principio. Por el contrario, cuando se recurre a principios como recurso argumentativo un contraejemplo significa que es posible para el juez o para el abogado hacer valer dos argumentos para dos posibles soluciones¹⁰².

A diferencia de las excepciones, los contraejemplos no pueden ser contabilizados de antemano. Aún en el caso de la existencia de una lista de posibles contraejemplos podríamos llevar a cabo una formulación precisa de todas y cada una de las posibles y concretas formulaciones de los principios. Esto es debido a que los principios muestran un carácter de relatividad que se manifiesta en el hecho de que la determinación de su peso preciso sólo se puede llevar a cabo analizando cada caso concreto, lo que supone un procedimiento interpretativo¹⁰³.

En el caso de los principios no se puede hablar de validez o invalidez o, de su aplicabilidad o no aplicabilidad. La dimensión del peso de los principios pertenece a su estructura y constituye a la vez el único criterio relevante para determinar si un principio especial debiera influir o no una determinada decisión jurídica. La pertenencia o no de un principio al sistema jurídico no resulta de la decisión de una autoridad legislativa o judicial, sino más bien de adecuación¹⁰⁴. En el sistema de Dworkin los principios son de peso o no de peso para el caso concreto y no válidos o inválidos de antemano.

3. La diferente forma de resolver concurrencias normativas entre reglas y entre principios

Los efectos de la dimensión del peso de los principios y de la función del todo o nada de las reglas se muestran más claramente en los diferentes mecanismos de solución de concurrencias normativas que prevalece para el caso de las reglas y para el caso de los principios.

La idea de Dworkin sobre la interrelación entre reglas y principios da lugar a tres posibilidades en el marco de la argumentación jurídica. La

¹⁰² Ibidem., p. 25.

¹⁰³ Bittner, C., Op. cit., p. 122.

¹⁰⁴ Dworkin, R., Op. cit., p. 40.

primera de ellas tiene que ver con el caso de concurrencia normativas entre dos reglas. Para tales casos sólo una de dichas reglas puede ser válida. Debido a que ambas reglas son en principio igualmente válidas, dentro del estricto ámbito de las reglas el conflicto no pueda ser resuelto, esto es, se debe apelar a consideraciones que se encuentran más allá de las mismas reglas en conflicto¹⁰⁵. De esta forma, la decisión sobre la validez o invalidez de una regla como presupuesto para resolver el conflicto en el caso concreto sólo puede ser resuelta con base en una regla para solución de concurrencias normativas, tal y como sería el caso de las máximas: “*ley especial deroga ley general*” o, “*ley posterior deroga ley anterior*”¹⁰⁶, o también, con base en la ponderación de principios¹⁰⁷.

La segunda posibilidad de casos de concurrencias normativas se presenta en forma de concurrencias entre principios. Dos principios diferentes deben ser ponderados uno frente al otro. El que de ellos resulte o aparezca más significativo adquiere la primacía con base en su mayor peso. El rango que se deriva de la ponderación permite establecer un criterio para discriminar a alguno de ellos, debido a que de acuerdo con el punto de vista del juez el mismo carece de la suficiente fuerza para servir de fundamento de decisión en el caso concreto. Así, las concurrencias entre principios no se resuelven, tal y como sería el caso en tratándose de reglas en la dimensión de validez, sino más bien en la dimensión del peso que se deriva para cada caso concreto de su ponderación.

El tercer caso de concurrencias normativas se presenta entre una regla y un principio. En realidad este caso no representa para Dworkin una situación de conflicto, pues la regla a menudo representa el resultado de una ponderación de diversos principios o de objetivos políticos –“*policies*”– que se lleva a cabo en el proceso legislativo¹⁰⁸. Cuando por ejemplo un tribunal de los Estados Unidos opta por aplicar una regla del “*Common Law*” eso sucede no con base en una ponderación entre las reglas y los principios que la contradice, sino que más bien el juez decide entre principios que inspiran la regla y principios que permiten la realización del objetivo de la regla¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Ibidem., p. 27.

¹⁰⁶ Ibidem., p. 73.

¹⁰⁷ Ibidem., p. 27.

¹⁰⁸ Ibidem., p. 77.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 78.

4. Consideraciones críticas

La diferencia que establece Dworkin entre reglas y principios juega dentro de su teoría del Derecho un papel central. La jurisprudencia en los casos difíciles hace patente que los jueces recurren a parámetros jurídicos de decisión que no caen bajo el concepto de reglas jurídicas en el sentido positivista. Dicha diferencia contribuye a aclarar la forma de fundamentación cualitativamente diferente entre diversos tipos de decisiones jurídicas¹¹⁰.

En contra de la tesis que establece la diferencia entre reglas y principios se han hecho valer diversas objeciones, las que fundamentalmente se refieren a la función del todo o nada que se le atribuye a las reglas¹¹¹. Al respecto, por una parte, se suele refutar el carácter del todo o del nada de las reglas¹¹² y, por la otra, se señala que dicho carácter también lo poseen los principios¹¹³. En trabajos más recientes se multiplican las críticas en contra de la dimensión de peso de los principios. Se argumenta que el proceso de ponderación al que Dworkin identifica como propio de la aplicación de los principios también se puede observar en la aplicación de las reglas¹¹⁴.

El argumento en contra del carácter del todo o la nada que Dworkin le atribuye a las reglas se hace valer en dos fases. De acuerdo con la primera se acepta que el carácter del todo o de la nada presupone una formulación completa de una regla¹¹⁵. El carácter del todo o de la nada se entiende así, de tal forma que el ámbito material de aplicación de una regla, aún antes de su aplicación, se encuentra perfectamente determinado. Si dicho ámbito de la regla no es exactamente determinable, no resultará tampoco seguro para la solución definitiva del caso concreto, si realmente es la regla que se está considerando la aplicable o, en su defecto, alguna otra. De esta forma, para que el carácter del todo de la regla pueda ser aplicado, justo resulta que dicho todo exista con anterioridad a su aplicación. Esta

¹¹⁰ Ibidem., p. 76.

¹¹¹ Bittner, C., Op. cit., p. 133.

¹¹² Raz, J., Legal principles and the limits of law, en: "Yale Law Journal", Vol. 81 (1972), p. 830 y Hart, H.L.A., "Postscript", p. 262.

¹¹³ Aarnio, A., Taking rules seriously, en: Kangas, U., "Enlightenment, rights, revolution" (Editor), Collection of Finnish Papers, 14th World Congress of the IVR, Helsinki, 1989, p. 1.

¹¹⁴ Peczenik, A., Weighing rights, en: MacCormick, N. y Bankowski, Z., "Enlightenment, rights and revolution" (Editor), Essay in Legal and Socialphilosophy, Edinburgo, 1999, p. 175.

¹¹⁵ Alexy, R., Zum Begriff des Rechtsprinzips, p. 69.

exigencia no permitiría que la regla quedara abierta de tal manera que se le pudieran hacer valer diversas excepciones –“norma de textura abierta”–. Pues en tanto no se conozcan todas las posibles excepciones a la regla de manera taxativa, la formulación del todo no queda firme y precisa, por lo que la misma queda como incompleta y no como un todo. Debido a que una existencia parcial o incompleta de una regla representaría una contradicción interna, sólo se puede hablar de la existencia de una cosa sólo cuando existen todas sus partes y esto implicaría en el caso de las reglas también de todas sus excepciones.

En la segunda fase del argumento contra la función del todo o la nada con que se caracteriza las reglas se hace alusión a la posibilidad aceptada por Dworkin de enumerar todas las excepciones a las reglas. Este postulado resulta necesario para evitar que se pudiera poner en tela juicio la existencia de una regla. Sin embargo, este postulado significaría una contradicción a la idea de Dworkin del juego entre reglas y principios¹¹⁶. Según nuestro autor las reglas que contienen conceptos jurídicos indeterminados –tales como razonable, negligente, injusto, significante, etc.– no pueden ser aplicados sin principios¹¹⁷. De esta forma, Dworkin acepta que los principios puedan constituir excepciones a las reglas. Su tesis de la absoluta enumeración de las excepciones de una regla vale también para las excepciones con base en principios. Aparentemente esto significaría una contradicción con la conclusión a que llega Dworkin cuando establece que los principios y sus contraejemplos teóricamente no son contabilizables¹¹⁸. Así, las normas que prevén conceptos jurídicos indeterminados poseerían un ámbito material de aplicación que no se podría determinar de antemano¹¹⁹. De lo anteriormente dicho se podría concluir que, la función del todo o la nada no resulta adecuada para describir las reglas con conceptos jurídicos indeterminados¹²⁰.

El argumento expresado en el párrafo inmediato anterior nos llevaría por otro lado a que una formulación precisa de una regla sería imposible

¹¹⁶ Tapper, C., A note on principles, en: «*The Modern Law Review*», Vol. 34 (1971), p. 630 y ss.

¹¹⁷ Dworkin, R., Op. cit., p. 28.

¹¹⁸ Ibidem., p. 25.

¹¹⁹ Tapper, C., Op. cit., p. 631; Alexy R., Zum Begriff des Rechtsprinzips, p. 69 y del mismo autor, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, p. 16.

¹²⁰ Bittner, C., Op. cit., p. 133.

en razón de la imposibilidad de contabilizar los principios. No obstante esto, en la Teoría de Dworkin se pudieran encontrar argumentos en contra de esta conclusión. Su idea del Derecho como una praxis interpretativa se basa en la tesis fundamental según la cuál existe una mejor interpretación de todos los principios que resultan relevantes para un caso, lo que lleva a una concepción determinable de la regla. Debido, sin embargo, a que esa tarea sólo se puede llevar a cabo por un juez con facultades sobrehumanas, al que Dworkin denomina Hércules, la contabilización de todas las excepciones de una regla permanece como una cuestión meramente teórica¹²¹. Bajo estas premisas no se altera la función del todo o nada de las reglas tampoco debido a la imposibilidad de contabilizar los principios.

