

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FUNCIÓN  
GARANTISTA Y ESTABILIZADORA DE UN ESTADO LIBERAL SEGÚN  
LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN**

**RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ CÁCERES**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE FILOSOFÍA  
BUCARAMANGA  
2006**

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FUNCIÓN  
GARANTISTA Y ESTABILIZADORA DE UN ESTADO LIBERAL SEGÚN  
LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN**

**RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ CÁCERES**

**Trabajo de Grado presentado como requisito  
para optar el título de:  
Filósofo**

**Director:  
ALONSO SILVA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE FILOSOFÍA  
BUCARAMANGA  
2006**

## CONTENIDO

	<i>pág.</i>
INTRODUCCIÓN	1
1. HART	6
1.1 REGLA DE RECONOCIMIENTO	6
1.1.1 Concepto de derecho	6
1.1.2 Concepto de regla	7
1.1.3 Validez de las normas	9
1.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	10
1.3 TEORIA DE LA ADJUDICACIÓN	12
1.4 UTILITARISMO	15
2. DWORKIN	18
2.1 REGLA DE RECONOCIMIENTO	18
2.1.1 Concepto de derecho	22
2.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	23
2.3 TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN	26
2.3.1 Interpretación del derecho	26
2.3.2 Interpretación de la normas	29
2.3.3 Reglas y principios	32
2.4 LA RESPUESTA CORRECTA	36
2.5 DERECHO Y MORAL	39
2.6 JURISPRUDENCIA	40
2.7 DERECHOS EN CONTRA DE LA MAYORÍA Y DEL GOBIERNO	44
2.7.1 Derechos en contra del gobierno	44
2.7.2 Desobediencia civil	48
2.7.3 Derechos en contra de las mayorías	52
2.8 UTILITARISMO	52

2.8.1 Definición	52
2.8.2 Ruptura con el utilitarismo	54
2.8.3 Utilitarismo y liberalismo	56
3. A MANERA DE CONCLUSIÓN	62
3.1 FINALIDAD DEL ESTADO	62
3.2 DERECHOS Y DEMOCRACIA	63
BIBLIOGRAFÍA	66

## RESUMEN

### TÍTULO:

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FUNCIÓN GARANTISTA Y ESTABILIZADORA DE UN ESTADO LIBERAL SEGÚN LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN\*

### AUTORES:

RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ CÁCERES\*\*

### PALABRAS CLAVES:

DERECHO, LEY, REGLA, TEORÍA, POSITIVISMO, ADJUDICACIÓN, LIBERAL, DWORKIN, HART.

### DESCRIPCIÓN:

El debate sobre los derechos individuales y la obligación por parte del Estado de protegerlos que se tiene en un sistema liberal democrático despierta siempre un gran interés en la comunidad académica, pero es fundamental para entrar a calificar con argumentos serios, o sentar una verdadera posición respecto a éstos, entender toda la infraestructura que subyace a tan interesante tema. En este trabajo presento un contraste entre dos teóricos fundamentales en la concepción moderna del derecho, la positivista suave de Hart y la liberal individualista de Dworkin. Hart con su positivismo suave, el cual es pilar de su teoría del derecho, plantea el derecho de una forma descriptiva - interpretativa, una teoría concisa y coherente de éste, lógicamente bien cimentada, pero que resta importancia a una parte importantísima al momento de la interpretación y la adjudicación del derecho en los casos concretos, esto es, no da buena cuenta de la existencia de principios morales, que si bien no se ven claramente en la norma escrita, sí establecen por sí mismos una fuente del derecho de obligatorio cumplimiento, integrada al sistema jurídico como tal. Según Dworkin, las verdaderas garantías frente a la protección de los derechos individuales se dan en un sistema respetuoso y protector de los derechos morales y del Estado de derecho, es decir, del Estado en el cual las funciones de cada uno de los órganos del mismo estén perfectamente delimitadas y coordinadas de tal forma que ofrezca siempre una respuesta a los requerimientos de los ciudadanos, y no cualquier respuesta, sino una que se adecúe a los postulados de un sistema democrático, pluralista y respetuoso de las tradiciones propias.

---

\* Trabajo de Grado

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director. Alonso Silva

## SUMMARY

**TITLE:**

THE PROTECTION OF THE INDIVIDUAL RIGHTS LIKE FUNCTION GARANTISTA AND STABILIZER OF A LIBERAL STATE ACCORDING TO THE THEORY OF RIGHT DE RONALD DWORKIN\*

**AUTHOR:**

RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ CÁCERES\*\*

**KEY WORDS:**

STRAIGHT, LAW, RULE, TEORIA, POSITIVISMO, AWARING, LIBERAL, DWORKIN, HART.

**DESCRIPTION:**

The debate on the individual rights and the obligation on the part of the State of to protect them that has in a democratic liberal system always wakes up a great interest in the academic community, but it is fundamental to enter to qualify with serious arguments, or to sit down a true position regarding these, to understand the whole infrastructure that underlies to so interesting topic. In this work I present a contrast between two theoretical fundamental in the modern conception of the right, the soft positivist of Hart and the individualistic liberal of Dworkin. Hart with their soft positivism, which is pillar of their theory of the right, outlines the right in a descriptive way - interpretive, a concise and coherent theory of this, logically well laid the foundation, but that it subtracts importance to an important part to the moment of the interpretation and the award of the right in the concrete cases, this is, he/she doesn't give good bill of the existence of moral principles that although they don't see each other clearly in the written norm, yes they settle down for themselves a source of the right of obligatory execution, integrated to the juridical system as such. According to Dworkin, the true guarantees in front of the protection of the individual rights are given in a respectful and protective system of the moral rights and of the right State, that is to say, of the State in which the functions of each one of the organs of the same one are perfectly defined and coordinated in such a way that always offers an answer to the requirements of the citizens, and not any answer, but one that you adapted to the postulates of a democratic, pluralistic and respectful system of the own traditions.

---

\* Work of Degree

\*\* Faculty of Human Sciences. School of Philosophy. Director. Alonso Silva

## INTRODUCCIÓN

El debate sobre los derechos individuales y la obligación de protegerlos que nace para el Estado en un sistema liberal democrático despierta siempre un gran interés en la comunidad académica, pero es fundamental para entrar a calificar con argumentos serios, o sentar una verdadera posición respecto a éste, entender toda la infraestructura que subyace a tan interesante tema. Es por ello que para responder a las inquietudes políticas que se generan en tan intrincado campo del conocimiento, como es el del derecho, se debe acudir a las teorías que fundamentan y explican su generación, su extensión y su adjudicación. En este trabajo presento un contraste entre dos teóricos fundamentales en la concepción moderna del derecho, la positivista suave de Hart y la liberal individualista de Dworkin. Este debate suscitado entre estos dos Juristas, con perspectivas distintas del derecho, presenta lo que podría ser una explicación aproximada al problema de los derechos individuales y las funciones de los gobiernos con respecto a su protección.

Dworkin adopta una posición crítica con respecto a las teorías positivistas y su trato de los derechos individuales. Afirma que, estas concepciones si bien constituyen un avance en la estructura evolutiva de las instituciones jurídicas, aun contienen debilidades sustanciales al momento de proporcionar soluciones jurídicas coherentes y protectoras de los derechos personales. El positivismo, como teoría del derecho, se plantea de una forma descriptiva - interpretativa, una teoría concisa y coherente del derecho, lógicamente bien cimentada, pero le resta importancia una parte importantísima al momento de la interpretación y la adjudicación del derecho en los casos concretos. Esto es, no da buena cuenta de la existencia de principios morales, que si bien no se ven claramente en la norma escrita, sí establecen por sí mismos una fuente del derecho de obligatorio cumplimiento, integrada al sistema jurídico

como tal. La preocupación de Dworkin se da por el duro esquema que tiene el positivismo frente a la interpretación del derecho y a su teoría de la adjudicación, esquema esencial frente a la filosofía del derecho, por cuanto los postulados de esta escuela no ofrecen, según Dworkin, verdaderas garantías frente a la protección de los derechos individuales. En la construcción de una teoría del derecho garantista y protectora de los derechos, las funciones de cada uno de los órganos del estado deben estar perfectamente delimitadas y coordinadas de tal forma que ofrezca siempre una respuesta a los requerimientos de los ciudadanos, y no cualquier respuesta, sino una que se adecúe a los postulados de un estado democrático, pluralista y respetuoso de las tradiciones propias. Punto que critica enfáticamente Dworkin del positivismo, que propugna por una teoría pura del derecho, en donde éste se concreta de forma independiente de la moral, que ellos sobre entienden implícita ya en el texto de las normas formalmente hablando. Planteamiento que se queda corto a la hora de proteger los derechos individuales, como dice este mismo filósofo, estos son la más importante y la verdadera razón de la existencia del derecho, solo en la medida en que se respeten las garantías de cada uno de los individuos se puede hablar verdaderamente del bienestar general.

Para Dworkin los conceptos etéreos como seguridad nacional o bienestar general no dicen en realidad mucho cuando a la hora de aplicar las normas, adjudicación, o de interpretarlas, hermenéutica, se refiere.

Para él por el contrario, una teoría del derecho debe ser descriptiva – valorativa, por que en la misma interpretación ya se están haciendo juicios de valor y de esta forma se está obedeciendo a principios, que si bien estos subyacen a las normas jurídicas no se encuentran en su totalidad incluidos. Los principios son esenciales y obligatorios a la hora de aplicar las normas y estos hacen parte integral del sistema jurídico.

La defensa de los derechos individuales en Dworkin parte, entonces, de una nueva teoría del derecho, que para él surge a partir de una revisión crítica y cuidadosa del positivismo, del cual toma su valiosa parte descriptiva, pero se aparta en cuanto a la interpretación y adjudicación del derecho, la que constituye la piedra angular sobre la cual plantea la cumbre de su teoría, los derechos morales en contra del gobierno y su tesis de igual consideración y respeto.

Para plantear su importante tesis de la protección de los derechos individuales diseña una teoría en la cual los derechos individuales cobran su verdadera dimensión. Para ello, ataca los pilares básicos del positivismo, que si bien no desconocen los derechos individuales, en la práctica no ofrecen una protección integral. Para Dworkin, la respuesta adecuada a los problemas jurídicos, especialmente cuando estos son difíciles de solucionar por falta de una norma expresa que reúna todos los elementos fácticos de los hechos a los que se le aplica, o por la modificación natural de los actos humanos, que siempre están sometidos a un cambio tempo-cultural que no es respetado por la teoría positivista del derecho, se encuentra en una adecuada interpretación y adjudicación del derecho.

En esta tarea observa y analiza la teoría positivista del derecho. Como eje de su crítica toma la versión más avanzada de ésta, la de Hart, que incorpora dentro del positivismo suave. Hart constituye el punto de referencia de Dworkin en cuanto a su teoría del derecho, y es preciso explicar primero la de éste para entender la crítica y la nueva propuesta de Dworkin.

Hart integra o crea toda una explicación del derecho, en donde parte de la descripción de ciertos eventos y la posterior conceptualización de los mismos. El primero y más básico de estos conceptos es el del mismo derecho, que lo concibe de la siguiente manera: se puede hablar de derecho

cuando una persona o cuerpo de personas emiten órdenes respaldadas por órdenes generales, que a su vez son respaldadas por amenazas, y que esas órdenes son generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general que esas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. El derecho aquí es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano, pero en donde esta obediencia no depende del hábito de los ciudadanos de obedecer a un soberano, lo cual llevaría a la simple explicación en donde el derecho es simplemente la relación mando – obediencia. El derecho no se basa en órdenes ocasionales que recibimos de un legislador claramente definido que nos conmina a cumplirla bajo la amenaza del castigo. Es así como en el marco del positivismo de Hart, se explicita la noción de regla, para identificar el derecho por encima de cualquier mandato, esta diferenciación permite establecer el límite de éstas y la clasificación de las mismas.

Para explicar el contenido de las normas, su jerarquía y adjudicación en un caso concreto, Hart se para sobre estos tres pilares: primero, la consideración del derecho como un conjunto de reglas identificable a través de una única regla de reconocimiento (regla de reconocimiento); la suposición de que el derecho se agota en el contenido de las normas jurídicas, de manera que cuando no hay una ley clara que aplicar en términos de la regla de reconocimiento entra el operador judicial, el juez, a decidir discrecionalmente el litigio (discrecionalidad judicial); y finalmente, la tesis según la cual los derechos y obligaciones se derivan de reglas jurídicas cuya validez pueden ser afirmadas en los términos de la ley de reconocimiento, de manera que en donde no haya una norma expresa que sea aplicable al caso concreto o que la norma sea insuficiente o exceda el contenido de los hechos, las partes tienen derecho a una decisión judicial concreta que decida el litigio (teoría de la adjudicación).

Toda esta teoría va a ser trabajada por Dworkin, criticada y replanteada de un modo constructivo. Sobre la descripción hecha por el positivismo él pretende construir de una manera diferente una maquinaria jurídica que nos lleve a la protección de las garantías individuales, es decir, a tomarnos los derechos en serio.

La teoría de Dworkin contiene elementos conceptuales y normativos, esenciales en cualquier teoría del derecho, y en su parte normativa abarca la teoría de la legislación, la adjudicación y de la obediencia del derecho, lo que nos da un panorama amplio a la hora de valorar sus aportes a la filosofía liberal y sistema de protección a los derechos individuales.

