

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO*

JOSEPH RAZ**

INTRODUCCIÓN DE LOS TRADUCTORES

La polémica entre HART y DWORKIN ha signado el debate ius-filosófico de los últimos cincuenta años. Luego de *The concept of law* (1961) de HERBERT HART, RONALD DWORKIN publica *The model of rules* (1967), articulando uno de los ataques más poderosos al positivismo hartiano.

Estas primeras críticas de DWORKIN a HART motivaron numerosos trabajos en defensa del positivismo hartiano; HART comenzó con una serie de conferencias con la idea de escribir un *Postscript* a *The concept of law* que fuera lo más comprensivo posible respecto de las críticas dworkinianas.

JOSEPH RAZ escribió *Legal principles and the limits of law* (aquí traducido como *Principios jurídicos y los límites del derecho*) en 1971, publicándolo en “The Yale Law Journal” al año siguiente. El trabajo es considerado como una de las principales defensas del positivismo hartiano contra las críticas de DWORKIN***. El mismo DWORKIN, en *The model of rules II* (1972) destaca esta circunstancia, dedicando muchas de sus defensas y nuevas críticas a refutar este trabajo de RAZ.

* Título original *Legal principles and the limits of law*, publicado en “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, Apr., 1972, p. 823 a 854. DOI: 10.2307/795152. Traducido por JUAN PABLO ALONSO y ALEJANDRO D. CALZETTA. La AAFD agradece la colaboración de DIEGO PAPAYANNIS.

** Investigador Senior Asociado, Nuffield College, Oxford, M. Jur. 1964, Hebrew University, Jerusalén; D. Phil, 1967, Oxford.

*** RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998, p. 43.

Legal principles and the limits of law fue reimpresso, en una versión abreviada con algunos agregados, por MARSHALL COHEN en 1984 en *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, incluyendo una réplica de DWORKIN, titulada “A reply”.

El debate prosiguió. En 1986 DWORKIN publica *Law's empire*, profundizando sus críticas al positivismo hartiano. El *Postscript* de HART concentra sus argumentos contra *Taking rights seriously* –compilación artículos de DWORKIN que incluye “The model of rules (I)” y “The model of rules (II)”– y *Law's empire*. El *Postscript* de HART se publicó *post-mortem*, en 1994, inconcluso en varios ítems, aunque completo, según la opinión de varios autores*, en cuanto a la refutación de las críticas de DWORKIN. Finalmente, DWORKIN escribe su crítica al *Postscript* de HART en 2004.

Los artículos y libros que configuran el denominado “debate HART-DWORKIN” fueron publicados originalmente en inglés, y muchos de ellos han sido traducidos al castellano. No ocurrió lo mismo con el artículo que aquí se presenta, las críticas de DWORKIN en 1984 a este artículo de RAZ y las críticas de DWORKIN en 2004 al *Postscript* de HART.

Los datos editoriales y de las traducciones son los siguientes:

HART, HERBERT L. A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 [*El concepto de derecho*, trad. al castellano de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963].

DWORKIN, RONALD, *The model of rules (I)*, “University of Chicago Law Review”, 1967 [*El modelo de las normas (I)*, en *Los derechos en serio*, trad. al castellano de M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel Derecho, 1984].

RAZ, JOSEPH, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, New Haven, Connecticut, 1972.

DWORKIN, RONALD, *The model of rules (II)*, “The Yale Law Journal”, New Haven, Connecticut, 1972. [“El modelo de las normas II”, en *Los derechos en serio*, trad. al castellano M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel Derecho, 1984].

RAZ, JOSEPH, “Legal principles and the limites of law” –versión abreviada, con agregados–, en COHEN, MARSHALL (ed.), New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.

* RODRÍGUEZ, “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial*, p. 43.

DWORKIN, RONALD, “A reply”, en COHEN, MARSHALL (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.

— *Law's empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986 [*El imperio de la justicia*, trad. al castellano de C. FERRARI, Barcelona, Gedisa, 1988].

HART, HERBERT L. A., *Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 1994 [“Postscript”, trad. al castellano de M. HOLGUÍN, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998].

DWORKIN, RONALD, *Hart's postscript and the character of political philosophy*, “Oxford Journal of Legal Studies”, Oxford, 2004.

Legal principles and the limits of law llega, entonces, por primera vez a los lectores de habla hispana interesados en cuestiones iusfilosóficas. Aunque parezca un poco tarde (pasaron más de cuarenta años de su publicación), entendemos que su interés sigue vigente, dado que se trata de un trabajo crucial en el debate HART-DWORKIN.

Hace varios años que contamos con la autorización de JOSEPH RAZ para publicar este trabajo en su versión castellana. No quisimos publicarlo hasta tanto la editorial The Yale Law Journal nos autorizara; autorización que hemos obtenido recientemente, gracias la gestión efectuada por nuestro amigo DIEGO PAPAYANNIS, quien la gestionó cuando se encontraba en una estancia de investigación en Yale University, con el profesor SCOTT SHAPIRO; hacia él nuestro agradecimiento.

* * *

Muchas personas entienden, intuitivamente, que las normas jurídicas pertenecen a sistemas jurídicos. “Mucha gente instruida”, escribe H. L. A. HART, “tiene la idea de que las normas jurídicas de Inglaterra forman algún tipo de sistema, y que en Francia, Estados Unidos o Rusia y, por cierto, en aquellos lugares del mundo considerados “países independientes”, existen sistemas jurídicos que son, en líneas generales, similares en estructura, a pesar de sus importantes diferencias”¹. Esto incluye la suposición de que las normas jurídicas difieren de las normas no jurídicas, así como de los principios. Existen, por ejemplo, reglas y principios morales, costumbres sociales,

¹ HART, *The concept of law*, 2 y 3.

constituciones y regulaciones de asociaciones, etc., que no son normas jurídicas. Muchos filósofos del derecho han tratado de justificar esta suposición común. Se han ofrecido diversos criterios para demarcar los límites del derecho, esto es, para evaluar si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema jurídico. Se han realizado numerosas propuestas para distinguir lo que es jurídico de lo que no lo es, destacándose que tal distinción permitiría mejorar nuestra comprensión del derecho y de la sociedad. Frecuentemente, se reconoce que la distinción no es fácil de trazar en términos precisos y que cualquier test razonable admitiría la presencia de casos dudosos. A pesar de estas dificultades, muchos teóricos han considerado que vale la pena conservar la distinción; por un lado, porque no es difícil aplicarla en la mayoría de los casos y, por otro lado, porque parecería crucial para una apropiada comprensión del derecho y de la sociedad.

Sobre esta distinción, así como sobre otras cuestiones fundamentales, hay opiniones diferentes. Algunos teóricos objetaron la posibilidad de trazar la distinción entre normas jurídicas y no jurídicas, o bien pensaron que lejos de clarificar nuestra comprensión del derecho y de la sociedad, en realidad la oscurece. Recientemente, en un importante artículo, el profesor DWORKIN se ha unido a quienes desafían la posición ortodoxa según la cual lo que es derecho debe separarse de lo que no lo es. Pero el modo en que DWORKIN formula su conclusión es revelador. “Concluyo”, escribe, “que... debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otras normas sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”². Él claramente cree que no existe dicho criterio, cualquiera sea su complejidad, que distinga “el derecho de una comunidad” de “otras normas sociales”, pero se limita a rechazar explícitamente solo el modo en que HART traza la distinción por referencia a “una regla maestra”; específicamente, la regla de reconocimiento. DWORKIN elige concentrar su ataque en HART, no solamente porque está interesado en los defectos de la teoría de HART, sino porque la considera la versión más sofisticada de la concepción que desafía. Al evaluar las críticas de DWORKIN, es esencial tratar de separar aquellos argumentos que se refieren meramente al punto de vista de HART, de aquellos que se dirigen a la raíz de la cuestión y arrojan dudas sobre la conveniencia de trazar una distinción entre normas jurídicas y otras normas, o sobre la posibilidad misma de hacerlo.

² DWORKIN, *The model of rules*, 35, U. CHI. L. REV 14, 45 (1967), reimpresso bajo el título *Is law a system of rules?*, in “*Essays in legal philosophy*”, 25, 59 (R. Summers ed. 1968).

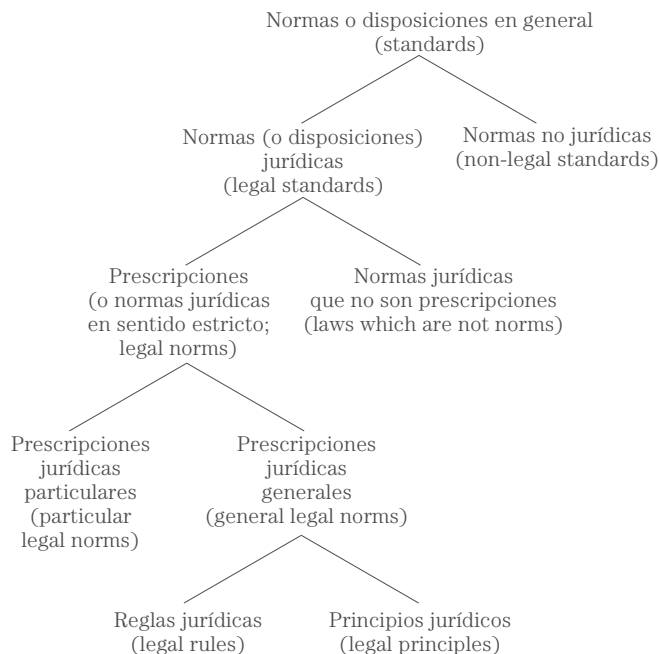
No estoy interesado aquí en refutar la crítica del profesor DWORKIN a HART o al “positivismo”, como él lo define, en general³. Mi principal interés es argumentar que no hay nada en los argumentos de DWORKIN que demuestre que existen razones para abandonar el intento de trazar los límites del derecho. Sugeriré también algunas, aunque de ningún modo todas, de las razones que deberían llevarnos a perseverar en el intento.

Los argumentos de DWORKIN se dirigen al rol crucial que juegan los principios en el derecho; a ellos nos dedicaremos ahora⁴.

³ Si estuviera obligado a encontrar aliados, ciertamente los encontraría entre aquellos comúnmente conocidos como positivistas jurídicos. Dudo, sin embargo, si al inspeccionar encontraremos algún filósofo jurídico que cumpla con la definición de un positivista realizada por el profesor DWORKIN. Su positivista es un animal tan extraño como el jurista mecánico. Pero eso es otro tema.

⁴ A lo largo de este ensayo se utilizarán extensamente las expresiones “norma”, “estándar”, “regla” y “principio”. El sentido en que se emplean estos términos emergerá de la discusión. El siguiente diagrama resume las relaciones entre ellos. Los usos diferentes serán distinguidos.

* *Nota de los traductores:* entre paréntesis están las palabras en inglés utilizadas originalmente por el autor.