En contra de la función del todo o la nada de las reglas como criterio de diferenciación, se hace valer el argumento consistente en que también determinados principios operan bajo este esquema¹²². Para el efecto se distingue entre principios "*prima facie*" y principios "*all-things-considered*". Éstos últimos son principios que contienen el criterio de decisión para cuestiones jurídicas concretas. Esto significa que, mediante la ponderación de todas las circunstancias del caso concreto, el aplicador del Derecho se decide, con base en todos los fundamentos o principios "*prima facie*", por un criterio concreto. A partir de este momento el sólo puede interpretar el Derecho siguiendo o no siguiendo los principios "*all-things-considered*". Este tipo de principios deben su status más que a su contenido a su forma de creación o adopción por una fuente de autoridad reconocida, por lo que los principios no resultan incompatibles con una regla de reconocimiento tal y como Dworkin lo pretende¹²³. El principio interpretado se denomina también como una regla "*all-things-considered*"¹²⁴. El proceso por medio del cuál se pasa de un estadio "*prima facie*" a un estadio "*all-things-considered*" es independiente del estado existente en el ámbito de la interpretación. De esta forma, sólo se podría aceptar una diferencia de grado entre reglas y principios.

La crítica anterior representaría un argumento en contra de la tesis de la diferencia entre reglas y principios, para el caso que Dworkin tuviera

¹²¹ Ibidem., p. 134.

¹²² Aarnio, A., Op. cit., p. 9.

¹²³ Hart, H.L.A., "*Postscript*", p. 264 y 266.

¹²⁴ Loc. cit.

que designar el resultado de la ponderación de todos los principios relevantes como un principio. Para poder responder esta cuestión se tendría que hacer referencia al objetivo que se propone la tesis de la diferencia entre reglas y principios. Dworkin no pretende poder decidir, con los criterios de la función del todo o nada y de la dimensión del peso, si una norma es una regla o un principio. Su clasificación no pretende cumplir una función heurística¹²⁵. La calificación de una norma como una regla o un principio resulta en primer lugar de la interpretación de decisiones judiciales. La respuesta a la cuestión que nos ocupa depende de un juicio judicial¹²⁶. Cuando un juez decide conforme principios "*all-things-considered*" siguiendo un criterio de todo o nada significa que ha interpretado el principio como regla. Cuando en cambio el juez considera al mismo principio como uno de varios fundamentos que valora al lado de otros, eso significa que el argumenta con base en un principio. De esta forma, en la teoría de Dworkin principios y reglas no representan entidades predeterminadas que integren un sistema jurídico objetivo y separado de la existencia humana en la forma del positivismo kelseniano. Así, las reglas y los principios son solamente formas argumentativas del discurso jurídico.

El segundo componente de la tesis de la diferencia entre reglas y principios es el criterio de la dimensión del peso. En contra de este criterio se sostiene que, la solución de las concurrencias normativas entre reglas se lleva a cabo de la misma forma que la solución de las concurrencias normativas entre principios. Según Peckzenik, la solución de concurrencias normativas en la teoría de Dworkin se refiere sólo a casos de incompatibilidad lógica, esto es, a casos en donde lo que una regla prohíbe, lo permite la otra. Puede también suceder que dos reglas sólo resulten incompatibles entre sí para un determinado caso. Este sería el caso, por ejemplo, de una regla que permitiera que los negocios abrieran los sábados, con aquella que prohíbe abrir los negocios en días festivos. Dichas reglas sólo pudieran incompatibles entre sí en el caso que un día festivo cayera en sábado. La solución de una concurrencia de este tipo sólo puede resolverse con base en una ponderación de los hechos concretos. Este mecanismo, sin embargo,

¹²⁵ Bittner, C., Op.-cit., p. 134.

¹²⁶ Ibidem., p. 135.

no podría diferenciarse del que se utiliza para resolver concurrencias entre principios¹²⁷.

La anterior crítica no parece que se pueda sostener si realizamos un examen de cierta profundidad de la situación. En el ejemplo de Peczenick no se consideran las reglas mismas en la actividad ponderativa. Son más bien los argumentos en que se justifican las reglas los que se ponderan uno frente al otro. Así, esta posición no contradice la teoría de Dworkin en forma alguna. La formulación concreta de ambas reglas, que constituye la tesis central de Dworkin, no resulta en forma alguna de la ponderación de todos los principios relevantes en el caso concreto. Debido a que la formulación concreta de una regla ya existe al momento de su aplicación su peso ya quedó establecido por el legislador, lo que en el caso de los principios no podría ser el caso por definición, pues los mismos son concebidos como argumentos "*prima facie*"¹²⁸.

VII. La diferencia entre principios y directrices políticas –“*policies*”–

Los principios en sentido estricto y las directrices políticas son especies de los principios en amplio sentido. Ambos grupos de normas cumplen la función de servir como argumentos en las decisiones jurídicas. La diferencia entre "*principles*" y "*policies*" le sirve a Dworkin para diferenciar entre argumentos permitidos y argumentos no permitidos en la decisión jurídica. Fundamentalmente, al juez le estará permitido sólo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedarán reservados al legislador. Sólo en casos excepcionales le estará permitido al juez fundamentar sus decisiones en argumentos de directrices políticas. Sin embargo, los principios y las directrices políticas no son para Dworkin las únicas fuentes de argumentos. Los mismos sólo representan la fuente más importante de justificación política. Las decisiones políticas se podrían justificar con base en argumentos de bienestar público, lo que para Dworkin no caería dentro de las directrices políticas.¹²⁹

¹²⁷ Peczenick, A., Weighing rights, en: MacCormick, N. y Bankowski, Z. (Compiladores), "*Enlightment, rights and revolution*", Actas del 14 Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Social, Edinburgo, p. 185.

¹²⁸ Bittner, C., Op. cit., p. 128.

¹²⁹ Dworkin, R., Op. cit., p. 83.

Con la diferencia entre principios y directrices políticas Dworkin refuta las tesis según las cuáles el juez en determinados casos actúa como legislador. Este punto de vista lo atribuye nuestro autor a la no consideración de dicha diferencia, que de acuerdo con su punto de vista hay que imputarle a la Teoría Política¹³⁰. En este contexto resulta relevante el principios de división de poderes que condiciona al juez para fundamentar sus decisiones en casos difíciles en un tipo de argumentos diferente a los que utilizaría el legislador cuando fundamenta la necesidad de existencia de nuevos derechos.

1. Principios y directrices políticas como fundamento de derechos subjetivos y de objetivos

El momento más importante en la “*right thesis*” –tesis de los derechos– de Dworkin es la exigencia a los jueces cuando se encuentren ante casos difíciles de decidir con base en principios y no con base en directrices políticas. Éstas, como ya se ha dicho, las reserva Dworkin a la argumentación de tipo legislativo. Tanto para los principios en sentido estricto como para las directrices políticas Dworkin propone una definición. Los principios son estándares que han de observarse debido a que son un exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Las directrices políticas son estándares que “*proponen un objetivo que debe ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad*”¹³¹. Tal y como lo señala Dworkin la distinción podría perderse si se entiende que el principio enuncia un objetivo social o cuando se interpreta que una directiva se refiere a un principio moralmente valioso¹³².

La segunda versión de Dworkin de dichos conceptos consiste en que, una decisión que se toma con base en principios protege o fundamenta derechos subjetivos de individuos o de grupos¹³³. En cambio, una decisión que se fundamenta en una directriz tiene por propósito realizar o proteger algunos objetivos o intereses colectivos de la comunidad como tal¹³⁴. De

¹³⁰ Ibidem., p. 82.

¹³¹ La traducción literal fue tomada de la edición española de la obra de Dworkin que se publicó con el título *Los derechos en serio*, (Trad. Martha Gustavino); Ariel, España, p. 72.

¹³² Dworkin, R., Op. cit., p. 22.

¹³³ Ibidem., p. 82.

¹³⁴ Ibidem., p. 82.

esta forma, los principios protegen derechos subjetivos particulares, en tanto que las directrices intereses colectivos de la sociedad. Dworkin inscribe los derechos subjetivos y los intereses colectivos en dos tipos diferentes fines políticos dentro de una determinada teoría política¹³⁵. Los principios y las directrices más concretamente se pueden diferenciar con base en dos diferentes puntos de vista.

Por una parte, los principios son de esencia individual, esto es, se encuentran diseñados para proteger y defender derechos subjetivos dirigidos a satisfacer necesidades de tipo particular. Por su parte, las directrices se persiguen la realización de objetivos colectivos. Los objetivos individuales sirven para garantizar o promover intereses del individuo. La lesión de la esfera de intereses de un individuo, aún en el caso que sean muchos los individuos que resulten afectados, no corresponde el ámbito de validez de los intereses colectivos¹³⁶. Esta es la conclusión a la que se puede llegar a partir de la concepción de Dworkin según la cuál la autonomía del individuo no comprende el bien o los intereses colectivos. El respeto de los derechos de los ciudadanos no es para Dworkin un objetivo colectivo o social¹³⁷, sino más bien corresponde hacerla valer a cada persona individualmente. Si cada lesión de los intereses de los individuos lesionara asimismo un interés colectivo, no tendría caso diferenciar entre objetivos colectivos y públicos. En dado caso de existir una diferencia la misma sólo sería gradual y de ninguna forma cualitativa¹³⁸.

El carácter de triunfo de los derechos subjetivos marca asimismo otra diferencia. Tanto los principios como las directrices políticas representan objetivos que se deben ponderar uno frente a las otras. Lo decisivo es que en la teoría de Dworkin de los "*rights thesis*" le corresponde a los derechos subjetivos un peso mayor. De esa forma, los derechos subjetivos y con ellos también los principios muestran un carácter de triunfo¹³⁹. Este carácter, sin embargo, no constituye un principio absoluto, toda vez que en un caso de urgencia se podría supeditar un derecho subjetivo a un objetivo político¹⁴⁰. La pertenencia a uno o a otro objetivo político depende de la posición

¹³⁵ Ibidem., p. 91.