Para Dworkin una teoría general del derecho como la que plantea Hart es inútil, lo útil es la interpretación de un sistema en particular, en donde se incluyan las características que expliquen correctamente el funcionamiento de estos. En el caso de Dworkin se mueve más hacia la explicación del sistema norteamericano e inglés

## 1. HART

### 1.1 REGLA DE RECONOCIMIENTO

**1.1.1 Concepto de derecho.** El positivismo, antiguo, duro, tiene en Jeremy Bentham y Austin dos exponentes destacados y precursores de este modelo, pioneros de la corriente positivista, que propusieron un concepto radicalmente diferente al del positivismo suave que defiende Hart. Estos primeros postulan el derecho de la siguiente manera: el derecho se presenta cuando una persona o cuerpo de personas emiten órdenes respaldadas por órdenes generales, que a su vez son respaldadas por amenazas. Esas órdenes deben ser generalmente obedecidas y tiene que existir la creencia general de que esas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. El derecho aquí es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano en uso de su poder legislativo ilimitado, el cual impone las leyes pero no las obedece. Hart, que propone un positivismo suavizado, está de acuerdo con las tesis centrales del positivismo, por ello se ubica entre estos, pero no comparte la conclusión en cuanto a la regla de reconocimiento dada por estos, en efecto, según Bentham y Austin, el reconocimiento de las reglas jurídicas se debe por el hábito de los ciudadanos de obedecer a un soberano. Esto, según Hart, lo cual nos llevaría a la explicación de que el derecho es simplemente la relación mando – obediencia. El derecho no se basa en órdenes ocasionales que recibimos de un legislador claramente definido que nos conmina a cumplirla bajo la amenaza del castigo. En el marco del positivismo suave, Hart, explicita la noción de regla, para identificar el derecho por encima de cualquier mandato, esta diferenciación permite establecer su límite y clasificación.

**1.1.2 Concepto de Reglas.** Es importante aclarar que tanto los positivistas clásicos como Hart, incluso el mismo Dworkin, utilizan con frecuencia las palabras normas y reglas de manera indistinta, a veces como sinónimos a veces con alcances diversos, lo que hace importante aclarar cuál es el significado que tiene el término en cada caso.

Dentro de un grupo social cualquiera se observan distintas formas de mandatos que llamamos reglas, y que distinguimos de una manera fáctica, y de acuerdo a ello actuamos de maneras distintas ante ellas. Hart explica esto de la siguiente forma: las reglas tienen un punto de vista interno y externo que nos permite hacer una diferenciación entre ellas. Desde la perspectiva externa, se observan a modo de un científico social, es decir, tomando distancia, pero entonces no podríamos solo de esta forma establecer claramente la diferencia, por que por lo visto sería prácticamente lo mismo, todos obedecen los mismos parámetros de conducta. Es así que se hace necesario también un punto de vista interno. Desde el participante en dicha práctica, hay que entrar a ver los motivos que llevan a éste a actuar de tal o cual forma. De esta manera podemos concluir, observando las razones que llevan al participante a actuar, que hay reglas sociales, hábitos sociales y reglas jurídicas.

Las reglas sociales las obedecemos por costumbre, por tradición, y son resultado de nuestras prácticas morales y culturales. Implica un estar obligado a. Ejemplo de ello es el respeto a los mayores. Los hábitos sociales, por el contrario, no implican un estar obligado a, ya que, si bien ellos también son fruto de la costumbre, no hay una coerción social en caso de inaplicación. Ejemplo de esto es el hábito de comer pavo en Noche Buena. Ahora, la regla jurídica, fuera de contener sustancialmente las anteriores, implica una institucionalización tanto en la creación de la regla como en la

coerción. Tenemos, entonces, en este sentido, una sustantivación y procedimentación de las normas.

Pero bueno, ¿cómo se distinguen de acuerdo al punto de vista interno y externo?, externamente, se adopta la posición de un observador ajeno a la comunidad, a la forma de un científico social, lo cual no nos diría mucho porque, externamente, podríamos ver lo mismo, esto es, todos obedecen esos parámetros. Pero si analizamos el punto de vista interno, es decir, asumiendo la posición interna del participante en dichas prácticas, encontramos allí los motivos. Para el participante, las reglas sociales, como la de respetar a los mayores y otras acciones, no son el resultado de hábitos sino de reglas vigentes en su grupo social, que al ser aceptado como parámetros de regulación de su comportamiento, suponen la necesidad de su observación. Ellas establecen allí un parámetro para criticar y exigir su aplicación, lo que no pueden hacer con los hábitos. Por su parte, las reglas sociales y jurídicas se diferencian entre sí internamente. En relación con las primeras, se está obligado a y con la segunda, se tiene la obligación de. En estas últimas, la razón es la existencia de una regla jurídica, mientras que, en la primera, es la aceptación de una regla moral por parte de la sociedad. De esta manera, decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida, que le exige hacer algo o que le prohíbe hacer algo. En este sentido, tener un derecho jurídico consiste en admitir que otros tienen obligaciones jurídicas, reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de cierta manera. En ausencia de tal norma válida no hay obligación jurídica, de ahí se sigue que cuando el juez quiere resolver un conflicto obedeciendo a su discreción no está imponiendo un derecho jurídico.

De la misma forma también hay unas reglas primarias y otras secundarias, las primeras imponen deberes positivos, acciones, o negativos omisiones, a

los individuos, como por ejemplo la obligación de los padres de velar por sus hijos; las secundarias se encargan de otorgar potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar o extinguir los efectos de las reglas de tipo primario, ejemplo de ellas son las leyes procesales que determinan la competencia de los jueces y los pasos a seguir en determinado asunto.

**1.1.3 Validez de las normas.** Para identificar las reglas y su relación entre sí en el ordenamiento jurídico es necesario un parámetro de identificación independiente de la moral, lo cual lleva a Hart a su famosa regla de reconocimiento. En toda sociedad moderna las reglas están organizadas jerárquicamente, de tal manera que la validez de una regla depende de su conformidad con las reglas de nivel jurídico más alto. Esta estructura permite determinar el pedigrí de las normas y lleva el criterio supremo de validez hasta la Constitución. Esta es la regla de reconocimiento del sistema jurídico, en tanto que suministra los criterios de validez. La Constitución y las normas subordinadas a ésta por referencia a los cuales se identifican permiten el reconocimiento y la pertenencia a dicho sistema.

La regla de reconocimiento determina los criterios de validez, su existencia es fáctica, de hecho, externa. Esta regla sólo existe como una práctica compleja de la cual no puede predicarse ninguna validez, pues la validez sólo existe en relación con otras normas de carácter inferior. No se trata pues de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de reconocimiento parece estar anclada entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que proporciona el criterio para la identificación de otras reglas, y en este sentido, podría ser calificada como derecho. Por otro lado, cuando se habla de su existencia, se formula en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema. Esta regla es sólo

un presupuesto lógico que surge del reconocimiento de una práctica social efectiva, que puede ser descrita mediante un enunciado de hecho externo.

La validez de las reglas depende de la regla de reconocimiento y de la subordinación casi matemática que tienen unas con otras, lo que Dworkin llama pedigrí. Es así que todo el ordenamiento jurídico obedece a un orden jerárquico concreto, específico. Todo el derecho está contenido en estas normas y es autosuficiente, su adjudicación se realiza a partir de reglas jurídicas. Los principios están contenidos en la norma, subyacen a éstas. Por su parte, los valores están integrados en la regla de reconocimiento, y ésta es producto de un acuerdo general en la comunidad, es jurídico-social. De un lado es fuente suprema de validez, y por el otro, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema.

## **1.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**

Para Hart, la precisión del lenguaje humano, en general, y el jurídico en particular, es limitada. Las palabras del lenguaje común son vagas, aunque tienen significados suficientemente precisos como para poder permitir la comunicación. La vaguedad o “textura abierta” se acentúa en el campo de las normas jurídicas. “Esto se da por dos razones muy importantes, en primer lugar por que las reglas jurídicas no están dirigidas a personas particulares, sino a clases de personas o cosas, en segundo lugar, éstas permanecen vigentes durante largos periodos de tiempo, y por tanto, se aplican a situaciones imprevistas en el momento de su creación”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999. p. 33.

Entonces ¿Cómo se pueden interpretar palabras de textura abierta?. Para estos casos Hart propone la utilización de la analogía. Toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra, el núcleo duro se interpreta de una manera sencilla, ya que es obvia a los sentidos, como cuando se prohíbe transitar desnudo en la calle, pues se sabe que sin ropa no se puede salir, ¿pero, qué hay cuando se sale en ropa interior?. En ese caso, dice Hart, se recurre a la analogía, los casos difíciles pueden ser resueltos con base en un criterio aproximativo, el de la analogía de los casos fáciles. Se mira cuál fue la intención de la norma y se decide observando cuáles son los factores relevantes que pretende proteger. En este caso, lo que se pretende proteger es la moral pública, así que salir en ropa interior también estaría prohibido por cuanto se está atentando de esta forma contra el pudor y se está prácticamente desnudo.

La división entre casos fáciles y difíciles se da en Hart, y esto se debe a los problemas que se presentan al momento de interpretar el derecho.

Sostiene Hart que debido a la ambigüedad de los términos jurídicos y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable. Cuando estos casos llegan ante un juez, puede presentarse por parte de éste más de una interpretación razonable, por tal razón, los jueces, al decidir un caso concreto, tienen discrecionalidad. Cuando la regla no es precisa, al juez no le queda más que escoger prudentemente la opción que estime adecuada para el caso. El juez en esta situación no está aplicando el derecho en sentido estricto por que está por fuera del margen ambiguo de la norma, pero eso sí, no puede ir en contra de ella.

De esta forma la aplicación del derecho se convierte en una tarea de hermenéutica y discrecionalidad, en la cual el juez aplica el derecho. Hart aclara que en la legislación positiva están incorporados de antemano los

valores, estos le subyacen, son fuente de la norma, lo que se exige del juez es la simple aplicación de la ley. Sin embargo, es precisamente aquí donde nace el problema de los casos difíciles, el juez, al tener todo el derecho que aplica en el ordenamiento jurídico, ¿qué hace cuando éste se queda corto en un caso concreto? Hart dice, en consonancia con la postura anterior, que en ese momento el juez discrecionalmente escoge una de las alternativas lógicas coherentes que se presentan frente al caso y decide de fondo.

### **1.3 TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN**

Hart propone una teoría del derecho general y descriptiva, se preocupa más por la explicación y conceptualización del derecho que por su aplicación. Su teoría no está atada a ningún sistema político en particular, sino que busca hacer un recuento aclarativo y explicativo del derecho como una institución social y política compleja que posee un aspecto normativo.

La verdad Hart se encuentra en medio del formalismo y el realismo. En los casos fáciles se opta por el formalismo, es decir, lo único que se debe hacer es aplicar el derecho en sentido estricto, aplicar el silogismo jurídico: hechos-norma – solución como una plantilla, que nos ofrece una respuesta inmediata y sencilla. De esta manera se observa que el poder del juez está estrictamente limitado. La presencia de esta característica en la mayor parte de los litigios, para Hart son más frecuentes los casos fáciles que difíciles, permite que el derecho cumpla con su función de darle certeza a las relaciones sociales. “Mientras que en los casos difíciles opta más por la posición de los realistas, en esta es el juez quien adapta su criterio a las prescripciones legales, discrecionalidad judicial. Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre varias alternativas razonables; la sentencia en estas circunstancias, es en última instancia lo que el juez quiere

que ella sea, pero con los obvios límites que impone la ley”<sup>2</sup>. Esta teoría intermedia que plantea Hart le permite al juez, en los casos difíciles, ser flexible en la regulación de las relaciones sociales.

Para Hart, el derecho debe cumplir una doble función, debe conciliar dos necesidades sociales: de un lado, la necesidad que existan reglas ciertas que regulen el comportamiento humano y, de otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se pueden decidir de una mejor manera sólo analizando el caso en concreto.

Este poder discrecional del juez es similar al que tienen las autoridades administrativas cuando desarrollan una ley de contenido general, al estilo de las leyes marco, que sólo contienen unos criterios y fines universales; la actividad de concretarlos y hacerlos posibles con cierto rango de deserción política le corresponde a la autoridad administrativa, y en el caso de la adjudicación del derecho, al juez.

El juez en ningún caso puede abstenerse de decidir argumentando incertidumbre, si no descubre la solución en el derecho vigente tiene que crearla. El juez define ex post facto los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio.

Es por ello que no se admite, en Hart, la tesis de una única respuesta o respuesta correcta, por que previo al litigio no se tiene derecho a una decisión determinada, incluso en la práctica se encuentra entre los juristas, estudiosos del derecho, varias alternativas que son igualmente razonables pero distintas.

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ,,Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 31.