§ 1. **REGLAS JURÍDICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS**

a) *LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.* Clasificar las normas jurídicas en diferentes categorías lógicas siempre ha sido una de las principales tareas de la filosofía jurídica. Muchas generaciones de teóricos han participado de intentos de analizar las características lógicas de las normas jurídicas y de identificar y contrastar los diversos tipos de normas jurídicas con respecto a sus propiedades lógicas. El análisis de la naturaleza de los principios jurídicos del profesor DWORKIN es otra contribución a este emprendimiento. DWORKIN nos advierte sobre una olvidada distinción lógica entre diferentes normas jurídicas: la distinción entre reglas y principios.

La clasificación de las normas jurídicas presupone la resolución del problema más básico acerca de su individualización, por ejemplo, una respuesta a la pregunta “¿qué ha de contar como una norma jurídica completa?”. Debe darse una breve explicación, tanto de la naturaleza de este problema como de las razones por las que ha de presuponerse una respuesta a este, al realizar cualquier clasificación de normas jurídicas⁵.

El derecho se encuentra en códigos y publicaciones legales oficiales. Estos distinguen entre sentencias judiciales, leyes, decretos, reglamentos, etcétera. Podría parecer que encontrar qué es una norma jurídica completa es una tarea fácil. Cada sección de una ley, cada sentencia de un tribunal expresa una norma jurídica completa. Pero decir esto es entender equivocadamente la cuestión. Como nos recordó BENTHAM en 1789:

¿Qué es una norma jurídica? ¿Qué es una parte de una norma jurídica? Estas preguntas versan, cabe observar, sobre el conjunto *lógico, ideal, intelectual*; no el *físico*: sobre el *derecho* [las normas], no sobre las *leyes* [las formulaciones]. Una investigación, dirigida a la última clase de objetos (las leyes, las formulaciones) no presenta mayores dificultades, pero en nada ayuda a elucidar cuestiones relevantes. En este sentido... en tanto haya sido autenticada, en tanto haya recibido el toque del cetro real, es *una* norma jurídica; una norma jurídica completa, y nada más. Una ley de George II realzada para sustituir una *o* por *y* de una ley anterior es una norma jurídica completa; una ley que contiene un cuerpo entero de normas jurídicas, perfecto en todas sus partes, ya no lo sería. Con el térmi-

⁵ Para una discusión más detallada de estos problemas, ver RAZ, *The concept of a legal system*, caps. 4, 6 (1970).

no *norma jurídica* entonces, cada vez que aparezca en las páginas siguientes se referirá a ese objeto ideal, cuya parte, todo, o la repetición, o un ensamble de partes, todos o repeticiones mezclados, se exhiben en virtud de una ley; no la ley que los exhibe⁶.

En algún sentido, la idea de BENTHAM es conocida por los estudiantes de derecho quienes, cuando necesitan saber qué norma se aplica a un problema, no se dirigen a los códigos y publicaciones jurídicas oficiales sino a los textos dogmáticos, cuyo propósito es representar el contenido de las normas jurídicas de forma metódica, dejando de lado de qué ley o precedente se deriva cada párrafo del texto dogmático en cuestión.

Sin embargo, los autores de libros de texto y los estudiantes generalmente, mientras son ampliamente indiferentes⁷ a las divisiones originales del derecho realizadas por el legislador⁸, son igualmente indiferentes a cualquier otro intento de dividir el material jurídico en normas jurídicas separadas y completas. Su interés se encuentra en el contenido del derecho; su estructura formal no les interesa. No ocurre lo mismo con el filósofo del derecho. Él a veces está más interesado en la estructura formal de las normas jurídicas que en su contenido particular. Para estudiar su estructura formal y sus propiedades lógicas, se requiere, frecuentemente, de una doctrina de individualización de las normas jurídicas.

Permítaseme ilustrar esta idea con unos pocos ejemplos. Supongamos que un filósofo del derecho nos dice que todas las normas jurídicas son mandatos*. Efectuamos tres contraejemplos a esa aserción. El primero es un artículo de una constitución que expresa que “el Parlamento tendrá la facultad de dictar normas jurídicas relativas al derecho de propiedad”. El segundo es un artículo de una ley que establece que “toda persona mayor de edad y psicológicamente capaz

⁶ *Introduction to the principles of morals and legislation*, en J. BENTHAM, “A fragment on Government” con “An introduction to the principles of morals and legislation”, 429-30 n. 1 (W. Harrison ed. 1960).

⁷ Excepto ocasionalmente para los propósitos de la interpretación.

⁸ Cuando hay un legislador. Muchas normas jurídicas surgen de la costumbre y de las prácticas de los tribunales en constante evolución. Algunas de las normas jurídicas más importantes, nos recuerda Dworkin, nunca fueron promulgadas formalmente. Este tipo de normas se encuentran presupuestas en los razonamientos jurisdiccionales y suelen haber sido formuladas previamente por juristas.

* *Nota de los traductores*: se tradujo “*commands*” como “mandatos”; también podría haberse traducido como “normas que guían conductas” o “prescripciones obligatorias”.

tendrá la facultad de realizar un testamento que determine la disposición de su propiedad luego de su muerte”. El tercero es un enunciado realizado por un tribunal al formular una sentencia que establece que “toda persona tiene derecho a la seguridad personal”. Ninguno de estos ejemplos es un mandato (una prescripción); por lo tanto, no toda norma jurídica es un mandato. ¿Hemos refutado la teoría de nuestro amigo filósofo del derecho? Lo hemos hecho solo si cada una de las tres disposiciones que enunciamos pueden ser concebidas como referencias a normas jurídicas completas. Pues nuestro amigo puede sostener, como lo hicieron AUSTIN y BENTHAM, por ejemplo, que son meramente descripciones de partes de normas jurídicas o deducciones de descripciones de normas jurídicas. Puede sostener que nuestra disposición constitucional, en verdad, establece una norma que es un mandato. Es un mandato para todos obedecer todas las normas jurídicas promulgadas por el Parlamento que regulan el derecho de propiedad. Este no fue el lenguaje utilizado por el Constituyente, pero quizás es la descripción apropiada de la norma constitucional que él creó. (Según la posición de nuestro amigo) los enunciados relativos a que el Parlamento tiene la facultad de dictar tales normas de acuerdo a una determinada Constitución son enunciados jurídicos verdaderos, pero no describen correctamente una norma jurídica. Son deducciones válidas de un enunciado que describe correctamente la norma y que muestra que realmente es un mandato de un tipo especial: un mandato de obedecer determinadas normas creadas por el Parlamento.

Respecto de nuestro segundo ejemplo, nuestro amigo filósofo del derecho puede sostener que, al promulgar el artículo relativo a los testamentos que hemos citado, el legislador no creó una norma completa sino una parte de muchas normas diferentes; cada una de ellas un mandato. Del mismo modo, las normas relativas al derecho de propiedad, podría sostener, son de hecho mandatos inmensamente complicados que prohíben a ciertas personas interferir con la propiedad de terceros de determinadas maneras. Estos mandatos se aplican solamente a las personas que no son titulares de la propiedad o no poseen derechos sobre ella. En consecuencia, los mandatos incluyen la elaboración de especificaciones de sus condiciones de aplicación, y la disposición que citamos es parte de estas condiciones de aplicación. Establece, en efecto, que una persona debería estar eximida de la prohibición de interferencia si, por ejemplo, el fallecido titular de la propiedad lo nombró en su testamento como futuro titular, y que otras personas estarán eximidas de la prohibición si él posteriormente

les transfiere la propiedad o algún derecho sobre ella, etcétera. Así, continuará con paciencia nuestro amigo, nuestro error habría sido pensar que dicho artículo era una norma jurídica completa, mientras que de hecho es meramente una parte de muchas normas. Una vez que comprendemos esto, concluirá exitosamente nuestro amigo, deberíamos ver que todas las normas jurídicas son en verdad mandatos. Pues, como es ahora claro, desde su punto de vista el enunciado del tribunal relativo a que toda persona tiene derecho a la seguridad personal no es un enunciado sobre una norma sino una resumida referencia a muchas normas. El tribunal en su razonamiento alude a las normas contra el homicidio, el asalto y la privación ilegítima de la libertad, entre otras, y a las normas que ordenan a quienes la violen que paguen los daños.

Pero podríamos cuestionar estas conclusiones, y suponer que nuestro amigo filósofo del derecho está equivocado, afirmando que no todas las normas jurídicas son mandatos. Podríamos decir que está equivocado, no porque emplea principios de individualización, sino porque emplea principios de individualización erróneos. Toda teoría sobre tipos lógicos de normas jurídicas presupone una doctrina de individualización de normas jurídicas, y casi siempre puede ser atacada o defendida simplemente atacando o defendiendo su doctrina de individualización subyacente. No es necesario abordar aquí el problema de la individualización de normas jurídicas en general⁹. Sin embargo, es muy importante estar constantemente al tanto del mismo cuando se discute sobre el estatus de los principios. Si lo hacemos, pronto advertiremos que no todo lo que parece un principio jurídico es un principio jurídico, al menos no en el sentido en que DWORKIN lo tiene en mente.

A menudo necesitamos referirnos sumariamente a un cuerpo de reglas jurídicas sin especificar su contenido en detalle. Tales referencias son realizadas frecuentemente por los tribunales al momento de justificar sus decisiones. Estas referencias usualmente toman la forma del enunciado de un principio, pero no son enunciados sobre el contenido de normas de un tipo especial, esto es, principios jurídicos. Son una breve alusión a un conjunto de reglas. Alguien puede decir que en su país el principio de libertad de expresión está reconocido por el derecho. Cuando se le pregunta qué quiere decir, puede responder que las únicas normas jurídicas que establecen límites a

⁹ He tratado de hacerlo en otro trabajo, RAZ, *supra* nota 5.

la libertad de expresión se refieren a la difamación y a la seguridad militar; que la censura de películas, libros y obras de teatro está justificada en la protección de los niños; que existen regulaciones detalladas que garantizan el acceso a los medios masivos de comunicación a las personas que representan todos los matices de opiniones sobre cuestiones públicas; etcétera. Su enunciado relativo a que en su país la libertad de expresión está reconocida por el derecho puede entonces ser considerado una resumida referencia a un gran número de normas, no un enunciado sobre el contenido de una norma individual. Otra persona, por el contrario, puede decir que un cierto sistema jurídico incorpora el principio de libertad de expresión porque contiene una norma que ordena a los tribunales y a los funcionarios públicos que protejan la libertad de expresión en todos los casos, aun en aquéllos no regulados por reglas particulares. El enunciado de esta persona *es* un enunciado sobre el contenido de una norma determinada, y es un principio en el sentido en que DWORKIN emplea el término. Impone una obligación, y guía de ese modo los actos de los tribunales y funcionarios.

DWORKIN está apenas al tanto del problema de la individualización. Dice que no todo enunciado sobre una regla es una descripción completa de esta¹⁰. Muchos de esos enunciados omiten muchas de las excepciones que son parte de la regla y que deben ser incluidas en todo enunciado completo sobre su contenido. Sin embargo, él deja de lado la doctrina de individualización por la discusión sobre los principios. En particular, desatiende el hecho de que algunos enunciados realizados por los tribunales que parecen enunciados sobre principios jurídicos de hecho no son más que referencias abreviadas a un número de reglas jurídicas. Me parece, para tomar solamente uno de los ejemplos de principios de DWORKIN, que el enunciado de un tribunal, relativo a que la libertad de contratación no es una doctrina tan importante como para no admitir excepción alguna¹¹, es meramente una referencia al hecho de que existen reglas que exceptúan la libertad de contratación y que existe una regla que concede a los tribunales facultades para introducir excepciones adicionales. (El ejercicio de esta facultad está sujeto a los principios que guían la discreción de los tribunales en general. Pero estos principios son diferentes de las facultades en general otorgadas a los tribunales).