¹³⁶ Umana, J., Dworkin's Right Thesis, *Michigan Law Review*, Vol. 74 (1976), p. 1174.

¹³⁷ Dworkin, R., Op. cit., p. 170.

¹³⁸ Bittner, C., Op. cit., p. 109.

¹³⁹ Dworkin, R., Op. cit., p. 92.

¹⁴⁰ Loc. cit.

dentro de la que se ubique al correspondiente argumento dentro de una determinada teoría política¹⁴¹. De esta forma, al mismo objetivo político en una teoría le podría ser atribuido el peso de un derecho subjetivo y en otra el peso de una directriz política¹⁴².

2. Consideraciones críticas

La “*rights thesis*” de Dworkin pretende no sólo ser una descripción adecuada de la jurisprudencia actual –aspecto descriptivo–, sino que también representa una guía de las decisiones que se toman en los casos difíciles –aspecto normativo–. La “*rights thesis*” sostiene que el juez en casos difíciles reflexiona o debe reflexionar sobre los derechos de las partes. Los argumentos de bienestar no revisten una importancia determinante en los casos difíciles.

La exigencia de la determinación de derechos concretos de las partes representa para Dworkin en casos difíciles más que sólo una descripción del uso del lenguaje jurídico¹⁴³. El contenido de la explicación de los aspectos normativos y descriptivos de la “*rights thesis*” depende en forma decisiva de la diferencia entre argumentos de principio y argumentos con base en directrices políticas. En el caso que no se pudiera establecer una clara frontera entre ambos tipos de argumentos la “*rights thesis*” perdería todo su sentido. Así, la parte descriptiva sería una referencia al lenguaje jurídico especializado carente de un valor aclaratorio. En su parte normativa representaría una retórica vacía de contenido. Por lo mismo se plantea la cuestión de en que medida la diferencia entre argumentos de principio y argumentos con base en directrices políticas se puede sostener desde un punto de vista conceptual.

Para Dworkin la diferencia entre principios y directrices políticas implica básicamente tres ámbitos de problemas. El primero se refiere al tratamiento de derechos individuales en una sociedad que garantiza derechos subjetivos en razón de que los mismos constituyen una exigencia de objetivos colectivos. La subordinación de los derechos a los objetivos colectivos daría lugar a la pregunta consistente en si la garantía de derechos

¹⁴¹ Loc. cit.

¹⁴² Bittner, C., Op. cit., p. 195.

¹⁴³ Ibidem., p. 197.

exclusivamente con base en el principio de utilidad no llevaría siempre a que cualquier argumento fuera, por lo menos de manera mediata, un argumento con base en directrices políticas.

El segundo ámbito de problemas que plantea la diferencia entre principios y directrices consiste en la posibilidad de sustituir argumentos con base en directrices políticas por argumentos de principio¹⁴⁴. Si la mayor parte de las directrices políticas pudieran ser formuladas por medio de un argumento de principio adecuado, la diferencia de Dworkin carecería de sentido. De esta forma, el juez no podría diferenciar más entre argumentos idóneos y no idóneos.

En un tercer aspecto resultaría problemática la diferencia entre principios y directrices. En este caso se trata de la fundamentación de un derecho con base en el interés de un tercero –“*interests of non-parties*”–¹⁴⁵. Los derechos de tercero son para Dworkin problemáticos cuando el los denomina ocasionalmente como argumentos de principio¹⁴⁶. Sin embargo, si los intereses colectivos que fundamentan argumentos con base en directrices políticas pueden ser articulados en forma de intereses de tercero, la diferencia ya no tendría más relevancia práctica¹⁴⁷.

Con relación a la primera problemática planteada Dworkin defiende dentro de una teoría basada en objetivos a la diferencia entre principios y directrices como necesaria y de gran utilidad. Como ejemplo de una teoría del tipo referido menciona la regla del utilitarismo –“*rule utilitarianism*”–¹⁴⁸. Esta regla exige que, las decisiones morales concretas siempre se encuentre en consonancia con una regla, sin considerar que alternativas de conducta concretas tiene o puede tener mejores consecuencias¹⁴⁹. El recurso a un derecho fundamentado en la regla del utilitarismo, resulta útil también para una teoría basada en objetivos. La ponderación de derechos frente a un argumento que por si mismo representara las consecuencias más favorables para la sociedad llevaría conforme a la regla del utilitarismo a

¹⁴⁴ Umana, J., Op. cit., p. 1172.

¹⁴⁵ Greenawalt, K., Policy rights, and judicial decision, en: Cohen, M. (Compilador), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Totowa, New Jersey, p. 94 y ss.

¹⁴⁶ Dworkin, R., Op. cit., p. 96.

¹⁴⁷ Greenawalt, K., Op. cit., p. 100.

¹⁴⁸ Dworkin, R., Op. cit., p. 95.

¹⁴⁹ Bittner, C., Op. cit., p. 112.

la consecuencia de que los derechos prevalecieran sobre dicho argumento. Para Dworkin resulta central el compromiso para un esquema de gobierno que hace la apelación al derecho decisivo en casos particulares¹⁵⁰. De esta forma, la diferencia entre argumentos con base en principios y argumentos con base en directrices políticas puede sostenerse también en las teorías de la regla utilitaristas¹⁵¹.

En cuanto al segundo ámbito de problemas, esto es, el relativo a la sustituibilidad de argumentos con base en directrices por argumentos con base en principios, resulta muy delicado debido a que de ser real llevaría a que argumentos que con base en la “*rights thesis*” resultaran injustificados, bien podrían encontrar nuevamente consideración judicial mediante su reformulación en argumentos de principio adecuados¹⁵².

El reproche de la sustituibilidad presupone que el principio sustituto sea, por lo menos, de igual valor que el argumento con base en la directriz política original. Lo contrario carecería de sentido. Las partes que se valdrían del expediente de la transformación esperarían con lo mismo que su argumento de principio resulte de mayor valor que el de la contraparte. No obstante, Dworkin opina que resulta faso suponer que por el hecho de que, se puedan siempre encontrar algunos argumentos de principio, éstos pueden ser siempre utilizados para sustituir a algunos argumentos con base en directrices políticas. Ellos no pueden resultar tan convincente o tan poderoso como tendría que ser una argumento adecuado conforme a una directriz política¹⁵³.

Dworkin bien podría ser interpretado de otra forma. Un objetivo político sirve para fundamentar un derecho siempre y cuando se encuentre individualizado en cierto grado¹⁵⁴. Por el contrario, los argumentos conforme a una directriz política se muestran como muy poco o nada individualizados.

¹⁵⁰ Dworkin, R., Op. cit., p. 96.

¹⁵¹ Bittner, C., Op. cit., p. 112.

¹⁵² Ibidem., p. 197.

¹⁵³ Dworkin, R., Op. cit., p. 96.

¹⁵⁴ La cuestión de si un objetivo político se encuentra suficientemente individualizado para servir de fundamento a un derecho, parecería en principio arbitraria. Debido a que el juez de Dworkin se encuentra obligado a la interpretación del Derecho, la consideración de un objetivo político como argumento de principio o, bien, como argumento conforme a una directriz tiene que ser compatible con su teoría política. Así, un argumento de principio no es simplemente la ciega afirmación de cualquier derecho. Bittner, C., Op. cit., p. 199.

La transformación del argumento conforme a una directriz en un argumento de principio no podría cambiar nada debido a la insignificante o carente capacidad de individualización del mismo¹⁵⁵. El argumento conforme a una directriz política que se haga valer como un argumento de principio no podría desarrollar ninguna concreción suficiente como para proteger los valores e intereses de los individuos¹⁵⁶. De esta forma, la recíproca sustituibilidad entre argumentos de principio y argumentos conforme a una directriz no es susceptible de valer como una razón para demostrar la falta de solidez y de congruencia de la teoría de Dworkin.

En cuanto al tercer ámbito problemático en la teoría de la diferencia de Dworkin entre principios y directrices políticas, vale el reproche que Greenwalt le hace a Dworkin por cuanto hace a que tal diferencia no es sostenible debido a que la misma es incapaz de considerar los intereses de terceros que no son parte en el proceso del que conoce un juez¹⁵⁷. En muchos casos casi todos los aspectos relevantes del bien común se reproducen en los derechos de los terceros¹⁵⁸. Greenwalt olvida el criterio de diferencia que puede aclararnos los intereses de tercero que se pueden o no considerar en el marco de los argumentos de principio. El sostiene que, el reconocimiento que los argumentos de principio pueden incluir argumentos sobre los derechos de los terceros elimina cualquier importancia práctica de la distinción entre principio y directrices políticas¹⁵⁹.

El argumento de los intereses de terceros entiende a los argumentos de principio de Dworkin como fundamentos de decisiones, que dejan sin considerar los efectos sociales de una sentencia judicial. Pues la consideración de posibles daños a terceros como un factor relevante para garantizar o negar los derechos sería lo mismo en la teoría de Dworkin que una argumentación conforme a directrices políticas. Los argumentos de este último tipo en el sentido de Dworkin serían formas de fundamentación que considerarían los efectos sociales de una decisión política.

¹⁵⁵ Bittner, C., Op. cit., p. 112 y Regan, D., *Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Policies*, en: Cohen, M. (Compilador), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Totowa, New Jersey, p. 131.

¹⁵⁶ Dworkin, R., Op. cit., p. 96.

¹⁵⁷ Greenawalt, K., Op. cit., p. 97.

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 100.