El juez en la actividad discrecional tiene ciertos límites: primero esta posibilidad sólo la tienen en los casos difíciles, es decir, cuando no hay norma aplicable o cuando su interpretación no se pueda hacer claramente. Pero también es claro que los jueces no pueden tomar cualquier decisión en los casos difíciles. Aunque exista más de una alternativa de decisión la gama de posibilidades está circunscrita por el texto de las normas aplicables, si estas existen, o por las normas o antecedentes judiciales que tratan temas similares, la analogía. Tampoco pueden salirse de los esquemas procesales, ni ir contra los principios del mismo, como los que establecen la jurisdicción y las competencias de los jueces. El otro límite surge, según Hart, de una naturaleza distinta, consistente en las virtudes judiciales: en los casos difíciles los jueces muestran con frecuencia virtudes características, inexistentes en los procesos legislativos, estas son: “la imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Ya que siempre es posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta. Pero es posible conseguir que se acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ponderación y el balance característico del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto”<sup>3</sup>

Entonces, queda claro que de la teoría de la adjudicación del derecho que propone Hart se desprenden dos consecuencias: Por un lado, no es posible la existencia de una única respuesta correcta, o la respuesta correcta, lo que hay es una gama de posibilidades razonables que se deben ajustar al ordenamiento jurídico, de las cuales el juez escoge una, esto en los casos difíciles. Por el otro, esta discrecionalidad judicial, esta supeditada a la forma

---

<sup>3</sup> H.L.A., Hart. *El Concepto de Derecho*. Barcelona: Gredos, 1995. Op .cit. p 254.

propia en que los jueces toman sus decisiones, que no obedece a directrices políticas como en el caso de los legisladores, sino a la decisión de un tercero imparcial sin partido ni creencias determinadas, es decir, sin prejuicios.

Los jueces en la práctica no admiten la discrecionalidad con que a veces deciden, y no pueden hacerlo, pues, por razones obvias, no les es dable por la naturaleza de su función. Pero en el fondo, según Hart, la adjudicación se hace de acuerdo a su teoría, lo que sucede es que estos muestran sus fallos como conclusiones extraídas directamente de las normas jurídicas. Este estilo esconde la realidad de los casos difíciles, la incertidumbre de los jueces, pero encaja en la ideología de separación de poderes, de acuerdo con la cual los jueces deben decidir en derecho.

#### **1.4 UTILITARISMO**

El utilitarismo, como proyecto político, establece el bienestar general como una función de los individuos separados y se opone a que la comunidad tenga como entidad diferente algún interés o derecho independiente, rechaza la idea de que los derechos políticos puedan ser anteriores a los derechos jurídicos, es decir, que los ciudadanos puedan justificadamente oponerse a una decisión judicial con base en que no sirve al bienestar general. Su objetivo supremo es la acción moral como fuente de la mayor felicidad para el más amplio número de personas. Este objetivo es también el fin de toda legislación y el criterio último de toda institución social. En general, la teoría utilitarista de la ética se opone a otras doctrinas éticas en las que algún sentido interno o facultad, a menudo denominada conciencia, actúa como árbitro absoluto de lo correcto y lo incorrecto.

Para Jeremy Bentham, la naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el *dolor* y el *placer*; "Les corresponde sólo a ellos señalar lo que debemos hacer, así como determinar lo que haremos.

Por un lado, la norma del bien y del mal, por el otro la cadena de causas y efectos, están sujetos al trono de ellos. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos, en todo lo que pensamos; todo esfuerzo que hagamos para librarnos de nuestra sujeción servirá solo para demostrarla y confirmarla"<sup>4</sup>.

Bentham creía que el dolor y el placer no sólo explican nuestras acciones sino también ayudan a definir lo que es bueno y moral. Él creía que este fundamento podría brindar una base para la reforma social, legal y moral en la sociedad.

Es clave para su sistema ético el principio de utilidad. Es decir, ¿cuál es el mayor bien para el mayor número?

Bentham escribió: "El principio de utilidad significa aquel principio que aprueba o desaprueba cada una de las acciones según la tendencia que aparenta tener para aumentar o reducir la felicidad de la parte cuyo interés está en cuestión; o, lo que es lo mismo en otras palabras, para promover u oponerse a esa felicidad"<sup>5</sup>.

Esta concepción utilitarista, en el campo político estuvo ligada al positivismo, que la veía como una herramienta para lograr el Bienestar General, restándole de esta forma valor a la existencia de ciertos principios inalienables que constituyen la base de los derechos individuales.

Hart un positivista, que tenía una posición más moderna, admitió que cuanto a la parte valorativa el derecho positivo, que el defendía, se podía quedar un poco corta. Aunque aclaró que no se trataba de una ausencia o carencia de

---

<sup>4</sup> BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener, ON Canada: Batoche Books, 2000.

<sup>5</sup> Ibid

principios, o que no se hicieran juicios valorativos, lo que entre tanto sucede es que estos ya estaban previamente incorporados en la norma.

Al estar todo el derecho incorporado en la norma debemos actuar con un estricto deber de cumplir con la ley. Y consecuentemente surge para el juez la función de aplicar el derecho sin más.

Todo esto justifica una teoría que parte de unos fines políticos, en donde el Estado tiene unos objetivos que cumplir, Para Hart y los demás positivistas el estado tiene una finalidad, el Bienestar General. Y precisamente su éxito radica en cumplirla. De ahí su utilitarismo.

## 2. DWORKIN

### 2.1 REGLA DE RECONOCIMIENTO

De la regla de reconocimiento planteada por Hart discrepa Dworkin, la cual en su opinión, constituye una falacia naturalista, por que no es posible derivar de una afirmación de hecho, (la existencia de la práctica social que conforma la regla de reconocimiento), un deber (el deber de comportarse de acuerdo con dicha práctica), No es coherente que de una teoría empírica se aprehenda adecuadamente el problema, ni por lo tanto es pertinente conceptualmente hablando el paso del ser al deber ser.

En el modelo de Hart de las reglas sociales, sostiene Dworkin, éstas últimas, están constituidas por una conducta uniforme de las personas que conforman el grupo social, (aspecto externo), unido su utilización como fuente de críticas y exigencias (aspecto interno). Por ello, no se pueden explicar satisfactoriamente la existencia de reglas sociales como las morales, por que estas son reivindicadas con independencia de la frecuencia con que son observadas. Para un miembro de cualquier grupo social, matar es malo así se esté entre asesinos. Para Dworkin estos principios morales surgen más como imperativos categóricos que como reglas con sustento sociológico, sustento que es la base de la regla de reconocimiento de Hart. En Dworkin recordemos no hay barrera entre derecho y moral.

Dworkin admite que hay un criterio de identificación en el sistema jurídico, “una regla de reconocimiento”, como lo llamaría Hart, pero éste no es social sino valorativo o normativo. En todo sistema jurídico hay alguna regla o principio normativo, o conjunto complejo de estos, y ese es el estándar apropiado que deben usar los jueces para identificar las reglas o principios

particulares del derecho. Una norma pertenece al ordenamiento jurídico de una comunidad si es conforme con el conjunto de principios a los que obedece y tiene una teoría que justifique y explique las prácticas jurídicas de dicha comunidad. Las normas pertenecientes al sistema jurídico de una sociedad son aquellas que se derivan de la moralidad política de la misma. Además hay muchos principios jurídicos que no pueden ser capturados de esta manera por que son excesivamente numerosos, vagos o susceptibles de cambio o modificación, o bien sus rasgos no permiten identificarlos al unísono como principios jurídicos.

Dworkin siempre ha sostenido que los principios jurídicos no pueden identificarse mediante criterios suministrados por una regla de reconocimiento manifestada en la práctica de los jueces, puesto que los principios son elementos esenciales del derecho. Para Dworkin la regla de reconocimiento de Hart debe ser abandonada. Los principios se pueden interpretar sólo mediante una construcción de miembros de el conjunto único de principios que mejor se adecua a la historia institucional del derecho establecido de un sistema, y que constituya la alternativa que mejor lo justifica. Los presenta como un rasgo central de gran parte del pensamiento y de la práctica social diferente del derecho , y como algo que muestra una profunda conexión entre todas las formas de interpretación, incluyendo la interpretación tal y como se entiende en la crítica literaria e incluso en las ciencias naturales.

Propone, para la identificación de un principio de derecho, tener en cuenta que se mencione en cualquier caso anterior en que tal principio hubiese sido citado o figurase en la discusión. Se mencionaría también la ley que pareciera ejemplificarlo ( y sería mejor si el principio estuviere citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañe). A menos que se pudiera llegar a

encontrar el apoyo de algún antecedente institucional no se podría llegar probablemente a demostrar el principio; por el contrario cuando más apoyo encontrase, tanto más peso se podría reclamar para el mismo.

Sin embargo no se puede, según Dworkin, llegar a establecer a ciencia cierta una fórmula que sirva para saber cuánto apoyo institucional tiene un principio, y de qué clase es necesario que sea este apoyo para convertir un principio en Principio jurídico. Esta situación sólo nos podría mostrar en una menor proporción cuál es el peso de determinado principio en el momento de su adjudicación.

Para defender un principio se debe luchar con un conjunto de estándares que evolucionan, que cambian constantemente, que interactúan entre sí. Por tanto no se puede reunir todo esto y crear una sola regla de identificación. Además, la técnica que se utiliza para identificar los principios y de la que se vale para defenderlos no está en un nivel diferente del principio mismo que fundamenta.

La relación más esencial para entender los principios es la establecida entre derecho y moralidad. La existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del mismo, esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales.

Por otra parte, en la teoría interpretativa de Dworkin, toda proposición jurídica afirma que el derecho sobre un tema determinado implica necesariamente un juicio moral, puesto que de acuerdo con su teoría interpretativa holística, son verdaderas las proposiciones jurídicas sólo si junto con otras premisas pueden derivarse de aquel conjunto de principios que mejor se adecuan a la totalidad del derecho, y que mejor lo justifican.

Los principios que resulten moralmente razonables , de acuerdo con lo que Dworkin ha denominado moral de fondo, y no solamente los más razonables desde el punto de vista moral, que se adecuan al derecho, pueden sin lugar a dudas suministrar límites morales o restricciones a las que pueden denominarse como jurídicas.

Para Dworkin, la regla de identificación del derecho requiere para sí dos condiciones: primero, que las normas hagan parte de las instituciones reconocidas por la comunidad, ejemplo de ello son las leyes y sentencias, las cuales son generadas en el seno del parlamento y por los jueces; y en segundo término, que estén de acuerdo con la moralidad política que justifican estas instituciones. Toda norma que pretenda hacer parte del ordenamiento jurídico de una comunidad debe pasar ese filtro descriptivo justificativo.

Concluye Dworkin, que si se tratan los principios como derecho no se puede aceptar el criterio de identificación, regla de reconocimiento de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra. La interpretación amplia del derecho de Dworkin y su regla de reconocimiento no permiten la creación ex post facto de las obligaciones, ni la creación legal por parte del juez, dejando sin piso la tesis del positivismo de la discrecionalidad judicial.

En este punto cabría preguntarnos muchas cosas sobre la obligación jurídica, si no hay un único criterio para identificar el derecho en el sentido de los principios, surge el problema de saber entonces cuáles han de contar en el caso concreto, cuál es la obligación moral y legal del juez. Este va a ser el problema a resolver en la teoría del derecho que Dworkin propone.

**2.1.1 Concepto de derecho.** Para explicar correctamente este punto Dworkin se remite a las diferentes acepciones que tiene la palabra derecho en los diferentes contextos. Literalmente se encuentra por lo general lo siguiente: no interferir en la acción del sujeto productor, libertad de obrar, sin impedir la ejecución del acto; en un segundo plano o en otro contexto se trata del derecho que tiene el sujeto pasivo sin negar el derecho que tiene el actor, en este caso, no podemos negar, por ejemplo, que una persona tenga el derecho a suicidarse, lo que sucede es que nosotros podemos evitar que lo haga y esta bien que lo hagamos, tiene una connotación más sociológica que física. En este último sentido se puede interferir en su ejecución en el primero no. Un hombre tiene derecho a infringir la ley a un cuando el Estado tenga derecho a castigarlo únicamente cuando se piensa que dadas sus condiciones no hace mal en hacerlo, es por ello que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra lleno de causales eximentes de responsabilidad. Sólo puede reprocharse a alguien un acto cuando se obra con culpa o dolo, se quiere castigar al infractor que dañe a otro u otros por negligencia o con la intención volitiva de hacerlo.

Este segundo concepto de derecho es el que más nos interesa, por que es el de libertad civil, aplicable cuando de sistemas políticos se trata. Dworkin le da un alcance casi absoluto a los derechos, hasta tal punto que incorpora a ellos los derechos en contra del gobierno. Si los ciudadanos tienen algunos derechos en contra del Estado, deben ser protegidos y no sancionados cuando este último los ponga por fuera de ellos. Estos derechos morales, no son, por lo tanto, supra-jurídicos, sino que hacen parte consustancial de la juridicidad.

En los sistemas modernos se cree que los derechos morales se integran en la constitución, y de esta forma se convierten en jurídicos, lo que no implica que ésta sea su única fuente, aunque así lo afirmen algunos. En conclusión,

lo que dice Dworkin es que en un Estado en el cual verdaderamente se protejan los derechos individuales, no le es posible al gobierno poner a sus ciudadanos por fuera de la ley al restringirlos de manera arbitraria, y se ello sucede, los ciudadanos pueden desobedecer la ley y no por ello ser sancionados por los jueces. La garantía de estos derechos está en que el juez debe integrar el sistema normativo compuesto por normas y principios, aplicar las primeras, y ponderar los segundos, Así mismo debe resolver los conflictos entre ellos, de acuerdo a la hermenéutica; en el caso de las reglas, y la razón, en el caso de los principios y la concurrencia entre ellos en el caso de que tenga que tenerlos en cuenta a ambos y, finalmente, dar la única respuesta, la respuesta correcta al caso concreto. Y si es cierto que el gobierno invadió injustamente el derecho del asociado, absolverlo.