¹⁰ DWORKIN, *supra* nota 2, en 25 [37].

¹¹ Id. en 24 [36].

La primera cuestión que concluyo es que aplicando una adecuada doctrina de individualización la aparente multiplicidad de principios se diluye. Algunos aparentes enunciados sobre principios son meramente referencias abreviadas a un número de normas jurídicas, no enunciados sobre el contenido de un principio jurídico completo.

b) *CONFLICTOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS*. BENTHAM, AUSTIN y muchos otros autores asumieron que las normas jurídicas válidas no entran en conflicto. Sabían, por supuesto, que se pueden encontrar fácilmente disposiciones jurídicas y fallos judiciales en conflicto, pero sostenían que las únicas normas jurídicas válidas eran aquellas que carecían de contradicciones. En una representación completa del derecho de un país todas las antinomias se resuelven por aplicación de reglas y principios jurídicos tales como *lex posterior derogat priori*. Los principios de individualización deberían ser lo suficientemente sólidos como para asegurar que las normas no entren en conflicto. Una norma individual puede incluir muchas disposiciones limitativas y de excepción, según la terminología de BENTHAM, limitando la aplicación de su regulación principal y evitando su contradicción con otras normas. Pero una norma no puede entrar en conflicto con otra norma y, a la vez, exceptuarla.

Este no es, sin embargo, el sentido ordinario en que pensamos la relación entre reglas y principios fuera del ámbito jurídico. Sabemos que principios como “maximice la felicidad” y “esfuércese por incrementar la igualdad” pueden entrar en conflicto cuando son aplicados a casos particulares, pero también que las reglas pueden a veces entrar en conflicto. A veces puede mantenerse una promesa solo diciendo una mentira. Normalmente no pensamos que tales conflictos son meramente aparentes y que cada regla de hecho incluye excepciones tales como “mantenga sus promesas salvo que esto implique decir una mentira”. Creemos que a veces deberíamos mentir en lugar de romper una promesa y a veces deberíamos romper una promesa en lugar de decir una mentira, y aunque lo que deberíamos hacer depende de consideraciones generales no hay manera de establecerlas todas de antemano. Muchos problemas solo pueden abordarse cuando surgen; no estamos en condiciones de decidir qué hacer únicamente sobre la base de reglas previamente aceptadas. Estamos de acuerdo con el hecho de que las reglas pueden entrar en conflicto y que imponen obligaciones que pueden ser desplazadas en casos particulares en virtud de consideraciones contrarias¹².

¹² Algunos filósofos discuten este punto de vista, pero este no es el lugar para discutir en detalle el problema general. Para un argumento convincente a favor de

DWORKIN adopta una posición alternativa sobre esta cuestión. Las reglas jurídicas, sostiene, no entran en conflicto mientras que los principios jurídicos sí lo hacen. De hecho, esta es la primera característica distintiva entre reglas y principios jurídicos:

La distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de normas se refieren a decisiones particulares sobre una obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que toman. Las reglas son aplicables de un modo “todo o nada”. Si los hechos que una regla estipula están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión¹³.

Esto significa, como explica DWORKIN que, si una regla jurídica estipula que un cierto acto debe ser realizado en ciertas condiciones, entonces, dado que en una situación particular se dan tales condiciones, el acto debe ser realizado. No puede argumentarse que no debería realizarse porque existe una segunda regla que exceptúa la primera, pues según la concepción de DWORKIN una regla jurídica incluye todas sus excepciones y no puede entrar en conflicto con otra regla. “Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no puede ser una regla válida”¹⁴. Esto distingue las reglas jurídicas de los principios jurídicos, dado que los últimos pueden entrar en conflicto.

Esto lleva al profesor DWORKIN al segundo rasgo distintivo de los principios jurídicos, que está implicado por el primero. Los principios jurídicos poseen cierto “peso” relativo. Algunos poseen mayor peso que otros. Esta dimensión de peso determina qué debe hacerse en los casos en que se aplican los principios en conflicto. “Cuando los principios se intersectan... quien debe resolver el conflicto debe considerar el peso relativo de cada uno”¹⁵.

Me gustaría sugerir que las reglas jurídicas pueden entrar en conflicto y poseer peso, y que por lo tanto las observaciones de DWORKIN no deberían considerarse definitorias de características de reglas y principios. La cuestión aquí resulta ser qué principios de individualización sería mejor adoptar. Es posible crear principios de individualización que garanticen que toda regla incluya todas sus excep-

la concepción expresada aquí, ver SINGER, *Moral rules and principles*, en “Essays in moral philosophy”, 160, 167 (A. Melden ed. 1958).

¹³ DWORKIN, *supra* nota 2, en 25 [37].

¹⁴ Id. en 27 [40].

¹⁵ Id. en 27 [30].

ciones y que ninguna regla entre en conflicto con las demás. Pero sería incorrecto aceptar tales principios de individualización. El punto en cuestión puede ser ilustrado mejor a través de un ejemplo. El derecho penal incluye una regla que prohíbe las agresiones. Esta regla está exceptuada por otras reglas¹⁶. Las agresiones están permitidas en defensa propia, en la ejecución de órdenes que provienen de autoridades legítimas y en estado de necesidad. La regla está también exceptuada por normas generales que determinan la esfera de validez territorial del sistema normativo en cuestión. Podría sostenerse, como lo hizo BENTHAM, que ningún enunciado de la norma que prohíbe las agresiones es una descripción completa de ella, salvo que enumere todas estas excepciones. Puede sostenerse que las normas que establecen excepciones no son normas separadas sino solamente partes de la norma que prohíbe las agresiones. Hacerlo sería aceptar una doctrina equivocada de individualización de normas jurídicas.

Considérense las consecuencias de aceptar esta visión de la individualización de las normas jurídicas. Significará, por supuesto, que no solo la norma que prohíbe las agresiones, sino también las que prohíben el homicidio, el aborto y el robo, y todas las demás normas, incluirán estas, y muchas otras, cláusulas de excepción. Tendremos menos normas (la doctrina de la defensa propia, por ejemplo, no será considerada una norma separada), pero aquellas que permanezcan serán descomunalmente complejas. Serán también muy redundantes, al tener gran parte de su contenido en común (la doctrina de la defensa propia, por ejemplo, será parte de cada una de las normas penales).

Aceptar tal doctrina de individualización es entender equivocadamente la función de los principios de individualización. En virtud de la gran cantidad de material jurídico que constituye un sistema jurídico, necesitamos dividirlo en unidades más pequeñas llamadas “normas”, con el objeto de ser capaces de hacer referencia de manera separada a partes del sistema jurídico total. Los principios de individualización constituyen el método para esculpir unidades pequeñas y dóciles a partir del material jurídico total de un modo que promueva nuestra comprensión del derecho, clasificando las normas jurídicas en diversos tipos y mostrando la manera en que estas normas

¹⁶ La definición de “agresión” y de algunos otros delitos a menudo incluyen expresiones como “injusto” e “ilícito”. Tales palabras sirven para dirigir la atención al hecho de que estas reglas pueden entrar en conflicto con otras reglas que las exceptúan.

se interrelacionan e interactúan unas con otras. Los principios de individualización necesarios para evitar los conflictos entre normas producen normas muy complejas que son relativamente independientes; su interacción con otras normas se minimiza; son creadas para ser tan autosuficientes como sea posible. Esta relativa independencia se alcanza al costo de hacer cada norma muy voluminosa; cada una se deriva de un gran número de disposiciones; resultando redundantes. Estas eran también, como hemos visto anteriormente, las consecuencias de negar el estatus de norma jurídica separada a las normas que confieren poderes de legislar o testar. Por estas razones (entre muchas otras) debemos rechazar cualquier doctrina de individualización que busque evitar cualquier conflicto entre reglas haciéndolas mucho más complejas y redundantes.

En su lugar deberíamos adoptar una doctrina de individualización que mantenga las reglas en una medida manejable, evite la repetición, minimice la necesidad de hacer referencia a una gran variedad de disposiciones como fuentes de una única norma y no se desvíe innecesariamente de la noción de norma en sentido común. Una doctrina de individualización tal resultará en un mayor número de normas que interactúan unas con otras, modificándose y exceptuándose entre sí. Este enfoque es más cercano al modo en que los abogados comúnmente piensan el derecho y, además, esclarece importantes conexiones entre las normas. Este enfoque centra su atención en el hecho de que ciertas normas son exceptuadas por otras normas que estipulan doctrinas como la defensa propia, el estado de necesidad, etcétera. En resumen, una doctrina de individualización tal explica mejor las interrelaciones sistemáticas entre diversas partes del sistema jurídico.

El resultado es que las normas que no son principios pueden entrar en conflicto. Como entran en conflicto o “interactúan” (para utilizar la terminología de DWORKIN), pueden modificarse o exceptuarse mutuamente. En consecuencia, el profesor DWORKIN está equivocado al sostener que los principios pueden distinguirse de otras normas porque solo ellos pueden entrar en conflicto.

El análisis precedente deja sin tratar la segunda cuestión de DWORKIN, relativa al “peso” de los principios jurídicos. Podría argumentarse que los principios jurídicos carecen de la dimensión de peso aunque entren en conflicto; si esto es así, hablar de “peso” sería erróneo. Cuando hay normas (que no son principios) que entran en conflicto, el sistema jurídico suele proveer medios para su resolución. Estos medios, usualmente, determinan cuál de las dos normas jurídicas en conflicto prevalece; tal norma siempre prevalecerá cuan-

do exista tal conflicto. Las normas de la legítima defensa o del error de hecho como excusa, siempre desplazan a la norma que prohíbe las agresiones. Con los principios la situación es diferente. La circunstancia de que un principio posea más peso o sea más importante que otro, no implica que siempre que ambos entren en conflicto (suponiendo que no está involucrado ningún otro principio) debería prevalecer el principio más importante. Al determinar qué ha de hacerse en cada caso (o tipo de caso), la importancia de los principios ha de ser considerada en relación con la medida del beneficio o perjuicio producido en los propósitos de los principios. En un caso (o tipo de caso), por ejemplo, una solución posible puede beneficiar considerablemente el propósito del principio menos importante, mientras que provoca solo un perjuicio muy pequeño al propósito del principio más importante. Las soluciones alternativas pueden causar un gran perjuicio al propósito del principio menos importante mientras que beneficia solo escasamente el propósito del principio más importante. En tales casos ha de preferirse el principio menos importante. En otros casos el cálculo puede ser distinto.