¹⁵⁹ *Loc. cit.*

El argumento de los intereses de terceros parte de un malentendido de la posición de Dworkin. Su diferencia entre principios y directrices políticas no se basa en una teoría que haga valer la consideración o no consideración de los efectos factuales de una decisión política como criterio de diferencia. Según el mismo Dworkin, la consideración de los efectos en la fundamentación de un derecho no cambia nada del carácter originario de los argumentos con base en principios¹⁶⁰. Más bien, la diferencia entre argumentos de principios y conforme a directrices radica en el diferente cuestionamiento que se hacen los jueces. Así, el argumento de principio proporciona una razón sobre por qué causa a un actor le asiste o no le asiste un derecho. Las consecuencias de la decisión con base en un argumento de principio se harán valer para establecer el peso que le corresponde a un derecho preexistente pero abstracto. La cuestión inicial seguirá siendo siempre si al actor le asiste o no un derecho¹⁶¹. En cambio, un argumento conforme a una directriz política proporciona una razón que justifica la promoción de un interés colectivo mediante una sentencia, no obstante que las partes del proceso no tengan derecho al beneficio concreto que se puede derivar de la sentencia¹⁶².

En la diferencia entre principios y directrices de Dworkin no resultan relevantes el tipo de hechos sino el tipo de ideologías y cuestionamientos de una organización política¹⁶³. Dicha diferencia no se basa en forma alguna en una teoría que, tome en cuenta las consecuencias concretas de una decisión. Esto significa que, el juez en cada caso se debe preguntar sobre los derechos que se encuentran a discusión entre las partes y no sobre las consecuencias económicas de una decisión.

VIII. El Derecho como praxis interpretativa

Dworkin tiene la pretensión de ofrecer un tipo diferente de respuesta sobre el concepto de Derecho¹⁶⁴. Hasta antes de la aparición de su obra "*Law's Empire*" Dworkin no había expresado su posición con relación a dicho concepto, habiéndose limitado a llevar a cabo una crítica de las teorías positivista y utilitarista.

¹⁶⁰ Dworkin, R., Op. cit., p. 296.

¹⁶¹ Ibidem., p. 297.

¹⁶² Ibidem., p. 294.

¹⁶³ Ibidem., p. 297.

¹⁶⁴ Ibidem., p. 413.

En su obra "*Law's Empire*" Dworkin propone una concepción del fenómeno jurídico, que se aparta significativamente de las propuestas por otras corrientes de la Teoría del Derecho contemporánea. De aquí que la exposición de la misma no resulte sencilla. Por una parte, Dworkin se niega a adoptar la tesis de la separación, según la cuál se debiera diferenciar entre lo que es y lo que debiera ser el Derecho. También sostiene que Teoría y Filosofía del Derecho son dos gemelos que hacen lo mismo¹⁶⁵. Finalmente, considera sin validez a las teorías que tratan de aportar un punto de vista valorativamente neutral¹⁶⁶.

Dworkin trata, partiendo de su crítica al positivismo y al utilitarismo, de entender al Derecho como una praxis interpretativa. Con su propuesta tiene la intención de ofrecer una alternativa que exponga al fenómeno del Derecho en un contexto más amplio del que la Teoría del Derecho contemporánea considera¹⁶⁷.

En su intento por entender al Derecho en su real magnitud Dworkin trata de superar las diferencias, por una parte, entre Filosofía Analítica y Filosofía y, por la otra, de concebir al fenómeno jurídico desde la perspectiva del juez. De esta forma, a diferencia de Hart, quien define al Derecho con base en aspectos externos del sistema –reglas primarias y secundarias–¹⁶⁸, Dworkin adopta una perspectiva interna del problema. Para el efecto, considera como el arquetipo de la actividad jurídica a la decisión judicial¹⁶⁹. La decisión judicial es la pieza central de su paradigma.

En el principio de la teoría de Dworkin se encuentra la premisa según la cuál el objetivo fundamental de la actividad judicial es la determinación de los derechos subjetivos de las partes en un proceso. Éste deberá decidir, tomando en consideración los argumentos relevantes, si a las partes les asiste el derecho que invocan. Esta es la tesis central de la "*rights thesis*"

¹⁶⁵ El intento por superar las diferencias entre Filosofía y Teoría del Derecho es una constante en los autores modernos de la especialidad. También Jürgen Habermas en su obra "*Faktizität und Geltung*", postula la necesidad de un tratamiento teórico unitario del problema jurídico. Op. cit., p. 9.

¹⁶⁶ Dworkin, R., "*Taking rights seriously*", Peral Duckworth & Co. Ltd., Quinta Edición, Londres, 1987, p. 45.

¹⁶⁷ Bittner, C., "*Recht als interpretative Praxis*", Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 249.

¹⁶⁸ "*El concepto de derecho*", trad. Genaro R. Carrio, Segunda Edición, Editora Nacional, México, 1980, p. 99 y ss.

que Dworkin trata detalladamente en su obra "*Taking rights seriously*". En su otra obra clásica: "*Law's Empire*", Dworkin desarrolla una teoría de la interpretación que expone cómo se determina judicialmente cuál es el derecho de cada quién.

La disolución de una concepción puramente ontológica del Derecho es quizá el parteaguas de una reflexión postmoderna del Derecho. Dworkin trata de superar a las teorías del Derecho que identifican a éste con un conjunto de reglas y principios, cada uno de los cuales tiene su propio ámbito material de validez sobre cierto tipo de conductas humanas¹⁷⁰.

1. El juez como el principio de la Teoría del Derecho de Dworkin

El proyecto de Dworkin de representar al Derecho como una praxis interpretativa, parte de una perspectiva judicial del Derecho. La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. El resultado de dicho análisis es que dichos métodos no sólo sirven para descubrir el Derecho, sino también para justificar la aplicación de éste.

Dworkin piensa que, el Derecho es un fenómeno social, que como tal es parte de la vida de los seres humanos y, que por lo mismo, debe ser concebido como una praxis que involucra relaciones sociales reales, más concretamente, una praxis de las partes de un proceso¹⁷¹. Esta praxis jurídica –"*legal practice*"– hace necesaria una determinada concepción del Derecho que resulta de lo que dichas partes han comprendido mediante la interpretación que está permitido o prohibido. La interpretación del Derecho que llevan a cabo las partes de un proceso es la que realmente resulta relevante, pues como Dworkin señala el punto de vista de los teóricos pueden ser importantes sólo si adoptan el punto de vista de dichas partes. La explicación y justificación de dicha praxis representa fundamentalmente el punto de vista de dichas partes. Un punto de vista externo que, se limitara a la exposición de las opiniones de las diferentes partes del proceso, no

¹⁷⁰ Dworkin, R., "*Law's Empire*", Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 413.

¹⁷¹ Ibidem., p. 12 y Dworkin, R. "Legal theory and the problem of sense" en: Gavison, R., "*Issues in contemporary legal philosophy*" (Compilador), Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 13.

podría servir para explicar la praxis jurídica¹⁷². La corrección de un argumento jurídico, según su opinión, resulta de una interpretación de la praxis jurídica, tal y como ella es, y no de un concepto preconcebido y aceptado por las partes del proceso¹⁷³.

Debido a que para Dworkin el arquetipo de la argumentación jurídica es la argumentación judicial, concentra su atención en ésta. Por lo mismo, piensa que la práctica de los tribunales tiene más influencia sobre otras actividades jurídicas que al contrario¹⁷⁴. De esto deriva la necesidad de que el análisis de la Teoría del Derecho parta de la posición judicial, pues de lo contrario el carácter argumentativo de la praxis jurídica no se podría comprender. Argumentativa es la praxis jurídica, pues todos los argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objeto último fundamentar una pretensión. Debido a que la corrección de un argumento jurídico sólo puede ser el resultado de una interpretación del material jurídico actual, la praxis jurídica muestra también un aspecto proposicional. De esta forma, la actividad de los jueces sirve como paradigma para explorar el aspecto central proposicional de la práctica jurídica¹⁷⁵.

2. La Teoría de Interpretación de Dworkin

2.1. La Teoría de la Interpretación de Dworkin como Método de Descubrimiento del Derecho

En la teoría de Dworkin la problemática de la interpretación adquiere una posición fundamental. La praxis del Derecho –“*legal practice*”– es en su concepción un ejercicio en interpretación –“*an exercise in interpretation*”–¹⁷⁶. Con esto quiere dar a entender que, todo aquello que pertenece a las prácticas jurídicas y que constituye el trabajo de los jueces, abogados y funcionarios públicos, no es más que el resultado de una interpretación del material jurídico actual –leyes, jurisprudencia y teorías–.

¹⁷² Cabe mencionar que, a diferencia del positivismo jurídico, que parte del descubrimiento del significado semántico del uso de la palabra “Derecho”, Dworkin pone en el centro de su teoría el sentido de las proposiciones de Derecho. Dworkin, R. “*Law’s Empire*”, p. 13 y “*Legal theory and the problem of sense*” en: Gavison, R., “*Issues in contemporary legal philosophy*” (Compilador), p. 19.

¹⁷³ Dworkin, R., “*Law’s Empire*”, p. 13.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 14.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 14.

¹⁷⁶ Dworkin, R., “*A matter of principle*”, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 146.

Según Dworkin nuestros modernos sistemas jurídicos se muestran frente al Derecho a través de una posición interpretativa de los operadores jurídicos¹⁷⁷. Éstos le atribuyen al Derecho un valor en forma de una praxis social común. Por eso, los abogados y los jueces no pueden renunciar a elaborar una teoría que considere las tareas de interpretación¹⁷⁸. Sin embargo, para Dworkin la actividad interpretativa va más allá de la aplicación de fríos métodos reconocidos por el sistema, con uso de los cuales los operadores encuentran el Derecho que deben invocar o aplicar a cada caso concreto. Tampoco le resulta suficiente simplemente determinar cuál fue la intención del legislador al emitir una ley¹⁷⁹. Más bien, Dworkin considera que, cada interpretación es dependiente, en gran medida, de una moral política¹⁸⁰, con lo que su Teoría presupone una comprensión deontológica de las pretensiones jurídicas de validez¹⁸¹.