## **2.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**

En cuanto al concepto de derecho, Dworkin lo amplía incluyendo dentro del sistema jurídico los principios, eliminando de esta manera la barrera entre derecho y moral, lo que permite que el juez en un caso concreto no se quede sin norma aplicable, y por ende no pueda adjudicar el derecho discrecionalmente. La discrecionalidad no puede ser el elemento decisivo en la adjudicación del derecho, tanto los casos fáciles como los difíciles requieren una respuesta que vaya de acuerdo con el sistema jurídico. Una teoría discrecional en la solución de un caso concreto supondría una violación al principio de tipicidad y admitiría una retroactividad de la ley, algo que repugna en un Estado democrático guiado por una clara separación de poderes.

La posición de Dworkin al respecto, es que aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. Nunca deja de ser deber del juez, incluso en los denominados

“casos difíciles”, darle una solución jurídica al caso acorde con el sistema, debe descubrir cuáles son los derechos de las partes en vez de inventárselos y aplicarlos retroactivamente. Lo incompleto no es el derecho sino la versión que de él muestran los positivistas.

Para Dworkin su proposición interpretativa del derecho incluye, además del derecho explícito identificado y establecido con referencia a sus fuentes formales, principios jurídicos implícitos, que son aquellos que mejor sirven a ese derecho explícito. Desde este punto de vista interpretativo el juez debe siempre dar una justificación ajustada a derecho, teniendo en cuenta que el derecho incluye los principios implícitos, junto con sus dimensiones morales, a los que está obligado a recurrir en aquellos casos difíciles donde el derecho explícito no da una solución.

Lo que debe hacerse en estos casos, según Dworkin, es aplicar los principios, los cuales se ponderan de acuerdo a unas reglas racionales, que explicaré más adelante. Ello permite determinar cuales son los más adecuados. Además, si hay concurrencia de ellos para el mismo caso, debe tomarse en cuenta para la decisión el más fuerte según la tradición moral, política y jurídica del sistema. De esta forma se llega a una sola conclusión, la que más se adecua al caso concreto, la que mejor responde a la regla y los principios, a la respuesta correcta. Lo que no permite la discrecionalidad judicial.

Dworkin señala que la facultad que tiene el juez para descubrir el derecho en los casos parcialmente indeterminados por el sistema jurídico es diferente del trabajo que hace un legislador. Los jueces se preocupan por dar solución a un caso concreto, sus facultades son intersticiales y están sujetas a limitaciones sustantivas. Y aquí rompe totalmente con el positivismo y empieza a construir su teoría protectora de los derechos individuales, el juez

observará puntos en los que el derecho establecido no determina una respuesta como correcta, y para decidir casos como estos, el juez debe ejercer la facultad de ponderar los principios jurídicos y aplicarlos incluso por encima de la ley, lo que externamente podría verse como una creación del derecho. Sin embargo, no lo puede hacer de una manera arbitraria, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso e informado. Si satisface estas condiciones, está autorizado para seguir parámetros o razones de decisión que no estén dictados por el derecho explícito. Eso significa, entonces, que, nunca se puede salir de los principios, derecho implícito, pues, de ahí surge su decisión.

En la práctica una decisión judicial puede diferir de otra que juzgue un caso análogo, esto sucede por que la interpretación de uno u otro juez puede diferir en el proceso de la adjudicación, hay un margen de error. Dworkin es conciente de esto, pero, según él, sólo sucede en la práctica, en la teoría su juez Hércules determina la única respuesta correcta. Lo que no quiere decir, sin embargo, que en la práctica no haya respuestas correctas, lo que sería contrario a su propia teoría, ya que a pesar de la divergencias que se pueden encontrar en fallos análogos, esto no elimina la realidad en la cual es claro que tanto jueces y abogados pueden llegar a un consenso sobre los alcances de un derecho y estar de acuerdo con una solución que obedezca los parámetros descritos, el hecho de que en el derecho no haya un método para demostrar los resultados como los existentes en las ciencias naturales, no quiere decir que no haya una respuesta correcta.

Finalmente, Dworkin pide al lector que observe el lenguaje utilizado por los jueces y abogados cuando describen la tarea del juez, y la fenomenología de la toma de dediciones judiciales. Se dice que los jueces al decidir los casos, y los abogados que los presionan para que estos decidan a su favor, no

hablan nunca, ni piden al juez, que haga la ley, siempre piden que la apliquen. Esto es así inclusive cuando se trate de casos inéditos.

El juez no percibe, como sugiere el positivista, que hayan dos estadios distintos en el proceso de decisión: uno en donde encuentra la legislación existente, y otro en donde se aparta de ésta para crear derecho. Por el contrario, lo que siempre se observa es que los abogados se dirigen al juez preocupados por hallar y hacer cumplir el derecho existente, y el juez responde como si el Derecho fuese un sistema sin vacíos, en el cual él debe descubrir una solución al caso, no inventarla.

## **2.3 TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN.**

**2.3.1 Interpretación del derecho.** Toda teoría del derecho tiene un aspecto descriptivo y un aspecto prescriptivo que están íntimamente ligados entre sí, no es posible separarlos. En ambos aspectos hay criterios valorativos y justificativos, lo que se pretende es descubrir el verdadero sentido de las normas jurídicas. La discusión tiene que ver con el contenido del derecho con teorías no empíricas que muestran su carácter argumentativo y su práctica es interpretativa, y su verdadero propósito es ver el verdadero sentido de las reglas y principios vigentes. Esto es común a todos los ámbitos sociales y desentraña sus propósitos al construir, a partir de ellos, la interpretación que las articule y justifique de la mejor manera posible.

En el proceso de interpretación hay tres fases indisolubles. La primera es la preinterpretativa; en ésta el intérprete reconoce reglas y principios que hacen parte de esas prácticas, acepta reglas y principios como jurídicos. En la segunda, la interpretativa, en ella, el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase. Por último tenemos, la posinterpretativa, en la que el intérprete

formula reformas a la práctica jurídica con el fin de ajustarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa. Todos los argumentos jurídicos atraviesan estas tres etapas y la teoría del derecho da cuenta de la unidad del proceso. Esto implica la inseparabilidad de los momentos descriptivo y justificativo, tanto en la práctica como en la teoría jurídica.

Así afirma Dworkin: “Una teoría jurídica debe satisfacer los requisitos de las tres etapas interpretativas. Debe cuadrar en las prácticas jurídicas de la comunidad, justificarlas adecuadamente desde la moralidad pública, lo que se denomina precedente”<sup>6</sup>.

Dworkin sostiene que la única pregunta que al responderse le da solución a la teoría que respalda en derecho es la que cumple con los tres requisitos interpretativos. A esto lo llama, **El derecho como integridad**. De acuerdo con esta teoría los particulares tienen derecho a que las decisiones de los jueces y autoridades públicas sean aplicadas con base en principios consistentes. De aquí que se exija a las autoridades tener en cuenta los precedentes, de tal manera que casos similares sean tratados de manera similar. La integridad constituye, así, el criterio valorativo con el cual se identifican las normas jurídicas.

Las exigencias del derecho como integridad son especialmente importantes en el campo de la adjudicación o aplicación judicial del derecho. En un caso en particular, los principios y reglas que proporcionan la solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas, leyes y sentencias relevantes para el caso, de acuerdo con la mejor justificación política y moral de dichas decisiones.

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: editorial Gredos, 1990. p. 129.

Para Dworkin, no basta con que la norma pertenezca formalmente al ordenamiento jurídico, la unión conceptual entre derecho y moral recoge el punto de vista interno frente a las normas que se manifiesta, así cumpla con los requisitos para la validez. De esta forma pertenece al punto de vista preinterpretativa, pero no interpretativo, valorativo descriptivo y justificativo.

Así, de acuerdo con la teoría del derecho como integridad, la comunidad tiene derecho a que las decisiones de las autoridades públicas estén basadas en la aplicación de principios consistentes; que estos constituyan el criterio de valoración jurídica, y que estos sean aplicados en la adjudicación del mismo.

En cuanto a los precedentes, en el momento de entrar a construir un esquema para entrar a justificarlos, los jueces que deciden un caso concreto deben tomarse este trabajo. No siempre se encontraran proposiciones lo suficientemente precisas que les sirvan a manera de ley, esto es, que puedan interpretar. Por ello, deben hacer un esfuerzo adicional e interpretar los principios de acuerdo a su primacía. ¿Pero, cómo podríamos formular un criterio tal de interpretación del derecho?, Un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que pueda llegar a presentarse como una justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión. No cualquiera puede formular una teoría del derecho que proporcione una regla social de reconocimiento. Puede decirse, más bien, que el criterio de apoyo institucional constituye en sí mismo una regla social. Se podría concluir entonces que la regla de reconocimiento es precisamente la regla según la cual un principio debe ser aplicado como derecho si hace parte de la teoría mejor fundada, y es necesario que sea aplicado con el peso que esa teoría le asigne. Según lo dicho, la teoría que cada jurista tenga sobre la adjudicación,

es simplemente una teoría distinta sobre la forma en que ha de aplicarse a los casos particulares esa norma social.

El concepto de una teoría del derecho, no supone que las directrices y principios políticos expliquen las normas como podría explicarlas un historiador del derecho, identificando los motivos de quienes adoptaron dichas normas, o llamando la atención sobre los grupos de presión que influyeron en su promulgación. “Si una teoría del derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, entonces los principios que enuncian deben tratar de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidades que en la opinión del jurista que elaboró la teoría fundamentan realmente las normas. Este proceso de justificación lleva al jurista a profundizar en la teoría política y moral, más allá de donde sería exacto decir que algún criterio de justificación sirve para decidir, entre dos teorías diferentes de nuestras instituciones políticas, cual es la mejor”<sup>7</sup>.

**2.3.2 Interpretación de las normas.** Ahora bien, una vez la norma se cristaliza cumpliendo con todos los requisitos para su validez, cabe preguntarse, ¿que posición deben adoptar los ciudadanos ante ella en caso de que su interpretación sea difusa?. Si examináramos las prácticas de los ciudadanos frente al reconocimiento de la ley, podríamos decir que se presentan tres modelos posibles: inicialmente, si la ley es confusa, debe obedecerse suponiendo hasta el peor de los casos, pues si el ciudadano desea cambiarlas deberá promoverlas a través de los mecanismos previstos en la ley; en segundo término, podría hacer lo que quiere si considera que es más defendible su posición de que la ley se lo permite, que la afirmación que se lo prohíbe, eso sí hasta que una institución autorizada se pronuncie en

---

<sup>7</sup>DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: editorial Gredos, 1990. p.. 129.

contrario, en este caso, habría que mirar cuál sería la institución indicada para pronunciarse al respecto; y finalmente, si el ciudadano se encuentra en un sistema político respetuoso de las providencias de los jueces, y que jurídicamente le da peso a las decisiones judiciales de los altos tribunales, este podría ampararse en ellas aduciendo las razones que implica seguir una cultura que le da valor a los precedentes. Estas son las tres alternativas posibles que tienen los individuos que disienten de las autoridades ejecutivas y legislativas cuando la ley es dudosa.

Para Dworkin, es claro que la posición correcta que debe adoptar el sujeto de derechos frente a una ley difusa no puede ser el primera, pues si la ley no es diáfana, el individuo no debe abstenerse ante la posibilidad que la legalidad de su conducta sea dudosa. De hecho, aquí es evidente que hay un choque entre directrices políticas y principios jurídicos, y no es clara la solución. Si esto ocurriera sería imposible hacerle objeciones morales a la ley, y en el futuro nos veríamos regidos por un derecho menos equitativo y justo.

El segundo modelo tampoco es apropiado por que los tribunales podrían llegar a desestimar sus propias decisiones, y no es posible anticiparnos a una posición posterior del mismo, lo que dejaría en una gran incertidumbre al ciudadano.

Finalmente, el modelo preciso sería el tercero, por que constituye la numeración más equitativa de los deberes sociales de un hombre en nuestra comunidad. Un individuo no actúa injustificadamente si se guía por su propia opinión considerada y razonable de lo que exige la ley, sin desatender lo que dicen los tribunales. Así, la doctrina del precedente es la más apropiada, y es la que mejor describe el sistema, lo que implica que el derecho puede ser alterado por las decisiones de los tribunales. Sin embargo, si el problema es tal que afecta derechos políticos o personales fundamentales, y se puede

sostener razonadamente que la corte ha cometido un error, un hombre no excede sus derechos sociales si se aparta de las decisiones de ésta.

De manera que cuando la ley es incierta, en el sentido de que se pueda dar una defensa plausible de diversas posiciones, un ciudadano que siga su propio juicio no incurrirá en un comportamiento injusto. Para casos así el sistema debe permitirles a sus asociados seguir su propio juicio, y el gobierno tiene la responsabilidad de protegerlos y aliviar su situación, siempre que pueda hacerlo sin causar grave daño a otros compromisos. Lo que sí no puede hacer es garantizar la impunidad, ya que no debe adoptar como norma el no enjuiciar a nadie por motivos de conciencia, ni condenar a nadie que discrepe razonadamente del juicio de los tribunales. Es más, tiene que hacerlo, está obligado a ello, entre otras cosas para poder fortalecer el sistema jurídico a través de los precedentes.