A través de la modificación del segundo rasgo de DWORKIN, puede sostenerse que, aunque tanto las reglas como los principios poseen peso relativo, ellos se comportan de manera diferente en muchos casos de conflicto. Los conflictos entre reglas se resuelven únicamente por su importancia relativa; los conflictos entre principios se resuelven teniendo en cuenta tanto la importancia relativa como las consecuencias que deparan los diferentes cursos de acción para los propósitos de cada principio*. Me parece que esta es una correcta observación de una importante diferencia entre reglas y principios (en algún sentido de “principios”) en muchos sistemas jurídicos. Sin embargo, sería incorrecto considerarla una diferencia lógica entre reglas y principios, o tomar esta característica como definitoria de los principios.

En primer lugar, observemos que existen algunos tipos de conflictos en los que las reglas se comportan como principios. Existen casos en los que una regla entra en conflicto con un principio. Tales conflictos, por supuesto, son posibles según la concepción de DWORKIN. Él piensa que una vez que son llevados ante un tribunal, pueden resolverse reformando la regla para evitar conflictos futuros. Esto a

* *Nota de los traductores*: en lugar de “peso relativo” o “importancia relativa”, podría haberse traducido como “peso abstracto” o “importancia en abstracto”. Se optó por “peso relativo” e “importancia relativa” debido a que es más literal respecto del texto original.

veces sucede, pero al menos antes de la decisión de un tribunal y a menudo, como argumentaré más adelante, con posterioridad a esta, las reglas entran en conflicto con principios. Tales conflictos pueden resolverse tanto sobre la base de la importancia relativa de las normas en conflicto, dejando de lado el propósito de las normas (tratando así al principio como usualmente son tratadas las reglas), o considerando tanto la importancia relativa de las normas como sus propósitos (tratando así a la regla jurídica como usualmente son tratados los principios jurídicos)*. En la mayor parte de los casos (aunque no en todos) se sigue el segundo método; pero, sin perjuicio de qué método se utilice, parece que en estos conflictos las reglas y los principios son tratados exactamente del mismo modo¹⁷.

Esta observación no niega el hecho de que las reglas y los principios jurídicos a veces se comportan de manera diferente en casos de conflicto, y tampoco niega que tal característica sea distintiva de los principios jurídicos. Pero le quita atractivo a dicha distinción. La razón para rechazar la distinción sugerida se centra en el hecho de que reglas y principios no son conceptos únicamente jurídicos. Distinguimos entre reglas y principios en moral y otras esferas no jurídicas. Una definición de “reglas” y “principios” jurídicos que dé cuenta del uso no jurídico de estos términos es preferible a cualquier definición que no se adecue a su uso no jurídico. Es bastante claro que en muchos contextos no jurídicos, reglas y principios tienen un comportamiento que entra en conflicto precisamente del mismo modo –el modo característico del tratamiento jurídico de los principios–. Este no es el lugar para discutir este tema. Recordemos el conflicto entre reglas relativas a la mentira y las promesas. Cuando ocurren tales conflictos, decidimos qué debemos hacer, no solo declarando que una regla es más importante que otra y que ha de seguirse siempre, sino comparando el beneficio y el daño a los valores protegidos por ellas

* *Nota de los traductores*: recordemos que para RAZ las normas (*standards*) son el género, y las reglas (*rules*) y los principios (*principles*), las especies.

¹⁷ La evaluación de la importancia de una regla y de sus excepciones depende de los propósitos de la regla, los cuales a menudo están vinculados a ciertos principios jurídicos. Del mismo modo, la importancia de estos principios jurídicos, así como de sus excepciones, depende de sus propósitos; los cuales, también a menudo, son otros principios jurídicos. Compárese, por ejemplo, la relación existente entre los siguientes principios jurídicos, mencionados por DWORKIN: “Los tribunales no deben ser utilizados como instrumentos de inequidad o injusticia”, y “Los tribunales no deben ser usados para ejecutar un contrato en el cual una de las partes se ha aprovechado de las necesidades económicas de la otra”. Id. en 24 [36].

en cada caso (o tipo de caso), a veces prefiriendo seguir una regla y violar la otra, a veces lo contrario. En consecuencia, sugiero que la diferencia lógica entre reglas y principios no tiene nada que ver con la posibilidad de conflicto o con el modo en que tales conflictos han de resolverse. El diferente tratamiento de reglas y principios jurídicos en casos de conflicto no está determinado por sus diferencias lógicas, sino que es un resultado de política jurídica. Sobre qué versa esa política es algo que podremos elucidar luego de establecer la diferencia lógica entre estos tipos de normas.

c) *DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS*. Como correctamente señala DWORKIN, la distinción entre reglas y principios es una distinción lógica. Las reglas y los principios jurídicos son normas (prescripciones) de diferentes tipos lógicos. Sin embargo, sería incorrecto suponer que todas las normas comúnmente llamadas “reglas” son del mismo tipo lógico, o que todas las normas llamadas “principios” son del mismo tipo¹⁸. Compárese la regla que prohíbe las agresiones o la regla, mencionada por el profesor DWORKIN, que expresa que “la velocidad máxima en la autopista es de sesenta millas por hora”, con otra regla según la cual “un testamento es inválido a menos que esté firmado por tres testigos”¹⁹. Las dos primeras reglas establecen prohibiciones. Son normas jurídicas que guían el comportamiento humano al proscribir un cierto curso de acción. La tercera no prohíbe una acción ni impone una obligación de comportarse de modo alguno. Tampoco es una regla que confiere potestades (siendo este un tipo de reglas distinto de aquellas que imponen deberes), pues no confiere la potestad de hacer testamentos ni confiere la potestad de ser testigo de un testamento. Existen otras reglas que confieren estas potestades a ciertas clases de personas. La regla en cuestión califica otra regla, la que confiere la potestad de hacer testamentos; hace que el ejercicio exitoso de esa potestad dependa de tres testigos que hayan firmado el testamento²⁰. Tales reglas, y existen muchas de ellas, no son normas (prescripciones): no guían directamente el com-

¹⁸ Las reglas y principios no jurídicos son también de diversos tipos lógicos, pero esto no nos interesa aquí.

¹⁹ Id. en 25 [37].

²⁰ Puede argumentarse que no se trata de una norma separada sino meramente de una parte de una regla que confiere la potestad de hacer testamentos. Supondré que los principios de individualización, por razones similares a las discutidas anteriormente, permiten considerar a esta regla como una norma autónoma. Ver punto b, “Conflictos entre normas jurídicas”.

portamiento proporcionando razones para la acción como lo hacen las reglas que imponen deberes o confieren potestades. Más bien, afectan la razón para la acción de manera indirecta, calificando el alcance o la aplicación de las reglas que son normas jurídicas²¹.

Las disposiciones jurídicas que no son normas (porque no prescriben conductas) son una categoría muy importante. Han sido dejadas de lado por muchos filósofos del derecho, quienes reniegan del hecho de que no todas las disposiciones jurídicas guían el comportamiento humano directamente ya que, al contrario, en ocasiones lo guían indirectamente a través de sus relaciones lógicas con otras disposiciones jurídicas que sí son normas (porque prescriben conductas). Algunas de las disposiciones que no son normas (no prescriben conductas) son consideradas “principios”. Esto es particularmente verdadero respecto de aquellas disposiciones que regulan una amplia área del derecho: es decir, aquellas disposiciones generales que están lógicamente relacionadas con un gran número de otras disposiciones, que las exceptúan y modifican su aplicación. Así, la disposición jurídica que determina la esfera de validez territorial de la mayor parte del derecho de un país (que claramente no es en sí misma una norma prescriptiva) suele ser considerada un “principio”. No es, sin embargo, un principio, en el sentido en que el profesor DWORKIN utiliza el término. En casos de conflicto, por ejemplo, se comporta como una regla. DWORKIN está interesado en los principios que son normas (o prescripciones); sus principios son principios de obligación, son pautas que “indican decisiones determinadas sobre obligaciones jurídicas en circunstancias determinadas”²². Analizar las diversas categorías de principios jurídicos y no jurídicos es una tarea considerable. Me interesa solamente señalar que no todos los principios jurídicos son del tipo discutido por DWORKIN. En el análisis que efectuaré a continuación, seguiré a DWORKIN al concentrar la atención exclusivamente en los principios de obligación, y tratar de distinguirlos, no de todos los otros tipos de disposiciones jurídicas, sino solo de las reglas de obligación, el tipo al que más se asemejan.

Las reglas y los principios de obligación son similares; pues, como correctamente observa DWORKIN, “no siempre podemos identificar, por su forma de enunciación, si una disposición jurídica es una

²¹ Debería destacarse que las reglas pueden entrar en conflicto no solamente con reglas de diferente tipo lógico sino también con reglas del mismo tipo. Compárese el conflicto entre reglas relativas a las mentiras y promesas.

²² DWORKIN, *supra*, nota 2, en 25 [37].

regla o un principio”²³. Cada uno de ellos expresa una razón que “indica una dirección normativa”²⁴. En otras palabras, cada uno expresa que una cierta clase de personas (el “sujeto normativo”) debe llevar a cabo un cierto acto (el “acto normativo”) en ciertas circunstancias (las “condiciones de aplicación”) ²⁵. El “deber” en ambos casos es un “deber” *prima facie*, que señala una razón para la acción, no un deber “todas las cosas consideradas”. Pues tanto las reglas como los principios pueden ser desplazados en ciertas circunstancias por otras reglas o principios, o por otras razones. DWORKIN parece sostener que los sujetos normativos de todos los principios jurídicos son los jueces²⁶. Pero otras personas e instituciones pueden también ser los sujetos normativos de los principios (aunque sea verdad que son los jueces quienes velan por el cumplimiento de los principios y demás disposiciones jurídicas). Un ejemplo de ello, mencionado por el profesor DWORKIN, es el principio de la Constitución norteamericana que establece que el Congreso no debe limitar la libertad de expresión. Otro ejemplo es el principio del *common law* sobre la negligencia, dirigido a toda la población, que prescribe un deber de cuidado razonable²⁷.

Algunas formulaciones de principios pueden dejar a sus sujetos indeterminados. El principio mencionado por DWORKIN, según el cual “el fabricante” de automóviles “tiene una obligación especial relativa a la construcción, promoción y venta de sus autos”²⁸, especifica que sus sujetos son “los fabricantes de automóviles”. No está tan claro, en cambio, si el principio según el cual “nadie puede beneficiarse de su propio delito”²⁹ está dirigido al público en general o a los jueces. Para determinarlo es necesario un enunciado más detallado del principio. El hecho de que las formulaciones ordinarias de los principios no especifiquen en detalle todo su contenido no debería sorprender a nadie, ni debería llevar a la conclusión de que las partes

²³ Id. en 28 [40].

²⁴ Id. en 26 [38].

²⁵ Esta terminología surge de G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, cap. 5, 1963.

²⁶ Ver, e.g., DWORKIN, *supra* nota 2, en 29-31 [41-44].

²⁷ Argumentaré más adelante que DWORKIN está equivocado al negar (Id. en 28-29) [40-41] que este es un principio. Ver punto d, “El rol de los principios en el derecho”.

²⁸ DWORKIN, *supra* nota 2, en 26-27 [39].