Para Dworkin la interpretación es la expresión de uno de los problemas fundamentales que puso de relieve la Teoría de la Jurisprudencia Analítica y que consiste en el contenido que le debe ser atribuido a una proposición jurídica –“*proposition of law*”–¹⁸². Según Dworkin los juristas usan proposiciones jurídicas para describir o declarar ciertas relaciones, particularmente relaciones de derechos y deberes¹⁸³. El problema radica en que la proposición, ni es sólo una descripción del actual material jurídico¹⁸⁴, ni es tampoco únicamente la exposición de una valoración en el sentido de

¹⁷⁷ Dworkin, R., “*Law’s Empire*”, p. 146. Esta descripción del punto de vista de los actores de un sistema jurídico lleva implícita la idea, que el Derecho no se puede representar de manera objetiva y fuera de la realidad de los intérpretes. El entendimiento objetivo de una regla viene de manera necesaria junto con el resultado de la interpretación de la praxis jurídica.

¹⁷⁸ Dworkin, R., “*A matter of principle*”, p. 146.

¹⁷⁹ Dworkin, R., *Law as interpretation*, en: “*Critical Inquiry*”, Septiembre de 1982, p. 197.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 146.

¹⁸¹ Habermas, J., *Op. cit.*, p. 253.

¹⁸² *Ibidem.*, p. 146.

¹⁸³ Dworkin, R., “*The philosophy of law*”, p. 5.

¹⁸⁴ Señala Dworkin que cuando se debe decidir entre dos posibles resultados interpretativos resultaría insuficiente quedarnos con la intención del autor originario de la ley y, en cambio, la decisión debe estar del lado de la interpretación que de mejor manera le da viabilidad a los principios políticos fundamentales del sistema jurídico. Esto lleva a que las concepciones políticas del intérprete determinen el contenido del material jurídico. Liberales, radicales y conservadores interpretarán en forma diferente el mismo material jurídico y la mejor interpretación para cada uno de ellos será diferente. Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 198-9.

un Derecho ideal¹⁸⁵. La proposición debe ser entendida, más bien, como una combinación de esos dos elementos, pues esto pone de relieve su carácter interpretativo.

La concepción de Dworkin de la praxis jurídica como una práctica interpretativa continua es algo más que el simple descubrimiento del significado de palabras o conceptos en los que se expresa la proposición, tal y como lo concibe la tradicional teoría de la interpretación jurídica. Su método de interpretación es un método de descubrimiento que obtiene su resultado a partir de una combinación de crítica y de creación. Dicho método le proporciona a quien lleva a cabo la praxis social interpretativa su mejor sentido. Entendido de esta manera la interpretación en el sentido de Dworkin representa una idea integral que, parte de un principio según el cuál se atribuye a una praxis social vista desde la perspectiva de los operadores jurídicos a priori un sentido y un valor¹⁸⁶. Dworkin llega a esta conclusión después de llevar a cabo la comparación entre la interpretación jurídica y la literaria. Según él la interpretación de un texto literario procura mostrar como puede ser la mejor obra de arte, sin intentar producir un nuevo texto¹⁸⁷. Con esto Dworkin se pone en contra de aquellos que en la interpretación de textos tratan de ver un acto creativo, o que tratan de establecer una línea clara entre los críticos y los intérpretes¹⁸⁸. En cambio, en la teoría de Dworkin el juez aparece al mismo tiempo tanto como crítico que como creador¹⁸⁹ y sólo a través de la interpretación el mismo obtiene el verdadero Derecho aplicable al caso del que conoce.

¹⁸⁵ Dworkin, R., "A matter of principle", p. 147.

¹⁸⁶ Dworkin, R., "A matter of principle", p. 149.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, p. 150. Esto lo denomina Dworkin como hipótesis estética -"aesthetic hypothesis"- . Con esto quiere poner de relieve que, cada interpretación literaria o artística intenta descubrir el mejor sentido de su trabajo como un todo. Sólo de esta forma el intérprete puede comprender la obra. Esto no significa que, dicho objetivo de la interpretación se deba entender que de la obra a ser interpretada se haga mediante la interpretación una buena o extraordinaria obra de arte. Cuando se dice que lo mejor que ella pueda ser, se refiere a lo interpretado en sí mismo. Si la obra de arte interpretada se puede calificar como buena, si se le considera en comparación a otras obras, es una cuestión que no se puede resolver en vía de la interpretación de ella misma.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, p. 153.

¹⁸⁹ Michaut, F., Law's Empire de Ronald Dworkin , en: *Archives de Philosophie du Droit*, No. 33, (1988), p. 116.

2.2. El método de Dworkin de la interpretación creativa-constructiva

La interpretación del Derecho como praxis social es para Dworkin una interpretación creativa. El se refiere a una praxis social como algo que es creado por una comunidad y que llega a ser algo así como una unidad independiente. De esta forma, este tipo de interpretación se diferencia de la interpretación de simples afirmaciones de un interlocutor. Para poder entender lo que Dworkin entendería por un interlocutor, debe ser analizado lo dicho siempre en relación con el locutor y aunque lo dicho es algo creado jamás puede adquirir una existencia independiente¹⁹⁰.

La representación de la interpretación jurídica como una interpretación creativa aún no trae a cuenta la actitud interpretativa –“*interpretive attitude*”– de los operadores jurídicos frente a la praxis social. El aspecto creativo sirve sólo para definir el objeto de interpretación. Si uno comprende la actitud interpretativa de los operadores jurídicos como atribución de valor o de sentido, esto nos conduce al segundo aspecto de la interpretación jurídica al que Dworkin denomina constructivo. En relación al análisis de la interpretación literaria, que intenta mostrar una obra de la mejor forma posible, Dworkin define a la interpretación de una praxis social como una interpretación creativa-constructiva, que atribuye un sentido a la praxis social de una sociedad determinada y que la muestra de su mejor forma^{191 192}. Debido a que la historia y la forma en que se practica el Derecho en cada tiempo influyen de manera decisiva la actividad interpretativa, ambas tienen que ser reflejadas por la interpretación, de tal manera que, al intérprete no le corresponde decidir de acuerdo a su libre arbitrio, que significado le quiere atribuir a dicha praxis. Así, la interpretación constructiva debe reconstruir el orden jurídico en su totalidad para cada caso, de tal forma que el sistema jurídico pueda justificarse con base en un conjunto de principios y mostrarse para el caso concreto como ejemplar del Derecho en general¹⁹³.

¹⁹⁰ Dworkin, R., “*Law's Empire*”, p. 50.

¹⁹¹ *Ibidem.*, p. 52.

¹⁹² De manera análoga a su hipótesis estética que, parte del hecho que, a cada texto literario le debe ser atribuido un valor estético, en el caso de la praxis social uno bien podría concluir que, Dworkin le atribuye a la misma un valor ético. Véase al respecto: Michaut, F., *Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin*, en: *Droit*, Vol. 11 (1990), p. 110.

¹⁹³ Habermas, J., *Op. cit.*, p. 258.

El método de interpretación creativo-constructivo podría ser definido como un péndulo que oscila entre la teoría y el material jurídico¹⁹⁴. Además, el mismo presupone un punto de observación interno¹⁹⁵.

2.3. El objetivo de la interpretación creativa-constructiva

El objetivo de la interpretación creativa-constructiva es la representación de una Teoría del Derecho que refleje el sistema jurídico actual de una sociedad moderna¹⁹⁶, o quizá sólo de la Familia del "Common Law"¹⁹⁷ y más precisamente del sistema jurídico de los Estados Unidos. El método de interpretación creativo-constructivo contribuye así a una construcción teórica. Según Dworkin el juez alcanza, haciendo uso de sus métodos de interpretación, una concepción de lo que el entiende bajo el concepto de Derecho¹⁹⁸.

Para Dworkin concepción y concepto constituyen dos diferentes niveles de abstracción, con base en los cuáles debe ser analizado el fenómeno jurídico¹⁹⁹. En este sentido entiende Dworkin lo que es Derecho, como todo lo que se puede hacer valer en una sociedad para justificar el uso del poder público en contra de individuos o grupos²⁰⁰. El concepto representa el consenso absoluto más necesario bajo el que los operadores jurídicos pudieran considerar a la práctica social como expresión del Derecho²⁰¹. Los paradigmas jurídicos aglutinan un consenso de este tipo, los mismos serían ejemplos concretos del concepto²⁰². Sin ellos no se podría formar ninguna concepción, ninguna Teoría del Derecho²⁰³.

La formación de la concepción del Derecho con base en el método de interpretación creativo-constructivo es la construcción de un tipo de

¹⁹⁴ Bittner, C., Op. Cit., p. 39.

¹⁹⁵ Michaut, F., *Law's Empire* de Ronald Dworkin, p. 116.

¹⁹⁶ Michaut, F., *Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin*, p. 110.

¹⁹⁷ Hart, H.L.A., "Postscript", p. 240.

¹⁹⁸ Dworkin, R., "The philosophy of law", p. 15.

¹⁹⁹ Dworkin, R., "Law's Empire", p. 71.

²⁰⁰ *Ibidem.*, p. 108.

²⁰¹ *Ibidem.*, p. 70 y 108.

²⁰² *Ibidem.*, p. 72.

²⁰³ *Ibidem.*, p. 70.

lectura²⁰⁴ de un concepto abstracto. Su teoría de la interpretación es una teoría normativa²⁰⁵ que intenta esclarecer los casos estándar y puede justificar el consenso que expresan dichos casos estándar.