Esto, en última instancia, es lo que hace posible sostener que siempre hay una respuesta correcta a un problema jurídico, por que siempre los jueces, de acuerdo a los parámetros de la adjudicación del derecho, podrán y tendrán que darle solución a los problemas.

De esta manera, no es del derecho natural que se obtienen las respuestas, como algunos acusan a Dworkin de admitir, sino de los principios políticos y sociales de la comunidad, que no son taxativos, pero sí son descifrables a través de las reglas que se explican en la parte adjudicativa de esta teoría.

Entonces, el gobierno tiene especial responsabilidad hacia quienes actúan basándose en un juicio razonable. Y si una ley es considerada inválida por el ciudadano, debe prever, en la medida de lo posible, un margen para ellos, cuando hacerlo sea congruente con el respeto a sus otras obligaciones. Es muy difícil definir qué ha de hacer el gobierno en los casos particulares en

nombre de esa responsabilidad, la decisión será cuestión de equilibrio y las reglas inflexibles no servirán. Para resolver el problema, de todas maneras, a este respecto se pueden establecer algunos principios.

**2.3.3 Reglas y principios.** Contrario sensu a lo que propone Hart, Dworkin no piensa que las reglas jurídicas se puedan identificar a través de la regla de reconocimiento. Hart divide las reglas en primarias y secundarias, según impongan deberes u otorguen facultades de creación, extinción y modificación o fijación de efectos de reglas primarias, respectivamente. Esta clasificación no da la posibilidad de distinguir entre dos tipos de normas que conforman el derecho, y que jueces y abogados utilizan de manera diferente en la práctica jurídica. Consideremos las siguientes normas: “esta prohibido hablar en los pasillos”, y “el estado garantiza la libertad de cultos”. Aunque la primera nos muestra una restricción más concreta que la segunda la diferencia no es subsumida a por la diferenciación que establece Hart entre reglas primarias y secundarias, no es suficiente.

Dworkin sostiene que normas como las que prohíben hablar en los pasillos, son reglas, por el contrario la que protege la libertad de cultos constituye un principio. La respuesta, a primera vista, podría ser que la regla se encuentra redactada en términos más concisos que los principios, o que las reglas podrían llegar a ser la concreción de los principios. La reglas contienen expresiones como hablar y pasillos, que determinan con exactitud el campo de acción al cual han de aplicarse, por el contrario, el principio utiliza expresiones de textura abierta como “libertad religiosa” y no ofrece los elementos de modo y lugar que son necesarios para su aplicación. Pero esta explicación se queda corta para Dworkin, para él: “Ambos apuntan a decisiones particulares que se dirigen a una obligación jurídica en

determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de obligación que dan”<sup>8</sup>.

Dworkin utiliza el término principio para referirse a todos aquellos estándares que no constituyen normas, es utilizado de un modo genérico. Por ello, en ocasiones se ve obligado a precisar entre estos y las directrices políticas. Llama directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que generalmente ha de ser alcanzado, propugnando por una mejora en algún rasgo político, económico o social. Mientras que cuando se habla de principio en sentido estricto se refiere a un estándar que ha de ser observado, no por que favorezca el statu quo de una serie de situaciones políticas o económicas que desde el punto de vista político se consideren deseables, sino por que es una exigencia de la equidad, la justicia, en sí de la moralidad.

“Los objetivos políticos pueden actuar como principios si sus enunciados cargan además con características que enuncien estándares moralmente correctos, o los principios como objetivos si estos se constituyen como fines políticos”<sup>9</sup>.

Las normas tienen un carácter disyuntivo, de todo o nada, o se aplican a una situación fáctica en su integridad o simplemente no se aplican. Las reglas son proposiciones jurídicas que se acomodan a lo hechos, si esto ocurre podemos decir que una regla es válida. Obviamente, la compatibilidad se da desde el punto de vista lógico, porque el derecho debe anteceder a los hechos para no violar el principio de tipicidad. Si por el contrario no hay esa concordancia, la norma no es válida para ese caso en concreto. Cuando dos

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, Pág 49.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 48.

normas resultan contradictorias, o contrarias en su contenido material, es cuestión de hermenéutica jurídica resolver el conflicto, para este caso hay normas interpretativas que establecen los criterios para solucionar el choque. Esto es así cuando por ejemplo, se estipula: una norma posterior prevalece sobre la anterior; la norma de mayor jerarquía prevalece sobre la inferior; la de carácter sustantivo sobre la procesal, etc.

El hecho de que las normas operen en un esquema de “todo o nada” no excluye la posibilidad de que éstas puedan presentar excepciones. Así, como las normas son de carácter general, admiten que se exceptúen de ellas algunas situaciones concretas. Por ejemplo, de la norma que prohíbe el homicidio, puede excluirse la situación de legítima defensa. De tal forma que una norma puede estipular lo siguiente: “está prohibido el homicidio excepto en el caso de legítima defensa. Sin embargo, Las excepciones no pueden ser de tipo general, porque si lo fueran estarían violando el principio de no contradicción: Por ejemplo, “esta prohibido el homicidio excepto los que cometan homicidio.”

En las reglas la relación entre la proposición jurídica y su conclusión surge como necesaria, si decimos que el delito de homicidio esta castigado con una pena de 10 años, y Juan cometió homicidio, pues lógicamente se deduce que Juan debe pagar una pena de 10 años.

Por el contrario, los principios operan dentro de un esquema distinto. Estos no son disyuntivos, no son del tipo todo o nada, son complementarios, no tienen que aplicarse en su totalidad y su consecuencia jurídica no surge como necesaria sino como probable. Así, cuando se habla, por ejemplo, del principio según el cual, “el desconocimiento de la ley no exime del deber de cumplirla”, esto no quiere decir que nunca se pueda uno amparar en el desconocimiento, es más, en el código penal se establece que en causas

criminales se admite el error de derecho. Otro ejemplo puede ser el principio según el cual “toda organización social será protegida por la ley”, pues tal protección no operaría en las sociedades que se forman para delinquir, ya que éstas están expresamente prohibidas. Sin embargo, estas situaciones que se salen del principio no se pueden llamar en sentido estricto excepciones, por que no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso que el mismo principio.

Así tenemos que si en la norma las excepciones son taxativas, en el principio surgen de la naturaleza de su amplitud filosófica.

Un Principio no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Un principio puede no aplicarse a un caso determinado lo que no quiere decir que sea inválido, porque es posible que se aplique en el caso siguiente, y en muchos en el futuro. Además los principios jurídicos no son contradictorios sino competitivos, cuando entran en competencia se ponderan con el razonamiento propio ellos. Pero si son excluyentes se aplica el uno o el otro; por eso, siempre hay uno que es el correcto para el caso concreto.

Adicionalmente, desde el mismo lenguaje que se utiliza para enunciar reglas y principios se pueden empezar a establecer diferencias. El principio utiliza expresiones de textura abierta. En el caso de la “libertad de cultos”, se dan locuciones como libertad y cultos, que son bastante genéricas. Esto no ocurre con las normas, ya que el lenguaje utilizado para redactarlas debe ser más concreto, más específico, por que su aplicabilidad depende de esas características. Así por ejemplo, cuando se prohíbe el homicidio se utiliza una palabra que no deja lugar a dudas: ¿Qué es el homicidio? Quitarle la vida a

otro hombre, es fácil de descifrar. Por el contrario, la palabra libertad es mucho mas compleja de comprender.

Sin embargo, la regla de distinción entre principio y regla no es absoluta, porque en unos sistemas puede darse un principio que en otros pueda ser una regla. Esto se presenta debido al carácter absoluto que se le pueda llegar a dar a un término. Ejemplo de ello sería tomar el concepto de la “libertad de expresión” en toda su literalidad y protegerlo hasta el extremo.

Este tipo de distinción le trae grandes problemas al positivismo, pues al no aceptar la existencia de los principios de acuerdo con los cuales muchas veces fallan los jueces, atribuyen la adjudicación del derecho, en estos casos, a la discrecionalidad judicial.

## **2.4 LA RESPUESTA CORRECTA**

En la teoría de la interpretación del derecho de Dworkin la aplicación de los principios es fundamental, y es jurídica. Hace parte de la teoría de la adjudicación, en cuanto a que con ella se ponderan los principios. Según ésta no hay un criterio único identificador de las normas. De esta forma, teniendo en cuenta la historia de las prácticas jurídicas; los principios políticos que mejor reflejan las prácticas sociales y una hermenéutica racional que las condense, se puede llegar a una única respuesta. De acuerdo con esta tesis el hecho de que no se pueda demostrar la corrección de una interpretación en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de la existencia de una respuesta correcta desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica interpretativa. De hecho en la realidad se observa que jueces y abogados pueden encontrar un punto en donde el derecho sea correctamente interpretado y ofrece un sólo resultado, que supone la existencia de una argumentación concreta y que ofrecen razones relativas a la coherencia de las premisas lógicas.

“En la teoría de interpretación del derecho debe observarse tanto el derecho explícito como el derecho implícito, lo que implica un trabajo más concienzudo del juez de conocimiento”<sup>10</sup>. De esta manera, lo jurídico no se limita a las leyes proferidas por el parlamento, sino que también hacen parte de este entramado las tradiciones propias del grupo cultural, las costumbres, las prácticas políticas, en general toda esa estructura que llega a generar la existencia de los principios. Además, también constituyen un componente esencial a la hora de adjudicar el derecho la observación de los precedentes judiciales, que conforma la mayor fuente de principios, ya que es en las decisiones de las altas cortes en donde podría decirse que llega a institucionalizarse toda esta tradición política que genera los principios. Esto complementa la concepción del derecho de los positivistas, que según Dworkin, se agota en el contenido de las normas. Todo esto hace parte de la adjudicación, mientras que en el positivismo de Hart es externa y se constituye como la fuente justificadora del derecho, hay separación entre descripción y justificación y en la práctica la integración se da desde un punto de vista interno.

La interpretación surge de un método único, que se explica en este trabajo cuando hablamos de la interpretación del derecho. Así, la decisión del juez desde el punto de vista lógico y epistemológico es correcta, lógico por que cumple con los requisitos formales del razonamiento, y epistemológico por que su contenido material obedece a un criterio científico.

Además, la distinción entre principios y reglas de Dworkin, ataca la teoría de Hart del derecho como integridad y muestra que en la práctica se aplica la ley y se ponderan los principios, de esta forma pretende derrumbar la tesis del parámetro único identificador de las normas, la teoría pura del derecho.

---

<sup>10</sup>DWORKIN, Ronald.. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p. 131.

Por lo tanto, la adjudicación del derecho se da aplicando tanto las reglas como los principios. Para Dworkin, sin embargo tienen más peso los principios, lo que no quiere decir que siempre que haya colisión entre regla y principio triunfe el principio, porque cuando esto se presenta, el juez debe ponderar el principio que subyace a la regla y el principio, y decidir cual tiene más peso en el caso concreto.

En lo que respecta a su teoría del derecho, Dworkin plantea que de acuerdo a su sistema de interpretación y adjudicación se puede llegar a una respuesta correcta; contrario sensu al último pilar del positivismo, ya mencionado, que en los casos difíciles donde la norma se agota, e incluso en otros casos, considera la posibilidad de existencia de varias hipótesis razonables para solucionar el problema jurídico. Para Dworkin, por el contrario, de acuerdo a la jurisprudencia, es decir, a la historia de las prácticas jurídicas, a los principios políticos que mejor reflejan las prácticas sociales y a una hermenéutica racional que las condense, se puede llegar a una única respuesta: “De acuerdo con esta tesis, el hecho de que no se pueda demostrar la corrección de una interpretación en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de la existencia de una respuesta correcta, desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica interpretativa”<sup>11</sup>. La demostración es de áreas del conocimiento como la ciencia, en que existen hechos duros, externos a la práctica científica, que sirven como punto de evaluación de la corrección de una afirmación. Por ser el derecho en la práctica de carácter interpretativo, sólo puede entenderse desde el interior del proceso de argumentación en que dos o más participantes reivindican la corrección de la interpretación de las normas. De esta manera, como ya se ha establecido, los principios jurídicos, no son contradictorios sino competitivos.

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1999. p.65.

Aquí es donde aparece el juez Hércules, este ser mitológico que es capaz de resolver cualquier litigio. Porque, según Dworkin, todos los casos tienen solución dentro del sistema jurídico.

En resumen, La discrecionalidad de los positivistas no puede ser el elemento decisivo en la adjudicación del derecho, pues los casos difíciles también requieren una respuesta que vaya de acuerdo con el sistema jurídico. Una teoría discrecional en la solución de un caso concreto supondría una violación al principio de tipicidad y supondría una retroactividad de la ley, algo que repugna en un Estado democrático guiado por una clara separación de poderes. Lo que debe hacerse en estos casos, según Dworkin, es aplicar los principios, los cuales se ponderan y de acuerdo a unas reglas racionales en donde se aplica el principio más adecuado, y si hay concurrencia de ellos para el mismo caso debe tomarse para la decisión el más fuerte según la tradición moral y jurídica del sistema.