²⁹ Id. en 25-26 [37-38].

omitidas no existen. En la formulación de los principios muy pocas veces se menciona su peso relativo. Asimismo, a veces se omiten las condiciones de aplicación de los principios. Algunos principios son universales en el sentido de que el acto normativo debería ser llevado a cabo siempre que exista oportunidad de hacerlo, mientras que otros han de ser aplicados solamente bajo ciertas circunstancias.

Las condiciones de aplicación de un principio no disminuyen automáticamente por el hecho de que aquél entre en conflicto con una regla. El principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propio delito siempre se aplica a los homicidas que heredan, en virtud del testamento de la persona asesinada, a pesar del hecho de que su derecho a heredar estuvo protegido hasta 1889 en virtud de una regla. Como siempre se aplicó a tales casos, la Corte en “*Riggs vs. Palmer*”³⁰ pudo, como nos recuerda DWORKIN³¹, hacer una excepción a la regla en el caso de un homicida. A partir de casos donde se aplica un principio no obstante estar regulados por reglas contrarias, no cabe concluir que por la sola aparición de palabras como “razonable” o “injusto” en una regla, “la aplicación de tal regla dependa de principios... haciendo que la regla se asemeje a un principio” y luego afirmar que sigue siendo una regla debido a que “tales palabras restringen el abanico de principios que pueden exceptuarla”³². En general, todas las reglas están sujetas a todos los principios y pueden ser desplazadas por cualquiera de ellos bajo circunstancias determinadas. Esta es una de las principales tesis que DWORKIN quiere defender. Si una norma que establece pautas de razonabilidad es una regla, entonces es susceptible de ser desplazada por principios como cualquier otra. Es poco plausible sugerir que la función de palabras como “razonable”, contenida en una regla, sea restringir el conjunto de principios que la pueden exceptuar e inmunizarla frente a los restantes principios. Su función es justamente la contraria. Las normas que prohíben restricciones irrazonables a la libertad de contratación o al derecho a ser indemnizado por daños producidos por negligencia no tienen la pretensión de abarcar todas las eventuales excepciones emergentes de todos los principios jurídicos; pero tampoco ningún principio jurídico posee tal pretensión. Tales normas son principios del mismo tipo mencionado por DWORKIN, cuando ejemplifica que “los tribunales pueden revisar contratos de compraventa

³⁰ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

³¹ DWORKIN, *supra* nota 2, en 29 [41-42].

³² Id. en 28-29 [41].

de automóviles en especial para verificar si los consumidores fueron tratados de manera equitativa”, o “los tribunales pueden negarse a ejecutar un contrato en el que una de las partes tomó ventajas indebidas sobre la otra”³³. Estos son principios, y como todos los principios incorporan una consideración o conjunto de consideraciones que, a pesar de poseer un gran peso en su propia esfera, han de competir en determinados casos con otros principios.

La distinción entre reglas y principios de obligación tanto en el derecho como fuera de él estriba en el carácter del acto normativo prescripto. Las reglas prescriben actos relativamente específicos; los principios prescriben acciones altamente indeterminadas. Los actos genéricos poseen diversos grados de especificidad. Un acto es altamente indeterminado si puede ser llevado a cabo en diferentes ocasiones por medio de la ejecución de muchos actos genéricos heterogéneos en cada ocasión. Es más específico en la medida en que exista solo un pequeño número de actos genéricos mediante los cuales puede ser llevado a cabo. Fumar es un acto altamente específico que es llevado a cabo al fumar una pipa, un cigarrillo o un cigarro, pero no al realizar muchos otros actos genéricos. El asalto, el homicidio, la violación y el exceso de velocidad son igualmente actos relativamente específicos. Promover la felicidad humana, respetar la dignidad humana, incrementar la productividad y comportarse negligente, injusta o irrazonablemente son actos altamente indeterminados. Por esto, decimos que las reglas prescriben o proscriben la primera clase de acciones, mientras que los principios prescriben la segunda (en la medida en que estos tipos de comportamiento estén gobernados por normas). La distinción entre reglas y principios es, según este análisis, una distinción de grado, dado que no hay un límite rígido y firme entre actos que son específicos y aquellos que no lo son. En consecuencia, habrá muchos casos límite donde será imposible decir si estamos ante una regla o ante un principio.

La sugerencia relativa a que hay una distinción lógica entre el tipo de acto normativo prescripto, que subyace en gran parte nuestro uso ordinario de los términos “reglas” y “principios”, puede generar dudas. Creemos que reglas y principios juegan roles diferentes en el razonamiento práctico en el derecho o fuera de él y que dicha distinción no parece explicarlo. De hecho, sin embargo, la distinción lógica explica algunas de estas diferencias e indica cómo explicar el resto.

³³ Id. en 24 [36].

Dado que los actos altamente indeterminados pueden llevarse a cabo realizando en diferentes ocasiones una variedad de actos más específicos, las ocasiones para realizarlos los incluyen, y las primeras son más generales que las últimas. En consecuencia, las normas que prescriben actos altamente indeterminados exigen evaluaciones más generales respecto de un amplio espectro de actividades humanas. Dado el mayor grado de evaluación que poseen los principios, estos pueden utilizarse para justificar las reglas, pero no al revés. Esta es, tal vez, la más importante diferencia en el rol que juegan las reglas y los principios en el razonamiento práctico en general, y puede explicarse por medio de la distinción que he sugerido. Esto no explica todas las diferencias entre reglas y principios en el derecho. Tales diferencias dependen de la distinción lógica, no derivan solo de ella. Dependen también de diversas restricciones impuestas por políticas y objetivos jurídicos generales.

d) *EL ROL DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO.* Comenzaré analizando brevemente cinco diferentes maneras en que los principios son utilizados en el ámbito jurídico. Luego los cotejaré con relación a otras disposiciones jurídicas. El alcance de estas diferentes maneras de utilización de principios varía de un sistema jurídico a otro. Incluso, en un mismo sistema jurídico algunos principios se utilizan de estas cinco maneras diferentes; otros principios, en cambio, solo se usan de una sola; y en algunas ramas del derecho la utilización de principios jurídicos es más frecuente que en otras. No intentaré analizar en detalle el papel de los principios en un sistema jurídico determinado. Mi objetivo es solo aislar algunas de las diferentes tareas que pueden asignarse a los principios. Estas tareas son de naturaleza muy general. Para una completa concepción de la función de los principios son necesarias divisiones adicionales. Más adelante presentaré una posible división, aunque me limitaré a sus categorías más generales. Y aunque las tareas identificadas pueden ser ejercidas por diversos tipos de principios, limitaré la discusión, como lo hice anteriormente, a los principios de obligación.

1) *Los principios como fundamentos para interpretar normas.* Este es, tal vez, el uso más frecuente y menos cuestionado en que son utilizados casi todos los principios. Los principios son utilizados para la interpretación de todas las normas, incluyendo otros principios de aplicación más restringida. En la mayoría de los sistemas jurídicos existe una presunción muy fuerte, según la cual una interpretación que propicie la concordancia de una norma

con un principio ha de ser preferida a otra interpretación que no la propicie. Obviamente, algunas interpretaciones concuerdan mejor que otras con algunos principios, y los tribunales deben decidir qué interpretación ha de preferirse. Este papel de los principios es de extrema importancia, dado que es una herramienta crucial para asegurar la coherencia entre diversas normas que se aplican al mismo tópico. La importancia de esta función de los principios se pone de manifiesto cuando verificamos que normas similares de diversos sistemas jurídicos se aplican de manera diferente, debido a que se utilizan diferentes principios para su interpretación.

2) *Los principios como fundamentos para cambiar normas.* La primera función de los principios se funde en la segunda, dado que el límite entre la interpretación de una norma y su modificación es difuso. Sin embargo, ambas funciones son diferenciables, y no es difícil distinguirlas en la mayoría de los casos. La doctrina del precedente, si es aceptada, suele incluir la idea de que las normas creadas mediante precedentes judiciales pueden ser exceptuadas en función de principios jurídicos. Esto no significa que los precedentes sean objeto de modificaciones frecuentes; pues, como nos recuerda el profesor DWORKIN, los principios poseen una naturaleza restringida y conservadora. Las normas jurídicas inferiores (legislación subordinada) suelen ser objeto de mayores revisiones a la luz de los principios jurídicos. A diferencia de los precedentes, las normas jurídicas inferiores (legislación subordinada) son modificadas cuando están en conflicto con principios jurídicos, pero no por ello son anuladas. No obstante, ello, muchos sistemas jurídicos establecen que las normas jurídicas inferiores deben aprobar algún test de razonabilidad, convirtiéndose en nulas o anulables si contradicen principios fundamentales. En el caso de la legislación emanada del Parlamento los principios pocas veces se utilizan para tales fines, excepto en los países que tienen una Constitución formal de la que puede mostrarse que se derivan ciertos principios fundamentales.

3) *Los principios como fundamentos para exceptuar la aplicación de una norma.* En ocasiones una norma aplicable a un caso no es aplicada, argumentándose que ello supondría el sacrificio de importantes principios; pero no por ello la norma es modificada. En países donde no se ha desarrollado la doctrina del precedente, suele aceptarse que ciertos principios pueden desplazar a ciertas normas en determinadas circunstancias. En los países del *common law* este uso de los principios es más restringido, aunque se utiliza

en ciertas ocasiones. Por ejemplo, el principio de negligencia procesal, como instancia del principio general de equidad, se utiliza en este tercer sentido. Por el contrario, el principio “nadie puede beneficiarse de su propio delito” se utiliza en el segundo sentido antes descrito, i.e., como fundamento para cambiar y exceptuar reglas.

4) *Los principios como fundamentos para crear nuevas reglas.* Cuando un universo de problemas jurídicamente relevante está regulado solamente por principios, los jueces suelen crear nuevas reglas. Esta es una de las características centrales del *common law*: la creación judicial de reglas sobre la base de principios preexistentes.

5) *Los principios como único fundamento para la acción.* Existen casos en los cuales los deberes jurídicos surgen exclusivamente de principios. Esta función de los principios es radicalmente distinta de las mencionadas previamente, pues aquí los principios no funcionan a través o mediante reglas. No son fundamentos para la interpretación o modificación de reglas, no compiten con ellas ni sirven como fundamentos para crearlas. Esta forma de utilización de los principios es más frecuente de lo que parece, aunque no suele ser reconocida en su justa medida. La actividad judicial y el dictado de sentencias están reguladas casi exclusivamente por principios. El desempeño de los funcionarios públicos y de los órganos administrativos están regulados en gran medida por principios. El sistema jurídico concede facultades a órganos administrativos y les ordena que mediante dichas facultades promuevan ciertos objetivos políticos de acuerdo con principios generales. El ejercicio de facultades discrecionales está guiado más por principios que por reglas.

En líneas generales, en muchos sistemas jurídicos existe la tendencia a desconfiar de la aplicación directa de los principios, utilizándolos más que nada para regular el funcionamiento de las reglas de los modos antes indicados. Esto es particularmente cierto cuando los destinatarios de las normas son los ciudadanos en general y no los tribunales o los funcionarios.