3. La propuesta de Dworkin de una concepción del Derecho fundamentada en el Principio de Integridad

3.1. Una concepción interpretativa

Mientras Dworkin en su obra *"A Matter of Principle"* diferencia entre la *"rule-book conception"* y la *"rights conception"* como dos posibles formas de lectura de los conceptos jurídicos, propone en su obra *"Law's Empire"* tres concepciones de Derecho: el convencionalismo –*"conventionalism"*–; el pragmatismo –*"pragmatism"*– y; el Derecho como integridad –*"law as integrity"*–. Ésta última representa la propuesta de Dworkin para una concepción del Derecho construida con base en la interpretación. Aunque en principio la misma es una Teoría del Derecho del sistema jurídico de los Estados Unidos, en ciertos aspectos resulta válida para los sistemas jurídico románicos²⁰⁶. Un aspecto muy importante del sistema de Dworkin es la relación entre Teoría del Derecho y jurisprudencia. Esto se aclara con base a la diferencia entre concepto y concepción. La interpretación de un concepto y la interpretación de la praxis social van de la mano. El significado de un concepto abstracto, como podría ser por ejemplo el de justicia, lo adquiere el juez, sobre todo, del análisis de la praxis²⁰⁷. La jurisprudencia no es el resultado de observar las reglas de una determinada teoría de la interpretación. Por el contrario, para Dworkin la jurisprudencia no se podría producir sin una Teoría del Derecho. Con esto rechaza Dworkin la idea de un juez neutral, que aplicara el Derecho de una manera más o menos mecánica y más bien piensa que el juez es un operador jurídico que actúa políticamente.

3.2. El principio de integridad como parámetro de la interpretación

El modelo de interpretación jurídica que propone Dworkin se fundamenta en el ideal político de integridad. Integridad representa en esta

²⁰⁴ Dworkin, R., *"The philosophy of law"*, p. 14.

²⁰⁵ Dworkin, R., *"Law's Empire"*, p. 71.

²⁰⁶ Michaut, F., *Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin*, p. 111.

²⁰⁷ Dworkin, R., *"Law's Empire"*, p. 410.

concepción un principio de moral política, al que junto con la realización de los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia²⁰⁸. Así, por ejemplo, podría surgir tensiones entre tales ideales entre sí, los que en la mayor parte de las ocasiones podrían ser solucionados en beneficio del principio de integridad. El principio de integridad tiene aplicación de igual forma tanto en la legislación como en la jurisprudencia²⁰⁹.

La integridad representa en la concepción de Derecho de Dworkin el único parámetro de la interpretación. Cuando se refiere a la interpretación literaria Dworkin denomina al parámetro que sirve para interpretar un texto, como parámetro estético²¹⁰. Con éste Dworkin quiere poner de relieve que, la interpretación general tiene la tarea de hacer con base en el objeto de la interpretación al mismo el mejor de su género²¹¹. Para la interpretación jurídica vale el mismo postulado, aunque en este caso el parámetro estético resulte de nula importancia. En cambio, la interpretación del material jurídico lo muestra al objeto desde su mejor perspectiva, sólo si se comprende como una conducta del Estado que se lleva a cabo con base en el principio de integridad. Esto significa que, el juez tiene que interpretar el Derecho como expresión de una conducta integral del Estado, esto es, como una conducta con base en un único conjunto de principios coherentes²¹². Con esto Dworkin sustituye el parámetro estético de la interpretación literaria con el parámetro ético en el campo del Derecho²¹³. De esta forma es como Hart sostiene que, la identificación del Derecho aplicable implica en Dworkin un juicio de valor ético sobre lo que justifica de mejor manera el Derecho establecido²¹⁴.

Entre la integridad política y personal encuentra Dworkin cierto paralelismo. Una persona cumple con las exigencias de la integridad personal cuando vive de acuerdo a determinados parámetros personales y cuando

²⁰⁸ Ibidem., p. 188.

²⁰⁹ Ibidem., p. 167.

²¹⁰ De hecho Dworkin toma a la interpretación de la literatura como modelo de la interpretación jurídica. Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 192.

²¹¹ Ibidem., p. 184.

²¹² Ibidem., p. 166.

²¹³ Michaut, F., *Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin*, p. 110.

²¹⁴ Hart, H.L.A., "*Postscript*", 271.

sus decisiones no son arbitrarias o infundadas²¹⁵. Si trasposiéremos esto a las conductas estatales lo mismo significaría que el Estado se encuentra obligado a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales²¹⁶. De esta forma, el ideal de integridad representa un mandamiento de trato igual.

La incorporación del ideal de integridad como parámetro de interpretación de las conductas estatales, en especial en el campo de la legislación y de la jurisprudencia, presupone la personificación del Estado²¹⁷. Dworkin considera que el Estado es una unidad independiente, moralmente actuante, que se diferencia de los ciudadanos. La integridad de las conductas estatales la refiere Dworkin a una moral estatal propia, a la que se le podría denominar moral institucional y que se diferencia de la moral positiva de la sociedad²¹⁸. Sin embargo, debe quedar claro que el Estado a que se refiere el concepto de integridad de Dworkin no es cualquier tipo de Estado, sino más bien, el Estado de Derecho²¹⁹.

La concepción de la comunidad como una unidad independiente que se encuentra obligada a observar un ideal de integridad, la denomina Dworkin como una asociación de principios –*association of principle*–²²⁰. Una tal asociación de principios no se realiza solamente mediante la observación de un conjunto de principios coherentes y consistentes, sino que la misma es expresión de un ideal que proviene de la Revolución Francesa: la fraternidad²²¹. Las obligaciones que se derivan de la conducta íntegra del Estado las interpreta Dworkin en lo sucesivo como obligaciones políticas, que se consideran como obligatorias debido a que se fundamentan en la fraternidad de los miembros de la comunidad. La obligación política de observar el Derecho proviene de la idea protestante del principio de fidelidad a un esquema de principios de los miembros de una comunidad política²²².

3.3. *El axioma de igualdad como último criterio de decisión*

El método constructivo de Dworkin, tal y como ya fue mostrado, se encuentra orientado por el principio de integridad. Al juez le ha sido enco-

²¹⁵ Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 166.

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 165.

²¹⁷ *Ibidem.*, p. 166.

²¹⁸ *Ibidem.*, p. 168.

²¹⁹ Habermas, J., *Op. cit.*, p. 263.

²²⁰ Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 211.

²²¹ *Ibidem.*, p. 188.

²²² *Ibidem.*, p. 190.

mendado interpretar el Derecho, esto es la praxis social, de tal forma que adquiera vida de la mejor manera posible. Esto se logra cuando el resultado de la interpretación, por una parte, corresponde a la práctica habitual del momento –“*dimension of fit*”–, y por la otra, representa los valores de la sociedad –“*dimension of value*”–²²³.

La “*dimension of fit*” se relaciona con factores históricos²²⁴. Una interpretación que no corresponda a los criterios contenidos en un gran número de casos en los que se hayan decidido controversias similares, tendría que ser considerada en el modelo de Dworkin como una interpretación que no es la mejor posible. Esto sería un primer filtro en los denominados casos difíciles, en los que se descarta fundamentar la posible solución como no histórica. El plausible reflejo del material jurídico existente representa un tipo de examen del umbral de lo históricamente inexistente –“*threshold requirement*”–²²⁵. En el caso de que el material a interpretar sea de tipo legislativo la cuestión no consistirá en determinar la intención del legislador, sino que deberá ser decidido como una cuestión de Teoría Política. Los jueces desarrollan así una forma particular de interpretación legal mediante la formación y refinamiento de una Teoría Política para aquellas materias cuyo contenido dependerá de la interpretación. Ésta incluye adecuación a la historia doctrinal y una toma de posición frente a los principios y a los objetivos de justicia²²⁶.

En Dworkin la calificación de un caso como difícil se encuentra íntimamente vinculada con teoría del umbral. Pues sin excepción, en este tipo de casos varias interpretaciones cumplirían la “*dimension of fit*”. Por lo mismo Dworkin establece un segundo filtro: la “*dimension of value*”. Esta exige que, la interpretación justifique de la mejor manera posible el material jurídico. Sin embargo, el ideal de integridad, que descarta la posibilidad de varias interpretaciones legítimas, no puede ser utilizado en estos casos como parámetro de la interpretación. En su lugar comienza a perfilarse el problema de los procesos de justificación infinitos, pues para cada nuevo y más elevado criterio interpretativo se plantea la cuestión de su propia justificación.

²²³ Dworkin, R., “*A matter of principle*”, p. 160 y “*Law’s Empire*”, p. 139, 230 y ss.

²²⁴ Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 195.

²²⁵ Dworkin, R., “*A matter of principle*”, y “*Law’s Empire*”, p. 255.

²²⁶ Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 196.

La decisión sobre: ¿cuál es la interpretación de entre las varias que resultan adecuadas que se impone de mejor forma desde un punto de vista moral?, la determina Dworkin con base en el principio de igualdad. Este representa el principio fundamental de la teoría de Dworkin y permite poner punto final al proceso de justificación infinito²²⁷. Para Dworkin la igualdad, el valor más elevado en una concepción de moral política, no requiere una fundamentación extra²²⁸. El axioma de igualdad representa el punto final de la búsqueda de la justicia en Dworkin²²⁹. Al contrario que la moral de la sociedad, el principio de igualdad pertenece a un nivel de abstracción de lo más elevado de la moral, ya que constituye una abstracción de una moral política abstracta²³⁰.

La concepción de Dworkin de igualdad se encuentra muy cerca de la idea de fraternidad, toda vez que en ella incluye el trato a los ciudadanos como trato con igual interés y respeto²³¹. Con esto no se quiere hablar de un principio formal puro, pues ella es sólo una concepción interpretativa del concepto de justicia. El principio de igual interés y respeto comprende la idea de la autonomía y dignidad de los seres humanos²³². Asimismo dicho principio exige, en especial, que quien actúa como operador del Derecho, como bien podría ser el juez, se ponga en el lugar de los demás, considere sus valores y ambiciones y las respete²³³.