Ahora veamos cómo se construye a partir de esta teoría interpretativa del derecho un sistema en el que se garanticen realmente los derechos individuales.

## **2.5 DERECHO Y MORAL**

Aún cuando puedan haber muchas y diversas posiciones contingentes entre derecho y moral, no hay conexiones conceptuales entre el contenido del derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación entre derecho y moral es que puede haber derechos y deberes jurídicos que no poseen ninguna justificación o fuerza moral. Dworkin comulga más con la idea de que debe haber al menos fundamentos morales *prima facie* para las afirmaciones acerca de la existencia de los derechos y

deberes jurídicos. Por eso, ve los derechos jurídicos como una forma de los derechos morales, este es un elemento crucial en la constitución de su teoría del derecho. Es importante para comprender los aspectos que utiliza Dworkin en su filosofía del derecho descriptiva general ver que cualesquiera que sean los méritos de su teoría interpretativa general, la crítica que hace este filósofo al sistema positivista, al cual acusa de pertenecer al mundo peculiar del esencialismo jurídico que indica que puede haber derechos y deberes sin ninguna fundamentación o fuerza moral. Entonces, Dworkin afirma que los derechos y deberes políticos sólo pueden tener sentido en el mundo real si hay fundamentos morales para afirmar su existencia.

## 2.6 JURISPRUDENCIA

Para Dworkin, la fuerza jurídica de los precedentes no se agota como se agota una ley, que fenece en los límites lingüísticos de su contenido. “De tal manera que la influencia del precedente constituye un campo gravitacional sobre el cual se van a mover las decisiones posteriores, incluso cuando éstas se encuentren fuera de su órbita particular”<sup>12</sup>. Esto último quiere decir que no es necesario que confluyan los elementos fácticos, por que de igual manera ningún caso va a ser igual a otro, sólo se requiere que sea susceptible de analogía, es decir, que subyazcan en los dos casos los mismos principios que se quieren proteger.

Los derechos de un individuo dependen, a la vez, de las prácticas, y de la justicia de las instituciones políticas. Así, la supuesta tensión entre creación judicial y las historia de las instituciones se desvanece, los aplicadores del derecho, los jueces, deben hacer juicios nuevos sobre los derechos de las

---

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1999. p. 155.

partes que acuden ante ellos, y esos derechos políticos, antes que oponerse a las decisiones políticas del pasado, las reflejan.

De acuerdo a la interpretación jurídica, la adjudicación del derecho va más allá de la utilización del formato de las plantillas o del formalismo jurídico, es decir, queriendo simplemente aplicar las normas en una forma rigurosa e irreflexiva. Se acepta que existen situaciones en las que esto último se puede hacer, pues un juez o un árbitro puede operar de esa manera en una situación como la siguiente: en el juego de baloncesto si un jugador comete una falta en el área, se le permite a su rival dos tiros de penalización, eso no ofrece ninguna dificultad, ya que se aplica el derecho al estilo del formalismo, pero distinguir si fue o no con mala intención eso sí requiere de un análisis mucho más detallado. Un análisis que es propio de la adjudicación del derecho, no de la regla o ley en sentido estricto, sino del derecho en su extensión.

Cuando un juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia. Más bien formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que normalmente en cualquier cálculo de derechos políticos se combinan, pero que aquí entran en competencia.

Todo esto nos muestra cómo las decisiones previas contribuyen a la formulación de nuevas reglas, de manera distinta a la interpretación formal.

Estos precedentes tienen una gran aceptación por cuanto constituyen una experiencia depurada, aun cuando, en la práctica, jueces y abogados atribuyan la fuerza vinculante de estos a razones distintas. Dworkin hace una comparación entre la decisión que toma un legislador en su actividad propia, legislar, y la que debe tomar el juez. El primero, al momento de emitir un

juicio, no en el sentido jurídico sino político, se preocupa por cuestiones básicas de moralidad política, y no necesita demostrar que su voto es coherente con el de sus colegas, ni con los de legislaturas anteriores; es más, lo que se espera en un cuerpo legislativo es que haya diferencia, esa es una de las características que favorecen la democracia. Por el contrario, el juez no puede adoptar esa actitud de independencia, debe tratar siempre de relacionar la justificación que ofrece para una decisión original con las decisiones que antes han tomado otros jueces y funcionarios.

Es en este contexto que se comprende el hecho de que, en cuanto a la adjudicación del derecho, la tesis de los derechos formulada por Dworkin, proporciona una justificación de las decisiones judiciales. Los jueces en su calidad de funcionarios públicos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, lo que en su forma más general significa que estos no pueden tomar decisiones que vayan en contravía de las que se puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique a su vez también las otras decisiones que se pudieren tomar. Lo que quiere decir concretamente es que debe haber una unidad jurisprudencial, un perfil político y jurídico.

“Lo que va en contra precisamente de la jurisprudencia y el precedente, y de una concepción sistemática del derecho, son las decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pueden ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que además sean congruentes con otras decisiones a las que también se les considera como correctas”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p. 154.

Cuando hablamos de principios políticos, se exige del sistema representado por todos sus funcionarios, una coherencia irrestricta de todas sus decisiones con estos. Diferente a lo que sucede cuando hablamos de directrices políticas, esas pueden cambiar rápidamente; ejemplo de ello es una política que busca la reactivación económica de x país que puede llevar al parlamento a tomar la decisión de subsidiar el negocio de la construcción, luego se percatan de que sería más conveniente subsidiar la agricultura, así que cambian de dirección la política económica de esa vigencia. Esto no puede pasar con los derechos individuales por que estos surgen como una conquista del hombre sobre los derechos de las mayorías.

Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada sólo si se puede demostrar que el principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas y con decisiones que las instituciones están dispuestas a tomar en las circunstancias hipotéticas. Cabe resaltar que este argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. No se trata de coherencia con la norma, sino con el principio que subyace a ésta, pues la norma puede cambiar también dependiendo de un criterio político, el del parlamento. Por el contrario, depende de una tradición histórica y de una costumbre cultural, lo que no se puede reformar así de fácil.

De todo esto se desprende algo claro, para Dworkin, el derecho se tiene obviamente antes de la decisión judicial, aun así no es de suyo por todos conocido. Para Dworkin contrariamente a la afirmación de los positivistas, se tiene frente a un litigio derecho a una decisión determinada, a una única respuesta correcta. De esta forma, la declaración judicial se da es post facto, pero el derecho extiende sus efectos antes, durante y después de la decisión judicial determinada.

## 2.7 DERECHOS EN CONTRA DE LAS MAYORÍAS Y DEL GOBIERNO

**2.7.1 Derechos en contra del gobierno.** Dworkin, apoyado en los cimientos que le ofrece su teoría de la interpretación y adjudicación del derecho agrega el último elemento fundamental en su construcción de una teoría del derecho, esto es, los derechos en contra del gobierno, algo inaceptable en una teoría positivista del mismo. “La existencia de derechos morales en contra del gobierno, que no son exclusivamente los que otorga la ley, permite a los ciudadanos una protección completa de sus derechos individuales”<sup>14</sup>.

Los ciudadanos no tienen únicamente los derechos que el gobierno les concede, si fuera así no tendrían derecho moral alguno. Y no es suficiente que algunos de estos principios sean consagrados en la Constitución, porque si bien en la Constitución subyacen problemas jurídicos y morales, que hacen que todo el ordenamiento jurídico se someta a ella, no constituye una garantía suficiente de los derechos individuales, ni contempla la totalidad de los principios que gobiernan la actividad jurídica.

La constitución no establece ni puede establecer la generalidad de los derechos morales, ni siquiera puede explicar en qué consisten tales derechos. Por esta razón, el sistema jurídico lo que debe garantizar es la existencia de órganos competentes que diriman los conflictos, y sean diferentes al legislativo y al ejecutivo, que garanticen la división de poderes y de esta forma protejan la democracia.

La división de poderes es básica a la hora de determinar la protección de los derechos individuales, ya que en última instancia es de la independencia de

---

<sup>14</sup>DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p. 404.

los jueces en la adjudicación del derecho que depende en gran parte una protección integral de estos.

Los derechos en contra del gobierno no niegan para nada su autoridad, lo que buscan es un límite al poder del mismo.

El gobierno no puede impedir el ejercicio de las garantías básicas sólo por que así lo ordena, esto sería injusto, y esa injusticia no se purga por el solo hecho de que una orden esté ajustada a los procedimientos de creación de la ley. Ni siquiera podría utilizarse el argumento de que mediante la imposición irrestricta de la ley se obtiene un bien superior, el respeto a la misma. Según Dworkin, ésta es una ganancia utilitarista, y un régimen que respete los derechos individuales debe renunciar a estas ganancias utilitarias, así se crea que con éstas se obtiene un mayor beneficio colectivo.

En eso consisten los derechos en contra del gobierno, y la mejor garantía de los derechos individuales es que estos sean un verdadero triunfo sobre las mayorías. En últimas, se debe renunciar a cualquier beneficio marginal que de la limitación de los derechos se pueda reportar para el sistema en general. Dworkin va más allá, y dice que aun si se pudiere alegar por parte del gobierno que la mayoría estaría mejor limitando estos derechos morales, esto no sería aceptable, pues con ello se permitiría su aniquilación, lo que a corto plazo conduciría un deterioro importante de las garantías, lo que a su vez supondría un daño superior. Hay que aclarar que se refiere a derechos fundamentales individuales no a cualquier derecho.

Es importante establecer la diferencia entre derechos individuales y colectivos para saber cómo deben salvaguardarse y hasta dónde llega su límite, con el fin de protegerlos en conjunto. Para Dworkin estos derechos por lo general son concurrentes, pero sólo los derechos individuales propios y los de otros miembros de la sociedad, en cuanto individuos, prevalecen sobre

los segundos. Se deben distinguir, entonces, los derechos de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría. La prueba que propone para distinguirlos es la siguiente: alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho individual actual, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda, estamos frente a un derecho individual; si estos hacen referencia a derechos de las mayorías y de interés general, como el orden público o la paz, estamos hablando de derechos colectivos.

Un ejemplo de los primeros, los derechos personales, es la libertad de expresión, así lo que se exprese no le interesase a nadie, y de los segundos, los derechos de las mayorías, como las leyes que aseguran la tranquilidad en sitios públicos o las leyes de reclutamiento. Estas últimas no se apoyan en derechos individuales, son leyes deseables que aseguran ciertas ventajas, pero su fundamento está en los intereses de las mayorías. Es más, si alguien alegase estos derechos como concurrentes frente a los derechos personales de otro, necesariamente tendrían que prevalecer los de éste último, y no podrían restringirse los primeros argumentando los segundos. De ahí que un ciudadano no podría exigir la protección de su seguridad personal a costa de que se limite el derecho a la libertad de expresión a otros u otro.

Esta interpretación, según la cual los derechos personales van primero, exigen del sistema alguna tolerancia, incluso permitir cierto margen a la desobediencia civil, debemos descontar de la gravedad del mal que nos amenaza la probabilidad de que esa amenaza se concrete. Según Dworkin, la posición moral de quienes la ejercen, no es tan grave como la mayoría piensa, ésta no ha de incrementar la desobediencia y el crimen en general.

Al permitir alguna elasticidad al sistema en pro de los derechos se permite aumentar el respeto por los funcionarios y por el mismo sistema. Una sociedad que pretenda reconocer los derechos debe abandonar la idea de un deber general de obedecer la ley que sea válido en todos los casos.

Para poder preservar los derechos individuales, el gobierno (entiéndase aquí por él todas las instituciones que ejercen potestades legislativas y ejecutivas de carácter público) tiene, en primer lugar, que incorporar dentro del ordenamiento jurídico los derechos morales, y defenderlos, equilibrando estos con normas de bienestar general. Lo que debe hacer el gobierno es encontrar el equilibrio entre el bienestar general y los derechos personales, y darle a cada cual lo debido. Eso sí, cuidando siempre el costo social de las diferentes propuestas. De ahí que no pueda por ejemplo, proporcionarle la misma libertad a las manifestaciones ruidosas que a la tranquila discusión política, eso por que las primeras causan mucho más inquietud que la última y, una vez que decida en qué medida ha de reconocer un derecho, debe hacer valer plenamente su decisión. La seguridad jurídica de un sistema depende de la facultad del sistema de hacerse obedecer.

Este modelo hace parte de una lógica política, que es función precisamente de los políticos. Los jueces, por el contrario, tienen la obligación de fallar en derecho y no de acuerdo a criterios políticos, para así de esta forma garantizar los derechos de los individuos al resolver los litigios a favor de uno de ellos aplicando la ley y los principios que rigen la comunidad.

Es necesario, entonces, tener claro que dentro de una sociedad garantista de los derechos individuales todo el sistema se estructura dentro de un rango importante de tolerancia y acepta dos principios: la dignidad humana y la integridad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho por parte del gobierno a la misma

consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos. Si es así, podemos decir que el gobierno se toma los derechos en serio.

Esta práctica compleja y un poco engorrosa de los derechos en contra del gobierno es la que hace más cara y difícil la tarea gubernamental de asegurar el beneficio general, pero es un costo que debe pagarse.