Algunas de las razones para preferir las reglas a los principios, en la regulación directa del comportamiento, se vinculan con las condiciones específicas de diversos países o de diferentes ramas del derecho. Pero al menos una razón general de esta preferencia es bastante obvia. Los principios, al prescribir actos altamente indeterminados, tienden a ser más vagos y menos precisos que las reglas. Por otro lado, y por la misma razón, son particularmente aptos

para incorporar objetivos y valores generales del derecho, mientras que las reglas tienen más aptitud para reflejar consideraciones más concretas que se aplican a situaciones particulares.

Dado que el derecho debe esforzarse en compatibilizar la certeza y la confianza con la flexibilidad, generalmente es una sabia política jurídica utilizar las reglas tanto como sea posible para regular el comportamiento humano, pues son más precisas que los principios y se prestan más fácilmente a una aplicación uniforme y predecible. Es aconsejable limitar el uso de los principios para regular la creación y aplicación de reglas, con el objeto de asegurar una adecuada flexibilidad para cambiarlas y para evitar algunos de sus efectos imprevistos e indeseables. Algunas áreas, tales como la actividad gubernamental, no pueden ser adecuadamente reguladas por medio de reglas, y deben ser directamente reguladas por principios. Pero estos casos son excepcionales. Como en el uso de las reglas el interés se centra en la certeza, mientras que en el uso de los principios el interés se centra en la flexibilidad, es conveniente aceptar métodos relativamente simples para resolver conflictos entre reglas, de manera tal que no afecta la previsibilidad de su aplicación. No se aplican razones similares a los métodos para resolver conflictos entre principios. Esto explica la diferencia indicada anteriormente entre el tratamiento de las reglas y de los principios en casos de conflicto. La diferencia se origina en razones de política jurídica. No es una diferencia lógica entre los conceptos de regla y principio.

De hecho, todas las reflexiones realizadas en esta sección concernientes a los roles de las reglas y los principios se aplican solamente al ámbito jurídico. En la moral, donde la certeza y la uniformidad no son tan valiosas como lo es la corrección de la decisión, las reglas desempeñan un papel mucho más limitado que en el derecho. Los principios regulan directamente la mayor parte de las decisiones de índole moral. Por esta misma razón, los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios no son, en las evaluaciones morales, tratados de manera diferente.

§ 2. **LOS PRINCIPIOS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO**

La tesis sobre los “límites del derecho” hace referencia a la existencia de un test que distingue lo que es derecho de lo que no lo es. Los escritos de DWORKIN contienen tres argumentos contra la tesis de los límites del derecho; cada argumento es dependiente de

su teoría de los principios jurídicos³⁴. Mientras que solo dos de estos argumentos están dirigidos explícitamente contra esta tesis, todos ellos, si son válidos, la cuestionan. En el resto de este artículo mostraré que los argumentos del profesor DWORKIN son erróneos y que hay buenas razones para perseverar en el intento de construir un test para distinguir lo que es derecho de lo que no lo es. Deseo, en el curso de esta discusión, echar alguna luz sobre el modo en que tales cuestiones, aparentemente dispares, como la tesis de los límites del derecho, la naturaleza de las reglas y los principios, el papel de la discreción judicial y el criterio de identidad de un sistema jurídico, están relacionados.

a) *DISCRECIÓN JUDICIAL*. El primer argumento de DWORKIN es el resultado de su teoría de la discreción judicial³⁵. Distingue tres sentidos de discreción. En los dos sentidos débiles, “discreción” significa “evaluación” y “finalidad”. “A veces”, explica DWORKIN, utilizamos “discreción” en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón las normas que un funcionario debe aplicar no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren de una evaluación...

A veces utilizamos el término en un sentido débil diferente, para referir que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión y esta no puede ser revisada o revocada por ningún otro funcionario...

A estos sentidos los denomino “débiles” para distinguirlos del sentido “fuerte”. A veces utilizamos “discreción”... para decir que sobre alguna cuestión [un funcionario] no está sujeto a ninguna norma jurídica creada por alguna autoridad³⁶.

³⁴ En *The model of rules* tal vez no es del todo claro que todas las formas de la tesis de los límites del derecho han de ser rechazadas, aunque claramente se opone a una versión de la tesis al rechazar el principio de “que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales a través de algún test de la forma de una regla maestra”. Id. en 45 [59]. El profesor DWORKIN, sin embargo, me ha confirmado en una conversación que estos argumentos generalmente están dirigidos contra la tesis de los límites del derecho y que ha adoptado tal posición en sus clases en Oxford University en 1971.

³⁵ Ver DWORKIN, *Judicial discretion*, 60 J. Phil, 624 (1963). DWORKIN ha reformulado su teoría en *The model of rules* (ver DWORKIN, *supra* nota 2, en 32-40 [44-54]) para responder a algunas de las objeciones realizadas por G. G. MACCALLUM, Jr., en su respuesta al primer trabajo de DWORKIN. Ver MACCALLUM, *Dworkin on judicial discretion*, 60 J. Phil, 638 (1963).

³⁶ DWORKIN, *supra* nota 2, en 32-33 [45-46].

La tesis de que los jueces tienen discreción en sentido fuerte³⁷ significa que existen casos en los que ellos están jurídicamente facultados para decidir, y en los que ninguna decisión correcta está determinada por normas jurídicas. La tesis de la discreción judicial no implica que en los casos donde puede ejercerse la discreción todo vale. Las normas que regulan esos casos excluyen ciertas decisiones. El punto central es que las normas no determinan ninguna decisión como la correcta.

Argumenta DWORKIN que: 1) el derecho incluye tanto principios como reglas. De esto concluye que: 2) los jueces nunca tienen discreción en sentido fuerte. Se sigue, aunque él no lo afirme explícitamente, que: 3) la tesis de los límites del derecho es incorrecta. Argumentaré que: 3 se sigue de 2, pero que 2 no se sigue de 1 y en cualquier caso es incorrecta.

Si los jueces nunca están facultados a ejercer discreción (en sentido fuerte), entonces todas las razones, reglas y principios que fundamentan sus decisiones son parte del derecho. Hay una importante excepción a esta conclusión: aquellas normas que son aplicadas porque pertenecen a otro sistema jurídico; se trata de normas que el derecho reconoce y otorga fuerza obligatoria aunque no sean parte de ese derecho. La excepción abarca aquellas normas de otros Estados soberanos que son reconocidas y aplicadas de acuerdo con las normas del derecho internacional privado. Se extiende también a los contratos y normas de asociaciones reconocidas por el derecho, y a normas sociales, morales y religiosas de individuos y comunidades que son tomadas en cuenta para algunos propósitos jurídicos (tales como la disminución del castigo o la exención del servicio militar) o como creadoras de presunciones de hecho relativas al comportamiento o la intención de los litigantes. Cuando los jueces se refieren a tales normas en sus sentencias no lo hacen porque sean parte del derecho, sino porque el derecho suele reconocer y otorgar fuerza obligatoria a normas de organizaciones no jurídicas, comunidades o individuos³⁸.

Dejando de lado esta excepción (la cual, a pesar de ser importante, no afecta la postura de DWORKIN contra la tesis de los límites del derecho), de las consideraciones de DWORKIN sobre la discreción

³⁷ En adelante solo me referiré a “discreción” en este sentido, y solo este sentido está involucrado en lo que llamaré la “tesis de la discreción judicial”.

³⁸ Sobre este problema, ver RAZ, *The identity of legal systems*, 59 Calif. L. Rev. 795 (1971).

judicial, se concluye que todas las razones que los tribunales pueden usar para justificar sus decisiones son parte del derecho. Todas las razones para una decisión son razones jurídicas, pues el derecho unívocamente determina qué decisión es la correcta³⁹. Sin embargo, creo que en varias ocasiones los jueces están facultados a usar como fundamentos razones respaldadas por la comunidad, para propósitos diversos. Por lo tanto, de la postura de DWORKIN sobre la discreción judicial se sigue que la tesis de los límites del derecho es incorrecta, al menos en la medida en que se pueda sostener que es posible distinguir entre normas jurídicas y normas sociales no jurídicas.

Si, por otro lado, los tribunales tienen discreción, entonces en los casos en que están facultados a ejercer discreción actúan sobre la base de normas que no son parte del derecho. En consecuencia, aunque cualquier norma social puede ser parte del fundamento de una decisión judicial, no por ello ha de seguirse que todos los fundamentos son normas jurídicas. Quienes apoyan la tesis de los límites del derecho están en condiciones de trazar una distinción entre las normas jurídicas y las normas no jurídicas utilizadas en las sentencias judiciales. Pero, ¿cómo puede decidirse si los jueces tienen o no discreción?

Para DWORKIN existen principios jurídicamente vinculantes. Esto nunca ha sido negado por nadie, menos aún por los positivistas. De hecho, AUSTIN no podría haber negado que algunos principios jurídicos son vinculantes y mantener la verdad de su teoría del derecho. El principio más fundamental de su teoría es que los mandatos de un soberano son derecho, y no hay nada que impida a un soberano imponer que un principio será vinculante. El error del profesor DWORKIN estriba en que supone que cuando AUSTIN hablaba de mandatos se refería a lo que él llama “reglas”. Pero este no es el caso. Tampoco HART utiliza “regla” en el mismo sentido que DWORKIN. Con “reglas” significa lo que DWORKIN parece representar con “normas en general”, esto es, reglas, principios o cualquier otro tipo de norma (sea jurídica o social)⁴⁰.

³⁹ Los tribunales pueden ocasionalmente fundarse en las razones equivocadas. Me interesan solamente las razones que están facultados a utilizar.

⁴⁰ Por supuesto, tanto AUSTIN como HART sostendrían que *algunos* principios no son parte del derecho. Pero esto no es más que decir que creen en la tesis de los límites del derecho. Debería observarse que uso “estándares” para cubrir no solamente las normas, sino también las razones para la acción generalmente aceptadas.

El meollo del argumento estriba en la inferencia de que como algunos principios son derecho entonces la discreción judicial no existe. DWORKIN dice muy poco sobre esto. La razón, sospecho, es que ve correctamente que otros teóricos, no solo los positivistas, exageraron el alcance de la discreción judicial al no lograr establecer el rol que los principios juegan en el derecho. Tendieron a suponer que siempre que una regla es vaga el juez tiene discreción, y no vieron que a veces cuando la regla es leída a la luz de algunos principios no es vaga y no deja lugar para la discreción. “Un conjunto de principios”, como nos recuerda DWORKIN, “*puede* estipular un resultado”⁴¹. Pero el hecho de que a veces suceda no significa que ocurra siempre. Y es esto lo que DWORKIN debería hacer para completar su posición en contra de la discreción judicial. Desafortunadamente, ni siquiera intenta establecer este punto.

Supongo que podría existir un sistema jurídico que contenga una regla según la cual, siempre que los tribunales se encuentran ante un caso para el que el derecho no provee una única solución correcta, los jueces deberían rehusarse a dictar sentencia. En un sistema tal no habría discreción judicial. Pero, pueda existir o no tal sistema, muy pocos sistemas contienen reglas de ese tipo. En la mayoría de los sistemas jurídicos existen al menos tres fuentes diferentes de discreción judicial. Permítaseme examinarlas brevemente.