El modelo constructivo de la moral abstracta como último criterio para la mejor interpretación moral no presupone un orden moral racional y elevado sobre la sociedad en el sentido del Derecho Natural. La corrección de las afirmaciones morales resulta en el modelo constructivo de Dworkin de la necesidad de coherencia y consistencia que no son dependientes del modelo²³⁴. El punto de partida es la intuición de justicia del intérprete. El modelo constructivo le impone un cerrojo a la subjetividad. Esto debido a

²²⁷ Postema, G.L., "Reviewing A Matter of Principle", en: *Political Theory*, No. 15, (1987), p. 274.

²²⁸ Bittner, C., Op. cit., Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 61

²²⁹ Michaut, F., *Law's Empire* de Ronald Dworkin, p. 117.

²³⁰ Bittner, C., Op. cit., p. 59.

²³¹ Dworkin, R., *Taking rights seriously*, p. 227; *A matter of principle*, p. 161 y *Law's Empire*, p. 190.

²³² Bittner, C., Op. cit., p. 63 y ss.

²³³ Dworkin, R., *Taking rights seriously*, p. 201 y 356.

²³⁴ Ibidem. p. 163.

que, dicho modelo no eleva a la intuición subjetiva del intérprete a criterio superior, sino solamente hasta el nivel del material de interpretación²³⁵, el que no puede ser transgredido so pretexto de que el fallo se encuentra fundamentado en la justicia. Además, ante el peligro que pudiera representar el hecho de que dicha intuición subjetiva pudiera llevar a hacer prevalecer las convicciones particulares de cada juez, Dworkin hace valer la responsabilidad institucional de integridad que los jueces adquieren frente a lo que otros jueces han hecho y harán, lo que significa que, el cuerpo de principios que ellos construyen en el presente en vía de interpretación, es más probable que sea del tipo abstracto, esto es, objetivo y tienda menos a incluir prejuicios propios de una sociedad o grupo determinado²³⁶.

Dworkin establece como criterio último en la dimensión de los valores –“*dimension of value*”– el principio de igual consideración o interés y respeto, para poder decidir, en última instancia cuál de las varias interpretaciones posibles sería la mejor moralmente. El principio de igualdad se opone a una moral política abstracta presupuesta o a priori, que pueda ser descubierta utilizando algún método racional del tipo del kantiano²³⁷. No obstante que la concepción de Dworkin de igualdad aún no se encuentra completamente madura²³⁸, permite reconocer como su núcleo central una determinada concepción del ser humano. Con esto se hace claro que, el principio axiomático de igualdad no es ningún principio formal²³⁹. De esta forma, para Dworkin una sociedad justa es aquella que incorpora y realiza de la mejor forma el principio de igualdad²⁴⁰.

La teoría de Dworkin subordina a la Teoría del Derecho a una Teoría Política del Liberalismo. En su carácter de liberal el defiende una concepción de la Moral Política, que le atribuye al individuo una independencia moral

²³⁵ Ibidem. p. 160 y Bittner, C., Op. cit., p. 60.

²³⁶ Dworkin, R., “The judge's new role: should personal convictions count?”, p. 11.

²³⁷ Dworkin es de la idea que ningún conjunto de principios construido por un filósofo es capaz de reflejar fielmente las tradiciones y la historia de una sociedad. “*Dos concepciones políticas muy distintas, que podrían justificar ahora decisiones políticas controvertidas muy diferentes, podrían, sin embargo, cuadrar con el registro y con la retórica de la historia política de una comunidad de una forma igualmente satisfactoria ambas*”. Véase al respecto: Dworkin, R., “*Ética privada e igualitarismo político*”, (trad. Antonio Doménech), Paidós, Barcelona, 1993, p. 81.

²³⁸ Dworkin, R., “*Taking rights seriously*”, p. 357.

²³⁹ Bittner, C., Op. cit., p. 64.

²⁴⁰ Dworkin, R., “*Taking rights seriously*”, p. 232.

frente al Estado y que lo protege de sus decisiones que le prescriben cierto tipo de forma de vida²⁴¹.

Dworkin acepta los postulados utilitaristas de bienestar, sin embargo, esto sólo en tanto en la realización de los mismos no se lesione el principio de igualdad. Su teoría de los principios que coloca al individuo como centro del sistema, presupone una teoría de fundamento, la que puede ser denominada como liberal-igualitaria²⁴².

Con estos fundamentos políticos explícitos que también para la Teoría del Derecho aparecen como políticos, Dworkin se une a cierta corriente de teóricos del Derecho que, pretenden construir una Teoría integral del Derecho²⁴³.

3.4. *La continuidad del Derecho -"chain of law"-*²⁴⁴

El corazón del modelo de interpretación de Dworkin es la idea de la continuidad. El juez como un funcionario público que se encuentra obligado por el principio de integridad cumple su tarea, sólo si el resultado de su interpretación al que ha llegado, entre otras cosas, coincide y se justifica con base en el material jurídico existente y es capaz de soportar un examen en cuanto hace a su conformidad con el mismo. Así, Dworkin compara el trabajo de los jueces con el del autor que escribe la continuación de una novela²⁴⁵. Dicho autor, en primer lugar, se tiene que representar una idea de la novela que ya ha sido escrita. Sólo cuando el ya sabe como imaginarse a los personajes centrales de la novela, el puede planear como continuar la historia. El método creativo-constructivo exige, que los nuevos capítulos guarden una congruencia con los anteriores²⁴⁶. Aplicar el Derecho significa en este sentido que, en cumplimiento del principio de integridad se debe tener en cuenta la continuidad.

²⁴¹ "Hegel dijo que amos y esclavos están en la misma cárcel; la igualdad abre las puertas de su celda", Dworkin, R., "Ética privada e igualitarismo político", p. 179.

²⁴² Postema, G.L., "Reviewing A Matter of Principle", en: "Political Theory", No. 15, (1987), p. 274 y 276.

²⁴³ Dreier, R., „Recht - Moral - Ideologie", Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, p. 8 y 11.

²⁴⁴ Dworkin, R., Law as interpretation, p. 191.

²⁴⁵ Dworkin, R., "Law's Empire", p. 228.

²⁴⁶ Ibidem. p. 229.

La sentencia judicial, como una pequeño pedazo de la praxis social refleja la concepción del juez con relación al pasado²⁴⁷. Dworkin sólo le otorga validez a aquellos principios que se utilizan como argumentos cuando resultan consecuentes, o cuando se dejan subsumir en el material jurídico existente –“*dimension of fit*”–. Un principio que, no encuentra fundamentación histórica, no sería apto ni debiera utilizarse para justificar una decisión. De esta forma, integridad significa, en cierta forma, respeto a la tradición.

El ideal de integridad exige del juez la observación de un conjunto coherente y consistente de principios morales. Mientras la exigencia de coherencia expresa los valores éticos del conjunto de principios²⁴⁸, el requisito de consistencia obliga al juez a respetar el contenido del material jurídico. El hecho de que, las decisiones judiciales se contradigan entre sí, muestra, sin embargo, que no todas ellas son consistentes. No obstante dicha circunstancia, el código de su oficio exige, por lo menos, que los jueces intentarán encontrar la consistencia²⁴⁹. El juez debe de poder presentar su decisión como una contribución a una historia evolutiva que se desarrolla bajo el imperio de la ley de continuidad. De esta forma, para Dworkin el Derecho representa una praxis social unitaria²⁵⁰.

IX. Conclusiones

1. Dos son las columnas en las que se erige la Teoría del Derecho de Dworkin. Por un lado el análisis de la praxis judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos tanto de Derecho Constitucional como de Derecho Privado haciendo especial énfasis en los denominados casos difíciles –“*hard cases*”–. Por la otra, en una crítica de las concepciones positivista y utilitarista del Derecho, la que se hace consistir fundamentalmente en una refutación de la teoría Hart.

2. La Teoría del Derecho de Hart consiste en un análisis general y descriptivo de tipo lógico-empírico de la estructura de los sistemas jurídicos nacionales que termina por representar al Derecho como un sistema complejo de reglas.

²⁴⁷ Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 194.

²⁴⁸ Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 184.

²⁴⁹ Dworkin, R., *Law as interpretation*, p. 194 y *The judge's new role: should personal convictions count?*, p. 11.

²⁵⁰ Dworkin, R., *“Law's Empire”*, p. 226.

3. Para Hart cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada uno de ellos cumple. El primer grupo se integra por reglas que prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias –reglas imperativas– o que, autorizan o facultan –reglas imperativas– a éstos para llevar a cabo ciertas conductas –“*normas primarias*”–. El segundo grupo de reglas –“*reglas secundarias*”– son un complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las “*reglas primarias*”. Dentro de tales deficiencias encontramos la indeterminabilidad de su contenido, su carácter estatal y su inefectividad social. Hart diferencia dentro de las “*reglas secundarias*”– tres grupos: “*reglas de decisión*” –“*rules of adjudication*”–; “*reglas de modificación*” –“*rules of change*”– y; “*reglas de reconocimiento*” –“*rules of recognition*”–.

4. En contra de la falta de efectividad de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que precisan de que forma se debe comprobar que una norma perteneciente al sistema ha sido quebrantada –“*reglas de decisión*”–.

5. En contra de la estática de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que establecen de que forma las reglas del sistema jurídico pueden ser modificadas o, suprimidas y nuevas reglas pueden ser puestas en vigor –“*reglas de modificación*”–.

6. El grupo más importante de “*reglas secundarias*” en el sistema de Hart son las “*reglas de reconocimiento*”. Estas establecen que criterios de validez debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Las “*reglas de reconocimiento*” presentan dos aspectos. El aspecto exterior radica en la existencia de una praxis compleja, pero regularmente coordinada, de los tribunales, autoridades administrativas y personas privadas, cuando ellos con ayuda de determinados criterios objetivos identifican lo que vale como Derecho. El aspecto interior de una “*regla de reconocimiento*” consiste en su aceptación por parte de por ciertas autoridades como criterio para determinar la validez de las otras reglas del sistema. Las “*reglas de reconocimiento*” no son ni válidas ni inválidas, sino aceptadas o no como criterios de validez. Con la “*regla de reconocimiento*” Hart establece un procedimiento con el cuál el Derecho se puede reducir para un preciso momento histórico en un conjunto determinado de reglas –tanto “*reglas primarias*”

como “*reglas secundarias*”-. De esta forma, sólo se puede comprobar lo que es Derecho con base en la aplicación de un método empírico que permite verificar la validez normativa a partir de hechos precisados por una “*regla de reconocimiento*” que son susceptibles de ser captados externamente mediante los sentidos. Es por esto por lo que la teoría de Hart se puede denominar positiva.