Pero bueno, tal y como se dijo anteriormente, el gobierno tiene que mantener un equilibrio entre unos y otros derechos, de lo cual surge la siguiente pregunta ¿Cuándo es legítimo que el gobierno limite el goce de un derecho individual?. Sólo habrían, para Dworkin, tres causas justas para limitarlos: “la primera de ellas es que el gobierno demuestre que los valores protegidos por el derecho original no están realmente en juego en el caso marginal, o lo están en una forma atenuada; segundo, demostrando que si se define el derecho de manera tal que incluye el caso marginal, se recortaría algún derecho concurrente; y por último, se podría demostrar que si se definiera de esa manera el derecho, entonces no se incrementaría simplemente el coste social, sino que ese incremento sería de una magnitud tal que trascendería en mucho el coste pagado para conceder el derecho original, en una magnitud lo bastante grande como para que se justifique cualquier ataque a la dignidad o a la igualdad”<sup>15</sup> .

**2.7.2 Desobediencia civil.** Un aspecto importantísimo dentro de la teoría de Dworkin, está constituido por los derechos que tiene el objetor de conciencia, si bien, “la ley es la ley y debe respetarse”, es la premisa general, este argumento no es tan fuerte como parece. Si el gobierno cree que un hombre ha cometido un delito, y por tal motivo tiene el deber de procesarlo, no

---

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p. 250.

obedece a un axioma general o a un imperativo de operación. La sociedad no puede mantenerse si tolera la desobediencia; pero de ello no se sigue, sin embargo, que vaya a desmoronarse si tolera alguna, y tampoco hay pruebas de que así sea. En un sistema jurídico, como el norteamericano, por ejemplo, la fiscalía, cuerpo encargado de la investigación criminal, depende del gobierno. De ahí que se analicen una gran cantidad de factores de conveniencia política al enjuiciar a un infractor, depende en muchos casos de la política criminal que haya fijado el Estado.

Al momento de entrar a evaluar la conducta de los demás se tienen en cuenta factores objetivos tales como la edad, y las circunstancias económicas, entre otros, pero deben mirarse principalmente los motivos que llevan al infractor a violentar la ley, ahora bien, el objetor de conciencia no lo hace por motivos abyectos y fútiles.

El reclamo de quienes defienden el respecto irrestricto a la ley se da en el sentido de que sería injusto que los infractores obtuvieran los beneficios de la obediencia sin pagar el precio, mientras ellos si gozan de la obediencia de los demás. Adicionalmente no habría seguridad si cada cual decide qué leyes cumplir y cuales no. Según Dworkin este argumento falla al suponer que los objetores saben que se está infringiendo una ley valida. Por cierto, cuando hablamos de desobediencia civil nos referimos concretamente a una norma que a todas luces se observa como injusta o que viola preceptos constitucionales. De aquí surge el dilema; se castiga al infractor pues violó una ley formalmente válida, o la ley viola principios fundamentales por que no es válida y en consecuencia se haría mal en castigar al infractor. De esto se desprende un elemento fundamental, la validez de la ley puede ser dudosa. Si ante la imposición de una norma la mayoría de la sociedad se ve tentada a desobedecerla por razones morales, sería una norma dudosa o claramente inválida, dependiendo del grado.

Para justificar la desobediencia civil y explicar su punto de vista, Dworkin coloca como ejemplo las leyes de reclutamiento en los Estados Unidos durante la guerra del Vietnam, la que tuvo una gran resistencia al interior del pueblo norteamericano. Dicha resistencia se justificaba por cuanto violentaba una gran cantidad de principios, en primer lugar, el motivo de la guerra no constituía un peligro inminente contra la seguridad nacional; además, se acusaba al ejército americano de utilizar prácticas de guerra sucia en el conflicto en que participaba. La posición de los que se oponían a la guerra tenía justificación de peso y era lógico pensar que tal oposición tenía hogar nativo en la moralidad del pueblo norteamericano. La desobediencia civil a tales leyes se hallaba plenamente justificada, la idea era que no se podía cambiar vidas de estadounidenses por respaldar la política exterior del país.

En última instancia, el límite entre la obediencia a la ley y la desobediencia civil, no es cuestión de forma, ni de número. La mayoría de la gente siente desagrado al pagar los impuestos, sin embargo, esto no justifica la resistencia a pagarlos, mientras que una ley que favorezca la discriminación así sea a un grupo pequeño de sus ciudadanos constituye una afrenta a la integridad política de la nación y una norma en ese sentido es injusta y por lo tanto inválida.

Para Dworkin, es importante este aspecto. Así, la garantía de los derechos individuales depende de la posibilidad de oponerse a las normas injustas, el gobierno no tiene derecho a colocar a sus ciudadanos por fuera de la legalidad, se puede desobedecer la norma cuando es manifiestamente lesiva de los derechos individuales.

Además, la posibilidad de manifestarse contra la norma injusta garantiza la democracia y la evolución del sistema jurídico.

Esto no contradice el apotegma según el cual en una sociedad que se precie de respetar los derechos de los demás los ciudadanos obedecen la ley, así no la comparten, por que otros también obedecen leyes que los incomodan para respetar su derecho. Lo que sucede es que ese deber no es total, el hombre debe cumplir los deberes con su conciencia, está en todo su derecho y debe ser protegido cuando actúa de esta forma, aunque no esté exento de castigo.

Según Dworkin, entonces, con quienes niegan el derecho a la desobediencia civil, “Lo que ocurre en la realidad, es que sin importar la posición, liberal o conservadora, de boca para afuera se rinde homenaje a unos derechos que en la realidad no reconocen, por que siempre se llega a la misma conclusión, la ley o se obedece o se sanciona al infractor”<sup>16</sup>.

Dworkin concluye su teoría afirmando que el sistema puede soportar o tolerar cierto margen de desobediencia a favor del respeto a los derechos individuales. Desobediencia civil, eso sí, que surja de la correcta interpretación de principios y reglas que se haga en la adjudicación del derecho, de tal manera que el gobierno no podría poner a sus ciudadanos por fuera de la ley de una manera injusta, ni siquiera atendiendo a motivos de interés general, lo que constituye una pretensión utilitarista, a la que se debe renunciar. En eso consiste tomarse los derechos de los individuos en serio.

De ahí la difícil tarea del juez al decidir el caso de un objetor de conciencia debe analizar cantidad de principios y absolver o sancionar al infractor según la situación.

---

<sup>16</sup>DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. Pág. 295.

**2.7.3 Derechos en contra de las mayorías.** Para Dworkin, el principal derecho individual es el de igual consideración y respeto, el cuál hace referencia a la distribución de bienes y oportunidades por parte del gobierno. A este respecto el gobierno no puede recurrir a una teoría que considere que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración. Tampoco pueden restringir las libertades basándose en la concepción según la cual una forma de vida es más noble que otra o superior a ella. De ahí toma su fundamento precisamente el concepto de derecho individual como garantía de protección en contra de las mayorías. El derecho igual consideración y respeto no hace referencia a una igual distribución de bienes y oportunidades, sino al hecho de la necesidad de considerar que cada ser humano, en cuanto tal, debe ser tenido como digno de respeto y sujeto de derechos inalienables, independientemente de su condición política, económica, social y cultural, de su forma de vida y de sus opiniones sobre el mundo, la realidad y cualquier asunto social o cultural en general.

De ahí que, el derecho que se tiene a ciertas garantías no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, pues de lo que se trata es de hacer respetar un concepto de igualdad más fundamental. En palabras de Dworkin: “Los gobiernos sólo pueden limitar los derechos cuando concurren circunstancias muy limitadas y políticamente aceptables, las cuales deben estar presididas de una justificación fáctica”<sup>17</sup>.

## **2.8 UTILITARISMO**

**2.8.1 Definición.** Para Dworkin, una forma popular de expresar la teoría utilitarista es aquella que sostiene que un acto es bueno si la aceptación general de una regla que exigiera ese acto mejorase el bienestar general de

---

<sup>17</sup>Ibíd. p. 362.

los miembros de esa comunidad. Así una teoría política determinada podría prever el derecho a la libertad de cultos, basándose en la hipótesis de la aceptación general de ese derecho por parte de los jueces y otras instituciones que a la postre proveerían el mayor bienestar general.

El problema con el utilitarismo, según Dworkin, consiste en el hecho de que no ofrece distinción alguna entre argumentos de principio y argumentos políticos. Supongamos que se quisiera argumentar una política de discriminación racial argumentando que manteniendo separados a blancos y a negros se evitarían muchísimas tragedias. Se puede incluso llegar a invocar un argumento de principio, un derecho de las personas a la seguridad y a la vida que pudieran llegar a violarse con la unión de estos dos grupos. Según Dworkin, si se permitiera que una directriz política tal se impusiera, la garantía de los derechos sería vacía, sin sentido.

Así, si un grupo pequeño de individuos reclama la integración racial argumentando su derecho a la igualdad, un derecho individual y de principio, la mayoría podría llegar a oponerse citando los argumentos de irritación y malestar, directriz política. De esto se desprendería que a menos que a la pretensión de esa minoría se opusiera un argumento concurrente de principio, esta última pretensión de la mayoría sería lo bastante débil como para prevalecer.

De ahí que la dicción principio - utilidad hace parte de los objetivos políticos y no de la teoría de los derechos. Si ese objetivo sirve a la preservación de los derechos podremos decir que es un objetivo válido, sino, tendría que ser desechado inmediatamente. Por que ningún fin utilitarista puede pasar por encima de los derechos de los individuos. El hombre es el fin no el medio.

**2.8.2 Ruptura con el utilitarismo.** Dworkin no acepta la interpretación utilitarista del derecho que propone el positivismo. Él como teórico individualista, promotor del pluralismo, el liberalismo político y jurídico, lleva sus tesis más por el lado de imperativos morales que por la ortodoxia jurídica. Los individuos son la razón de ser del Estado, y su principal función es el cuidado de estos. El hombre es un fin en sí mismo al estilo de Kant, y no una herramienta del Estado. Ni siquiera la política del famoso bienestar general puede pasar por encima de los sujetos de derechos. Así se comprenden frases tales como “los derechos individuales son triunfos sobre las mayorías” y “el bienestar general es sólo el resultado de la suma de los bienestares particulares”. Él presenta una teoría que pretende garantizar el goce de ciertas prerrogativas, que no surgen de una concesión del Estado sino de un derecho pre-jurídico indivisible del ser humano que va de acuerdo con los principios que guían la tradición política de la nación, que Dworkin llama la libertad de conciencia: “Estos constituyen la base de los derechos en contra del gobierno y desde esta perspectiva plantea toda una teoría moral que explica estas prácticas”<sup>18</sup>.

Dworkin manifiesta que en la realidad existen dos tipos de teorías morales, las teorías teleológicas y deontológicas. Las teorías teleológicas, como el utilitarismo, ven al individuo de forma instrumental, en relación con las políticas estatales. En este contexto unos Estados persiguen, a través de su sistema jurídico, objetivos dentro de una política determinada. Dentro de esta teoría, el que un acto político favorezca o preserve ese estado de cosas cuenta en favor de dicho acto, y el que lo retarde o amenace cuenta en contra de él. Los objetivos pueden ser relativamente específicos, como el respeto a la autoridad, o relativamente abstractos, como el mejoramiento del bienestar general. Esta teoría que guía algunos sistemas es característica de

---

<sup>18</sup>DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p. 72.

los gobiernos totalitarios, en donde se fijan unos objetivos como la supremacía nacional, el bienestar general, la excelencia, entre otros, que llevan a que el individuo sea tratado como un instrumento, como un eslabón más en la búsqueda de un objetivo institucional. Estas formas sólo se preocupan por el bienestar del individuo determinado en la medida en que éste contribuye a un estado de cosas estipulado como bueno, con total independencia de que lo haya elegido o no. Y muestran el bienestar general como fruto de un promedio, de un estándar, y consideran necesario mejorar esos promedios independientemente de cualquier consideración individual.

Por otra parte, hay dos teorías más, deontológicas, una basada en derechos y la otra en las obligaciones, ambas colocan en el centro al individuo y consideran que su decisión o su conducta son de fundamental importancia, de la misma forma recurren a la idea de normas morales, de códigos de conducta que, en ocasiones individuales, se han de seguir sin atender al propio interés. Pero los dos tipos lo consideran bajo una luz diferente. A las teorías que se basan en el deber les importa la calidad moral de las acciones individuales, porque suponen que está mal, sin atenuante alguno, que el individuo no llegue a satisfacer ciertos estándares de comportamiento. Además, trata como esenciales los códigos de conducta, ya sea que la sociedad se los imponga al individuo o que éste se los imponga así mismo. El hombre que está en el centro es el hombre que debe conformarse con un código tal, y si no lo hace es castigado o se convierte en un ser corrupto.

Las teorías basadas en derechos se preocupan más bien por la independencia que por la conformidad de la acción individual, presuponen el valor del pensamiento y de la acción individual y los protegen. Tratan los códigos de conducta como instrumentos, que quizá son necesarios para proteger los derechos de otros, pero que en sí no tienen valor esencial alguno. El hombre que está en el centro de ellas es el que se beneficia de la obediencia ajena, no el hombre que sigue el camino de la virtud siendo

obediente porque sí. De esta forma el individuo recibe una ganancia primordial del sistema jurídico, teniendo derechos en contra de la mayoría, que según Dworkin, es el fundamento de todo derecho.