1) *Vaguedad*. Es inherente al lenguaje. Se trata de un problema al que los tribunales deben enfrentarse con mucha frecuencia. Como se observó anteriormente, los principios tanto como las reglas de interpretación pueden a veces resolver problemas de vaguedad sin dejar lugar para la discreción. Pero los principios mismos son vagos. Y en casos de vaguedad no puede prescindirse de la discreción si los jueces están facultados a emitir un juicio en tales casos.

2) *Peso*. Aunque a veces los principios limitan la discreción de los jueces, muchas veces tienden a expandirla. Por las razones destacadas anteriormente⁴², el derecho usualmente determina con precisión el peso relativo de las reglas. No sucede lo mismo con los principios. El derecho solo incluye indicaciones incompletas sobre el peso relativo de los principios y deja mucho para que la discreción judicial sea ejercida en la aplicación de estos a casos individuales. El alcance de la discreción se extiende doblemente, dado que no solo

⁴¹ DWORKIN, *supra* nota 2, en 36 [49] (el resaltado es original).

⁴² Ver § 1, b, *Conflictos entre normas jurídicas*.

debe determinarse la importancia relativa de los principios, sino también la importancia relativa para seguir o no un principio en casos particulares. Estas cuestiones son usualmente resueltas mediante la discreción judicial.

La circunstancia de que los tribunales tengan discreción en relación con el peso de los principios no significa, por supuesto, que el derecho no contribuya en nada a la solución del caso. Ofrece algunos elementos para una solución, pero no todos los elementos necesarios para dictar una única solución correcta. En tales casos el derecho dicta qué consideraciones han de ser tenidas en cuenta, pero no qué peso ha de asignarse a cada una de ellas o a las acciones de acuerdo con, o en contra de, cada una de ellas en casos particulares.

3) *Normas de discreción.* La mayor parte de los sistemas jurídicos contienen normas que otorgan discreción a los jueces, no solo en relación con el peso de consideraciones jurídicas sino también con relación a consideraciones no jurídicas. Tal discreción suele estar guiada por principios. Estos principios, sin embargo, no establecen qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta, sino que solo limitan su alcance.

Puede distinguirse entre principios sustantivos, que determinan un objetivo a perseguir o un valor a proteger, y principios de discreción, que guían la discreción estipulando qué tipo de objetivos y valores el juez puede tener en cuenta al ejercer su discreción. Compárense los dos conjuntos de principios hipotéticos siguientes: a) “Los fabricantes de automóviles tienen el deber de proteger al público de accidentes”. “Incrementar la productividad y la eficiencia debería ser el principal objetivo de las corporaciones públicas”. “La validez de los contratos depende de que no se tome ventaja de las necesidades económicas de la parte más débil”. “El derecho favorece la seguridad de la propiedad privada”; b) “Los tribunales no deben dar validez a los contratos injustos”. “Las corporaciones públicas deberían actuar a favor del bien general”. “Los principios de nuestro derecho prohíben todo aquello que sea *contra bonos mores et decorum*”. El primer grupo de principios establece un conjunto de consideraciones particulares sobre la base de las cuales se debe actuar. Pueden ser vagos y pueden no especificar el peso que ha de darse a cada consideración, pero la consideración prescripta es suficientemente clara y no es una cuestión dejada a la discreción de los tribunales. Los principios del segundo grupo, por otro lado, no estipulan sobre qué consideraciones debería actuarse. Meramente especifican el tipo de con-

sideraciones que pueden ser tenidas en cuenta y dejan el resto a los funcionarios o a los jueces a quienes se dirigen los principios. Más que negar discreción, presuponen su existencia y la guían. Qué es “injusto” o “a favor del bien general” es una cuestión de opinión y el derecho instruye a los tribunales o funcionarios correspondientes que actúen según sus propios puntos de vista. El derecho no impone su propia visión de la justicia o el bien común. Más bien, deja la cuestión a la discreción de los jueces o funcionarios. Muchos de los principios que rigen la acción de los jueces y del Poder Ejecutivo son principios de discreción⁴³. Dichos principios, lejos de probar la ausencia de discreción son una manifestación de una política jurídica que confía en la discreción judicial y administrativa, con el fin de aumentar la flexibilidad del derecho y mejorar los mecanismos de revisión ante circunstancias cambiantes.

Debemos concluir que los principios jurídicos no excluyen la discreción judicial; presuponen su existencia y la dirigen y guían. El argumento de la ausencia de discreción judicial contra la tesis de los límites del derecho debe ser rechazado. Debería observarse, sin embargo, que la discreción judicial no es arbitrariedad. Los tribunales nunca están autorizados a actuar arbitrariamente. Aun cuando la discreción no esté limitada o guiada en alguna dirección específica, los jueces continúan jurídicamente ceñidos a actuar como crean que es mejor según sus creencias y valores. Si no lo hacen, si dictan una sentencia arbitraria tirando una moneda, por ejemplo, violan un deber jurídico. Un juez siempre debe invocar razones. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere que actúe sobre la base de las razones que el juez considera correctas. Cuando se niega la discreción, el derecho dicta qué razones deben ser aplicadas por todos los jueces. Cuando se permite la discreción, cada juez está facultado a seguir diferentes razones, pero debe creer que son las mejores. De otro modo, la discreción puede igualarse solo a la arbitrariedad, el antojo y el capricho.

b) “*FUENTES*” DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS. Los principios jurídicos, al igual que otras normas jurídicas, pueden ser creados o derogados por las autoridades legislativas y administrativas. También pueden tornarse jurídicamente vinculantes mediante el reconocimiento

⁴³ Muchos de los principios mencionados por el profesor DWORKIN son de esta clase.

por parte de los jueces. Muchos sistemas jurídicos admiten que tanto reglas como principios pueden convertirse en derecho o dejar de serlo mediante precedentes jurisprudenciales. Los principios no se convierten en derecho por una sola sentencia; evolucionan como la costumbre y solo son vinculantes cuando obtienen un importante apoyo autoritativo mediante varias líneas jurisprudenciales. Como el derecho consuetudinario, los principios adoptados judicialmente no necesitan ser formulados con mucha precisión en las sentencias que los adoptan. Lo que debe demostrarse es que tales principios subyacen a una serie de decisiones jurisprudenciales, esto es, que fueron de hecho utilizados como razones para la resolución de una serie de casos.

Todo esto es reconocido por el profesor DWORKIN. Agrega, sin embargo, una tercera “fuente” de principios jurídicamente vinculantes: “las evaluaciones de toda la comunidad o de alguna parte significativa de la misma”⁴⁴. Y agrega en una nota: “En algunas ocasiones, en cierto grupo de casos, principios morales aceptados por la comunidad figurarán como razones para una decisión jurídica; al igual que, en otras ocasiones, en otros grupos de casos, ocurrirá lo mismo con normas establecidas de otra manera. En este sentido, tales principios son parte del sistema jurídico, si es que sirve hablar del derecho como un sistema, y el simple enunciado relativo a que el derecho y la moral están separados es erróneo”⁴⁵. La moral que DWORKIN tiene en mente consiste en aquellos puntos de vista morales que se convierten en normas sociales en una comunidad. Ningún defensor de la tesis de los límites del derecho ha negado alguna vez que algunas normas sociales también pueden ser normas jurídicas. El legislador puede convertir una norma social en derecho, tanto por medio de su directa promulgación como por medio de la estipulación de que las costumbres sociales de un cierto tipo deberían ser vinculantes como derecho. En virtud de la doctrina de los precedentes los tribunales pueden hacer lo mismo. Admitirlo no debilita en lo más mínimo la tesis de los límites del derecho.

Para desafiar la tesis debe establecerse que todas las normas sociales son automáticamente (sin un previo reconocimiento legislativo o judicial) vinculantes como derecho, al menos en la medida en que no entren en conflicto con normas jurídicas creadas por medio

⁴⁴ DWORKIN, *supra* nota 35, en 635 (1963). Es la nota 38

⁴⁵ Id. en 635 n. 9.

de la legislación o los precedentes. Si ese fuera el caso en todos los sistemas jurídicos la tesis de los límites del derecho estaría, en verdad, gravemente debilitada y necesitaría de una profunda reformulación. En sus notas subsiguientes, DWORKIN sugiere que este es de hecho el caso⁴⁶. Pienso que está equivocado, y que vale la pena detenernos a examinar la fuente de su error.

En muchos países, uno de los principios generales, restrictivos de la discreción judicial, es el que ordena a los jueces que actúen solamente sobre la base de aquellos valores fundamentales para un segmento importante de la ciudadanía⁴⁷. Existen diversos fundamentos sobre los que puede justificarse tal principio, ninguno de los cuales en sí mismo justifica todo su alcance. Puede justificarse sobre bases democráticas; puede justificarse argumentando que una sentencia que afecta la suerte de muchas personas no debería tener como único fundamento la opinión aislada de un juez, máxime si dicha opinión carece de apoyo doctrinal; puede argumentarse que las normas jurídicas que no se adecuan a los valores de la comunidad no obtendrán sus objetivos o producirán consecuencias indeseadas. Estas y otras eventuales justificaciones análogas interpretan el principio de algún modo diferente. Un estudio minucioso del tema permitirá distinguir entre diversos principios relacionados, que a veces se refuerzan unos a otros y a veces entran en conflicto o se aplican a diferentes situaciones. Todos estos principios restringen la discreción judicial pero no la excluyen. No obligan a los tribunales a hacer cumplir normas sociales específicas. Limitan su libertad para actuar sobre la base de lo que los jueces creen correcto, dado que los obligan a demostrar que no son los únicos que opinan de ese modo. No hay razón, por lo tanto, para considerar que estos principios convierten toda la moral social en derecho o que socavan la tesis de los límites del derecho.

Sin embargo, tienen un curioso efecto, aunque tal vez no sorprendente, sobre la retórica judicial en algunos países y especialmente en los Estados Unidos de América. De acuerdo a lo esperable, los jueces justifican sus sentencias basadas en la discreción, por medio de argumentos que demuestran que la decisión es acertada⁴⁸ o argu-

⁴⁶ Id. en 635 *et seq.*

⁴⁷ El principal modo de control de los valores e ideología de los tribunales es, por supuesto, no este principio, sino los métodos designación o elección de los jueces.

⁴⁸ Aunque a veces los jueces están facultados a actuar como creen que es mejor, el hecho de que crean que la decisión es buena nunca es una razón para ello; deben tener razones para sus creencias.

mentos que demuestran que la decisión se fundamenta en opiniones de un segmento de la ciudadanía. Desafortunadamente, algunos jueces prefieren sostener que no se trata solo de los valores de algún segmento de la ciudadanía, sino que representan la conciencia y el consenso nacional, que son universalmente reconocidos, etcétera. Tal vez, esto solo es retórica inocua, si así se la entiende. Sin embargo, DWORKIN nos insta a interpretarla literalmente. Los jueces aplican lo que ellos creen que son los valores de la comunidad. Se sigue que es incorrecto considerar que actúan sobre la base de sus propias creencias, como sí lo hacen los legisladores. Pueden estar equivocados en sus consideraciones sobre cuáles son los valores de la comunidad; si esto es así, entonces están equivocados sobre un aspecto del derecho, dado que los valores de la comunidad son parte del derecho.