7. En el sistema de Hart se concluye que, sólo las reglas que cumplen los criterios que establecen las “*reglas de reconocimiento*” valen como normas jurídicas. De esta forma, el concepto de Derecho de Hart excluye aquellas normas que no funcionen en la forma de reglas como criterios jurídicos relevantes. Dichas normas que no son reglas carecen de autoridad jurídica al no son parte del Derecho válido.

8. En el sistema de Hart la validez de una norma se determina sólo de acuerdo a factores físicos y psíquicos. La “*regla de reconocimiento*” que sirve de criterio de validez no contiene ningún criterio de contenido esencial que debiera permanecer constante a lo largo de la historia. La independencia de la validez frente al contenido de la norma constituye una de las tesis generales de las corrientes positivistas. De aquí se deriva la conclusión de Hart que si bien existen muchas conexiones contingentes entre la Moral y el Derecho, no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la Moral. Esto no significa que, en la realidad social la Moral no ejerza una influencia factual sobre el Derecho. Si en cambio, implica que dicha influencia, por sí misma, es insuficiente para que una norma moral *ipso facto* adquiera el reconocimiento de jurídica. Se debe hacer notar que, si bien es cierto que, para determinados sistemas jurídicos los principios morales son parte del concepto del Derecho, pues si las normas jurídicas no cumplen ciertas exigencias morales no podrían ser consideradas como parte del sistema jurídico, sin embargo, dicha relación entre validez jurídica y validez moral no se presenta en todo caso de manera necesaria.

9. Dworkin califica la posición positivista del concepto de Derecho de Hart como de naturaleza factual pura y lo critica como muy estrecho debido a que los estándares de la “*regla de reconocimiento*” que determinan la validez jurídica son incapaces para proporcionar una representación completa de los sistemas jurídicos reales. A juicio de Dworkin las normas jurídicas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como

criterios de decisión son algo más que el conjunto de reglas primarias que se pueden inferir de la aplicación de las “reglas de reconocimiento”. Para Dworkin junto a las reglas, tanto los principios –“principles”–, como las políticas –“policies”– forman parte del sistema jurídico. Sin embargo, éstas no se dejan derivar por las “regla de reconocimiento” como parte de dicho sistema.

10. Dworkin estima que, aún en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso, el mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

11. A diferencia de Hart quien estima que, la existencia de una regla es no solamente constitutiva para la existencia de una obligación sino que ella define también su contenido, Dworkin piensa, por una parte, que resulta con sentido hablar de obligación aún y cuando no exista una regla. Por la otra que, una “social-rule theory” no puede ofrecer explicación alguna en razón de que circunstancia, aún existiendo una regla, – por ejemplo una “regla de reconocimiento”– existe a menudo poca claridad sobre el alcance de una obligación que en la misma supuestamente se encuentra prevista.

12. Dworkin encuentra el fundamento más importante para la establecer la insuficiencia de la “social-rule-theory” de Hart en la identificación del contenido de una praxis coincidente con la regla normativa que el juez hace valer. Debido a que Dworkin califica la existencia de una praxis social como un posible argumento para fundamentar la corrección de una regla normativa y no como su regla originaria, puede aclarar las diferencias de opinión sobre el campo de aplicación de dichas reglas normativas. Ellas representan solamente diferentes posibilidades interpretativas, para las que se puede encontrar un apoyo en la praxis social. Según Dworkin las pretensiones normativas y las obligaciones sólo pueden ser encontradas por una vía interpretativa, esto es, no encuentran su fuente, como es en el caso en Hart, en una praxis fáctica.

13. Una vez habiendo puesto de relieve las deficiencias del positivismo en la versión de Hart, la construcción del sistema de Dworkin propiamente dicha inicia con el concepto de “casos difíciles”. Por estos se debe entender aquellos que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una o varias

reglas jurídicas y en donde por lo mismo es patente la incertidumbre del resultado.

14. Para Dworkin la diferencia entre reglas y principios es una diferencia de tipo lógico. Dicha diferencia lógica se compone de tres componentes. El primero se refiere a la función especial que cumplen las reglas si se les considera en relación con los principios. Las reglas se aplican o no se aplican, en tanto que los principios sólo se aplican de manera parcial. El segundo hace alusión a la dimensión de peso que caracteriza a los principios. Un principio no conduce a una única consecuencia predeterminada, más bien puede hacerse valer como un argumento a favor o en contra de una determinada decisión que se toma previa la ponderación o valoración del peso del mismo. El tercero se relaciona con las diferentes formas o métodos para solucionar las concurrencias normativas ya se trate de reglas o de principios. El conflicto entre reglas se resuelve declarando válida y aplicable a una de ellas e inválida e inaplicable a la otra, en tanto que entre principios las concurrencias se resuelven ponderando la significación de cada uno de ellos y adscribiéndoles mayor o menor peso.

15. La diferencia entre principios "*principles*" y políticas "*policies*" le sirve a Dworkin para diferenciar entre argumentos permitidos y argumentos no permitidos en la decisión jurídica. Los principios son estándares que han de observarse debido a que son un exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y que tiene por objeto la protección de derechos subjetivos particulares. En cambio, las directrices políticas son estándares que "*proponen un objetivo que debe ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad*" y que se destinan a la promoción de los intereses colectivos de la sociedad. Básicamente al juez le estará permitido sólo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedarán reservados al legislador. A partir de esta diferencia Dworkin refuta la tesis según la cuál en algunos casos el juez debe actuar como legislador.

16. La cuestión inicial seguirá siendo siempre si al actor le asiste o no un derecho. En cambio, un argumento conforme a una directriz política proporciona una razón que justifica la promoción de un interés colectivo mediante una sentencia, no obstante que las partes del proceso no tengan derecho al beneficio concreto que se puede derivar de la sentencia.

17. Dworkin entiende por Derecho a una praxis interpretativa vista desde el punto de vista del juez, que se niega diferenciar entre lo que es y lo que debería ser el Derecho y se opone a aquellas teorías que pretende aportar una concepción valorativamente neutral del fenómeno jurídico.

18. La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. Argumentativa es la praxis jurídica, pues todos los argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión, con lo que la praxis acusa un aspecto proposicional. El resultado de dicho análisis es que dichos métodos no sólo sirven para descubrir el Derecho, sino también para justificar la aplicación de éste.

19. Para Dworkin la praxis del Derecho es un ejercicio en interpretación. Derecho e interpretación son lo mismo, pues el Derecho se muestra a través de una posición interpretativa de los operadores jurídicos.

20. Las proposiciones jurídicas son tanto una descripción de lo que es el Derecho, como una valoración de conductas en el sentido del Derecho Natural.

21. El método de interpretación de Dworkin es un método de descubrimiento que obtiene su resultado a partir de una combinación de crítica y de creación. Dicho método le proporciona a quien lleva a cabo la praxis social interpretativa su mejor sentido. Entendida de esta manera la interpretación en el sentido de Dworkin representa una idea integral que, parte de un principio según el cuál se atribuye a una praxis social vista desde la perspectiva de los operadores jurídicos a priori un sentido y un valor.

22. Como praxis social el Derecho debe ser interpretado haciendo uso del método creativo-constructivo. El aspecto creativo sirve para definir el objeto de interpretación. El aspecto constructivo tiene que ver con la atribución de sentido a la praxis social tratando de mostrarla de su mejor forma.

23. El objeto de la interpretación creativa-constructiva es la representación de una Teoría del Derecho que refleje el sistema jurídico actual de una sociedad moderna.

24. El Derecho como integridad es la Teoría del Derecho construida con base en la interpretación.

25. El principio de integridad que se aplica de igual forma tanto en la legislaci3n como en la jurisprudencia, representa en la teor'a de Dworkin un principio de moral pol'itica, al que junto con la realizaci3n de los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una funci3n propia. Para que el juez cumpla en su interpretaci3n el principio de integridad, debe entender al Derecho como la expresi3n de una conducta con base en un 3nico conjunto de principios coherentes y consistentes inspirados en la fraternidad. En tanto la exigencia de coherencia expresa valores 3ticos del conjunto de los principios, el requisito de consistencia obliga al juez a respetar el contenido del material jur'idico. El principio de integridad evidencia que, cada decisi3n de un juez es en una consideraci3n interpretativa tambi3n una decisi3n pol'itica que debe justificarse moralmente.

26. El m3todo constructivo de Dworkin se encuentra orientado por el principio de integridad. Al juez le ha sido encomendado interpretar el Derecho, esto es, la praxis social, de tal forma que adquiriera vida de la mejor manera posible. Esto se logra cuando el resultado de la interpretaci3n, por una parte, corresponde a la pr3ctica habitual del momento –*dimension of fit*–, y por la otra, representa los valores de la sociedad –*dimension of value*–. De existir varias interpretaciones adecuadas, de entre ellas s3lo una puede ser la correcta. El criterio para encontrarla lo determina Dworkin con base en el principio de igualdad. La fundamentaci3n con base en el criterio de igualdad es el punto final del proceso de justificaci3n. Por otra parte, el principio de igualdad es el 3ltimo criterio en la dimensi3n de los valores e incluye a la igual consideraci3n o inter3s, como al igual respeto.

27. La idea de continuidad obliga al juez a poder presentar su decisi3n como una contribuci3n dentro del contexto de una historia evolutiva que implica conformidad con el material jur'idico existente.