Esta interpretación literal de la retórica judicial es posible solo si apoyamos dos mitos nocivos de la práctica judicial. El primero es el mito de que existe un conjunto de valores morales específicos compartidos por la población de un país grande y moderno. El mito de la moral común ha hecho posible gran parte de la opresión a las minorías. También permite que los jueces apoyen un punto de vista parcial mientras se enmascaran como defensores del consenso general. El segundo mito es que los valores generales proveen suficiente fundamento para conclusiones prácticas. Este mito sostiene que, dado que todos tenemos un deseo general de prosperidad, progreso, cultura, justicia, etc., entonces todos queremos precisamente lo mismo y apoyamos exactamente los mismos ideales; y que todas las diferencias entre nosotros resultan de desacuerdos de hecho sobre las políticas más eficientes para asegurar los objetivos comunes. De hecho, gran parte del desacuerdo sobre objetivos más específicos y sobre valores menos generales es un desacuerdo moral genuino, que no puede resolverse por apelación a valores más generales que todos respaldamos, pues estos conllevan diferentes interpretaciones para diferentes personas.

Los jueces tienden a argumentar que una política específica se justifica por su respaldo en valores generales, eludiendo así una justificación concreta de su decisión, manteniendo la retórica de objetivos comunes y valores de la comunidad, y apoyando posiciones parciales sin admitirlo. Algunos jueces pueden ser ellos mismos cautivos de los mitos que ayudan a perpetuar. Pero el hecho de que ellos estén equivocados no debe confundirnos. Las desviaciones ocasionales de los cánones de razonamiento correcto pueden ser desechadas como

errores, pero cuando se hace uso de un patrón de argumentación completamente desprovisto de validez lógica es momento de distinguir entre mito y retórica por un lado y realidad por otro. Y debería entenderse que el derecho es parte de la realidad, y no de la retórica.

c) *LA POSIBILIDAD DE UN CRITERIO DE IDENTIDAD.* Si la tesis de los límites del derecho es correcta, entonces debe haber un criterio de identidad que establezca condiciones necesarias y suficientes, cuya satisfacción determine que una norma es parte de un sistema jurídico. El criterio de identidad de AUSTIN era que todos y solo los mandatos generales de un soberano son parte de un sistema jurídico. HART ha criticado ese criterio, sugiriendo uno diferente. Según su teoría todo sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento dirigida a los tribunales, que les impone la obligación de aplicar aquellas normas que cumplan los diversos criterios establecidos en tal regla⁴⁹. La regla de reconocimiento es una regla consuetudinaria que surge del comportamiento, en un período de tiempo, de los funcionarios públicos encargados de cumplir la ley. El resto de las normas del sistema son válidas porque cumplen las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento. El criterio de identidad general para todos los sistemas jurídicos, es que cada uno de ellos posee tanto una regla de reconocimiento como reglas que satisfacen las condiciones estipuladas por ella.

El profesor DWORKIN sostiene que no puede formularse un criterio de identidad adecuado y que, por lo tanto, la tesis de los límites del derecho debe ser rechazada. Dirige su ataque contra el criterio de HART y emplea dos argumentos para mostrar que ni el de HART ni ningún otro criterio de identidad pueden dar cuenta de la existencia de los principios jurídicos. Argumentaré que uno de los argumentos de DWORKIN contiene una crítica válida a HART, pero que ello no afecta a la posibilidad de formular un criterio de identidad; mientras que el segundo argumento falla por completo.

“La aguda distinción de HART entre aceptación y validez”, postula el primer argumento, “no se mantiene. Si argumentamos a favor del principio según el cual un hombre no puede beneficiarse de su propio delito, podríamos citar fallos judiciales o leyes que lo ejemplifican, pero esto dice tanto sobre la aceptación del principio como sobre su validez. (Parece extraño hablar sobre un principio como ab-

⁴⁹ Para argumentos en apoyo de esta interpretación de la doctrina de HART, ver RAZ, *supra* nota 38, en 807-08 y nn. 23-24. Sería la nota 41

solamente válido, tal vez porque la validez es un concepto ‘todo o nada’, apropiado para las reglas, pero inconsistente con la dimensión de peso de los principios)⁵⁰. Se dice que el concepto de validez es inconsistente con la dimensión de peso de los principios sobre la base de que la validez de un principio se establece mostrando que tiene “apoyo institucional”; pero la cantidad de “apoyo” que un principio posee determina su peso y es una cuestión de grado: “Cuanto más apoyo encontramos, más peso podemos atribuir al principio”⁵¹. Sin embargo esto, con seguridad, es equivocado. Los tribunales podrían haber hecho referencia frecuentemente al principio considerándolo vinculante, pero con poco peso. El grado de apoyo institucional puede a veces ser la prueba del peso de un principio, pero no necesita serlo y ambas nociones no están lógicamente relacionadas.

Los principios jurídicos pueden ser válidos del mismo modo que las reglas. Pueden, por ejemplo, estar incluidos en la Constitución o en una ley, tal como lo muestran los propios ejemplos del profesor DWORKIN. Es verdad, sin embargo, que algunos principios jurídicos son derecho porque son aceptados por los jueces. Pero esto es verdad tanto para las reglas como para los principios. Es, sin embargo, un punto importante que hace necesaria una modificación del criterio de identidad de HART. Pero aquí nuevamente DWORKIN pretende demasiado. Sostiene que si la regla maestra dice meramente que todas las otras reglas que la comunidad acepta son jurídicamente vinculantes, entonces no logra actuar como criterio de identificación que distingue entre el derecho y las normas sociales⁵². Si todas las costumbres sociales en todos los países hubieran sido jurídicamente vinculantes, esta habría sido una crítica válida. Algunos países, sin embargo, no reconocen en absoluto a la costumbre como fuente de derecho. Aquellos sistemas jurídicos que consideran a la costumbre como jurídicamente vinculante, lo hacen solo si pasa ciertos test. Estos test, si no están establecidos en una ley o alguna otra norma jurídica, están previstos en la regla de reconocimiento, que determina bajo qué condiciones las costumbres sociales son vinculantes en el derecho.

La regla de reconocimiento, por lo tanto, sirve para explicar el estatus jurídico de las costumbres generales de una comunidad. No

⁵⁰ DWORKIN, *supra* nota 2, en 42 [55].

⁵¹ Id. en 41 [55].

⁵² Id. en 43-44 [57-58].

obstante, no puede explicar del mismo modo el estatus jurídico de las costumbres judiciales. Como es en sí misma una costumbre judicial, no puede conferir ningún estatus especial a otras costumbres judiciales. La creación de reglas judiciales, como indiqué anteriormente, difiere en este aspecto del desarrollo jurisprudencial de los principios. Una regla se vuelve vinculante al ser establecida en un caso como precedente. No debe esperar hasta ser aceptada en una serie de casos para ser vinculante. Es vinculante en virtud de la doctrina del precedente que es parte de nuestra regla de reconocimiento. Los principios desarrollados jurisprudencialmente se convierten en vinculantes cuando se convierten en una costumbre judicial. Son parte del derecho porque son aceptados por los tribunales, no porque sean válidos según la regla de reconocimiento.

El criterio de identidad de HART debe ser modificado. Un sistema jurídico consiste no solo en una regla consuetudinaria que otorga validez a las instituciones y normas reconocidas por ella, sino que consiste también en todas las reglas y principios consuetudinarios del derecho que otorgan validez a las instituciones y normas reconocidas por las mismas⁵³. Esta es una modificación importante, pero preserva el punto central subyacente al criterio de HART y compartido por muchos: esto es, que el derecho es un sistema normativo institucionalizado y que el hecho de que la aplicación de sus normas es una obligación específica de autoridades normativas creadas a tal efecto es una importante característica que lo distingue de muchos otros sistemas normativos. La importancia de esta característica del derecho se manifiesta al distinguir entre normas jurídicas y no jurídicas según si los tribunales tienen o no la obligación de aplicarlas, o porque son en sí mismos una costumbre judicial o porque las costumbres judiciales hacen que su aplicación sea obligatoria.

El profesor DWORKIN tiene un segundo argumento que cuestiona la posibilidad de formular un adecuado criterio de identidad. “En verdad,” dice, “si se nos desafiara a dar fundamento a nuestra afirmación relativa a que un determinado principio es un principio jurídico, haríamos referencia a casos en los que ese principio fue citado o usado como parte de la argumentación... Si no pudiéramos fundamentar de esta forma, entonces fallaríamos al intentar probar nuestro punto... Pero no podríamos estipular una fórmula para establecer qué medida y qué tipo de apoyo institucional es necesario

⁵³ Para una formulación más precisa del criterio y un examen más detallado del problema, ver RAZ, *supra* nota 38. Nota 41

para convertir en jurídico a un principio”⁵⁴. En este pasaje, DWORKIN no rechaza meramente la versión de los límites del derecho de HART sino todas las versiones de esta tesis. Está de acuerdo en que, si las normas jurídicas y las no jurídicas pueden distinguirse, esto solo podría hacerse son fundamento en el hecho de que solamente las normas jurídicas tienen apoyo institucional adecuado en la práctica de los tribunales. Niega, sin embargo, la posibilidad de una explicación general sobre lo que significa un apoyo institucional adecuado. Se sigue que es imposible proveer una explicación general respecto de la diferencia entre normas jurídicas y no jurídicas, y que la tesis de los límites del derecho debe ser abandonada. ¿Cuál es la fuerza de este argumento? Si un sistema jurídico consiste, como he sugerido, en aquellas normas que los tribunales están obligados a reconocer, debemos estar de acuerdo con DWORKIN en que necesitamos una explicación general sobre qué cuenta como apoyo institucional adecuado. Pues las normas jurídicas son vinculantes para los tribunales porque las costumbres judiciales hacen que su reconocimiento sea obligatorio o porque son en sí mismas costumbres judiciales. Así, la aceptabilidad de la tesis de los límites del derecho depende de nuestra capacidad de explicar el concepto de costumbre judicial. Pero las costumbres judiciales no son otra cosa que un caso especial de costumbres sociales.

Lo que necesitamos es una explicación adecuada del concepto de norma consuetudinaria. Una vez que lo obtengamos, sabremos qué es una costumbre judicial y tendremos un criterio de identidad completo. HART ha ofrecido dicha explicación. Sin duda es posible mejorarla, pero no hay razón para suponer que el concepto de norma consuetudinaria no es susceptible de análisis. Es verdad que un análisis del concepto no nos provee de un procedimiento de decisión que sea capaz de determinar, respecto de cada principio o regla, si posee o no el apoyo institucional suficiente como para ser considerado una costumbre judicial⁵⁵. Los casos límite subsistirán; deben subsistir, pues las normas consuetudinarias evolucionan gradualmente. Pero el de DWORKIN es un argumento débil, ya que rechaza una distinción por el sólo hecho de que tal distinción admite la existencia de casos límites.

⁵⁴ DWORKIN, *supra* nota 2, en 41 [55].

⁵⁵ Vale la pena recordar que no todos los principios son desarrollados por los tribunales; muchos son el resultado de la acción legislativa.