Según nuestro autor, en sociedades heterogéneas, como las contemporáneas, debe aplicarse preferiblemente el modelo o la tesis de los derechos; la de objetivos, es utilitarista, y la de los deberes no ofrece respuestas en cuanto a la correlación directa con los derechos. Dworkin va a basar su postulado, o su defensa de los derechos individuales, en su teoría de los derechos. De esta forma surge su postulado de tomarse los derechos en serio, y hacia allá va encaminado todo su trabajo, de tal manera que los derechos de las minorías, derechos contra el gobierno, adquieren mayor sentido en una comunidad políticamente dividida y heterogénea.

**2.8.3 Utilitarismo y liberalismo.** Dworkin en su oposición teórica al utilitarismo, desde una perspectiva liberal individualista heredada de la concepción liberal rawlsiana, formula la idea de un liberalismo igualitario, de ahí su postulado de la igual consideración y respeto como primero y auténtico derecho individual de la moral liberal. Pero se debe andar con cautela por que Dworkin también tiene sus falencias e inconsistencias y ciertamente como lo dijo Hart es un poco soñador.

El argumento utilitarista según el cual, una política se justifica si satisface globalmente más preferencias, parece a primera vista un argumento igualitario, aparentemente observa una imparcialidad estricta. Es decir, superficialmente podría tenerse como conveniente y adecuado, por ejemplo, la comunidad necesita de un hospital para atender un grupo pequeño de enfermos, pero un grupo aun mayor necesita de una escuela, en este caso el utilitarismo nos diría que lo más prudente es hacer la escuela. Dworkin ve un problema en este punto, pues lo que en realidad es aparentemente

igualitario es con frecuencia engañoso. En efecto, el utilitarismo de la preferencia pide a los funcionarios que intenten satisfacer en la mayor medida posible las preferencias de la gente, pero las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse tras un análisis más detallado como reflejo de una preferencia personal por disfrutar de ciertos bienes y oportunidades o como una preferencia externa entorno a la asignación de bienes y oportunidades a otros, o como ambas cosas. La aparente justicia utilitarista se anula ya que no obedece a criterios objetivos sino a criterios personales. Lo que precisamente Dworkin llama la prelación de preferencias externas. El utilitarismo es grave para la igualdad y representa una gran dificultad para esa teoría moral pues debe gran parte de su popularidad al supuesto de que encarna los derechos de los ciudadanos a ser tratados como iguales, pero si se cuentan las preferencias externas dentro de las preferencias globales este supuesto se ve amenazado. De hecho muchas de las justificaciones políticas, sociales e individuales sobre lo que es preferible o conveniente o sobre lo que está bien o mal o correcto o incorrecto, proviene de prejuicios externos sin ninguna objetividad. Este es el caso por ejemplo del racismo u otras consideraciones respecto a qué estilo de vida merece el apoyo estatal. Es por ello que el utilitarismo no satisface los derechos individuales ya que sujeto a una decisión política y argumentos externos, pasando por encima de las preferencias personales y formando prejuicios que mancharían de duda el sentido de toda decisión.

En cuanto a la posición moral de la sociedad y la intervención del Estado en este campo, podemos observar en primer lugar la posición utilitarista que esgrime dos argumentos principales: el derecho de la sociedad a proteger su existencia y el derecho de la sociedad a seguir sus propias luces. En cuanto al primero, en todo grupo social hay una diversidad de principios morales que algunos hombres adoptan como guía y que no intentan imponer a los demás,

y por otra parte hay estándares morales que la mayoría excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ellos. El primer caso nos muestra estándares de tipo cultural que se aceptan a veces de forma inconsciente, como es el caso de la religión, el gusto por cierta música, etc. El segundo, los que le imponen a los miembros una obligación seguida de una sanción en caso de incumplimiento, por que consideran que para sus vidas es necesario cierto consenso moral. De esta forma alguien con prejuicios puede valerse de las instituciones y del derecho para proteger la moral. Sin embargo, según Dworkin, el derecho no puede extenderse a toda inmoralidad, pues debe integrarse dentro del concepto de libertad. Así, el derecho debe abstenerse de actuar si detecta cualquier inquietud, indiferencia o intolerancia latente en la forma en que la sociedad condena una práctica determinada. De esta forma, si la intolerancia, indignación y repugnancia son grandes, la sociedad puede imponer el derecho que le satisfaga. Pero, para que un acto denominado inmoral por los más sea castigado por las instituciones estatales, debe representar un peligro real y cierto para la sociedad. Si se permitiera que la sociedad siempre impusiera su criterio, que no necesariamente obedece a parámetros objetivos, y que puede ser caprichoso, no tendría ningún sentido hablar de libertad, tolerancia y equilibrio, menos aun de derechos individuales. Por tanto, este no puede ser el criterio de moral y derecho que cimiente una teoría del derecho.

El segundo argumento, según el cual, la sociedad tiene derecho a seguir sus propias luces, se funda sobre la premisa de que aceptar conductas que la sociedad considera inmoral y rechaza, llevaría a un cambio en su estructura, resentiría el tejido social y llevaría a que las instituciones que más protegen la moral cambien, se trasformen, obligando a un giro que la sociedad no quiere que se produzca y que considera dañino, porque las conductas distintas “amoraless o inmorales”, según los parámetros sociales, no sólo afectan al sujeto que las practica sino que corrompen a los demás miembros

de la sociedad. Es por esto que, de acuerdo con esta perspectiva, se deben restringir y castigar el ejercicio de estas conductas. Sin embargo, no basta con que sea inmoral una conducta para convertirla en delictiva, lo que se espera es que se prohíban ciertas conductas que fuera de ser inmorales también representan un alto costo social y amenazan realmente instituciones que vale la pena proteger por la importancia que éstas revisten. Tiene que valer proporcionalmente la pena restringir un derecho en aras de defender la institución o la tradición que se pretende proteger. El problema aquí surge al momento de decidir por parte de los legisladores qué actos son o no inmorales, qué parámetros observar al momento de decidir, pues ya no puede hacerlo de acuerdo a la religión, por lo menos en un estado laico que respete la libertad religiosa. La respuesta de acuerdo a estas concepciones es sencilla: basta con que la comunidad por consenso, por mayoría, la rechace. Esta decisión debe basarse en algún artículo de fe moral dentro de los principios que guían la democracia; y finalmente la comunidad es la que actúa cuando se sanciona a través del derecho penal; es ella quien asume la responsabilidad moral y debe actuar basándose en la convicción moral de sus miembros.

Para Dworkin, estas posiciones frente a la moral son superficiales por que no comprenden su complejidad conceptual, pasando por alto muchos de sus aspectos básicos. Esto puede conducir a una inapropiada restricción de los derechos básicos de los individuos, y constituye una posición utilitarista, que por su puesto él rechaza.

Es por ello que, para Dworkin, se hace necesario primero que todo definir una posición y una convicción moral, que funcione no sólo como término de descripción sino también de justificación y crítica.

Conforme a esto, es admisible que se tomen diferentes posturas frente a un problema determinado, ¿pero cómo se determina si se está frente a prejuicio o frente a una verdadera regla moral?. Esto se resuelve al observar las reglas o razonamientos morales básicos, lo que obliga o no a un individuo a respetar y aceptar cierta conducta aunque la repruebe. Primero hay que saber distinguir entre un prejuicio y una regla moral: “el prejuicio es una postura de juicio que tiene en cuenta consideraciones que nuestras convicciones excluyen. En un contexto estructurado las reglas fundamentales excluyen todas las consideraciones, salvo algunas determinadas, y un prejuicio es una base de juicio que viola estas reglas”<sup>19</sup>. La regla moral, por el contrario, se funda en las convicciones de algunas normas básicas del juicio moral que son válidas de forma general, como por ejemplo el que no se puede considerar moralmente inferior a un ser humano por razones de raza, sexo o religión; o también que el ser humano es tan digno que no se le puede usar como medio para lograr fines de otro u otros.

Pero, ¿cómo se logran distinguir las reglas morales?. Primero, una regla moral nunca se basa en emociones, y aunque una posición determinada tenga esta característica, esto es, base en la emoción, la explica; si no es explicable a través de la razón hablamos de una fobia. Y si pretendemos explicarla a través de razones fácticas, careceríamos de la racionalización y justificación que nosotros exigimos para todo argumento. Finalmente, una regla moral debe basarse en razones que puedan ser justificables desde un punto de vista lógico, que sean congruentes además con las demás prácticas sociales. Ni el consenso social, ni un supuesto principio democrático de la posición de la mayoría ni, menos aun, el sentimiento apasionado, pueden aducirse como razones para formular una regla moral.

---

<sup>19</sup>DWORKIN, Ronald.. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: editorial Gredos. 1990. p.360.

Entonces, el legislador no puede confundir la indignación popular, la intolerancia y la repugnancia con la convicción moral de su comunidad, lo cual le exige que someta sus puntos de vista al razonamiento propio de los principios morales.

### **3. A MANERA DE CONCLUSIÓN**

#### **3.1 FINALIDAD DEL ESTADO**

Es claro, entonces, que, para Dworkin, la política de un Estado debe fundarse sobre dos pilares básicos: la dignidad del ser humano, y el respeto de la diferencia, si esto ocurre estaremos frente a un gobierno que respeta los derechos. Y la función de éste es precisamente proteger el bienestar que producen los derechos. No hay fines para el Estado, este es etiologicamente neutro, sólo tiene una función, y en Dworkin es precisamente la protección de las garantías individuales.

Respecto en lo cual sí no puede ser neutral es en la ejecución de la política social y económica, la cual debe obedecer a los intereses de la mayoría. Así, la institución de los derechos es crucial porque representa la promesa que hacen las mayorías a las minorías de que su dignidad e igualdad serán respetadas. De esta forma, entre más violenta sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione. Pero esta función no se puede dejar al arbitrio del soberano, ni a las buenas intenciones de un líder. Con este propósito, Dworkin presenta toda su teoría de los derechos en contra del gobierno, que busca precisamente garantizar los derechos del capricho de los gobernantes; para ello parte de una crítica al positivismo que “no se toma los derechos en serio”; pasa por los problemas en la prescripción del derecho; retoma y replantea la posición descriptiva del derecho de Hart; aplica una perspectiva valorativa en la prescripción y adjudicación, que hacen parte de un mismo silogismo; recalca el valor de los principios como fuente primaria e integral del sistema jurídico, como un precedente histórico de lo que es el derecho; muestra a través del método utilizado por su juez Hércules la tarea de los jueces en la adjudicación del

derecho; afirmando la necesidad de separación de los jueces de cualquier decisión política; postulando la tesis de la única respuesta judicial; y, finalmente, recalca la importancia de los derechos en contra del gobierno como una garantía de un sistema jurídico que tenga al ser humano como fin y no como medio.

Todos los principios que guían la comunidad política deben ser aceptados y respetados por los gobiernos independientemente de su filiación ideológica, conforme a eso deben intervenir en la protección de los derechos y en contra de cualquier tipo de desigualdad y discriminación.

### **3.2 DERECHOS Y DEMOCRACIA**

Para poder hablar de una teoría del derecho que conjugue las normas positivas y los principios morales es esencial la existencia de un régimen democrático y representativo que institucionalice las prácticas morales y las tradiciones culturales de sus asociados, que establezca como directriz la libertad y el derecho a igual consideración y respeto.

La libertad siempre se ha ponderado como el principio más destacado que guía toda democracia, y se ha proclamado como uno de los derechos inalienables del hombre, pero, ¿en qué consiste decir que un hombre es libre? ¿Es éste un verdadero derecho?. Un concepto universal de libertad, que en un sentido general significa ausencia de restricciones es incomprensible dentro de una teoría del derecho, libertad y derecho en un plano conceptual se oponen, por que toda restricción irrumpe la libertad. De lo que podemos hablar es de cierto margen de permisibilidad para algunas conductas, es algo que dentro de la moderna filosofía del derecho se denomina libertad civil o libertad calificada, ésta es la que existe dentro de ciertos parámetros normativos y sociales. Si se quiere defender el derecho a

ciertas libertades debemos buscar otro fundamento, que sea distinto a esa idea abstracta de libertad, ésta se sostiene en la realidad en fundamentos de moralidad política, que indican que está mal privar al individuo de ciertos derechos, por alguna razón, independientemente del daño psicológico directo y pese al hecho de que al hacerlo se pudiere servir al interés común.

En cuanto a la adjudicación del derecho, el principio de democracia en las decisiones judiciales se cumple, según Dworkin, de la siguiente manera: Primero, en la objeción al poder creador del juez, el cual debe estar subordinado a la legislación. La primera objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene en las manos, entonces, la parte vencida será castigada no por haber infringido ningún deber local, sino por un deber creado es post ipso. Segundo en la necesidad de que la comunidad deba ser gobernada por hombres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces no son elegidos democráticamente, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislaran comprometería el sentido de sus decisiones obedeciendo a intereses políticos, hay que garantizar división de poderes.

De estas dos proposiciones se sigue que la actividad judicial debe estar subordinada a la ley. El legislar es una actividad que en sistemas democráticos se lleva a cabo de una forma participativa. El Congreso es el cuerpo político por excelencia que se encarga de velar y de definir los objetivos en aras del bienestar de la comunidad. Por el contrario, los jueces no tienen contacto con el electorado, su actividad es técnico filosófica, ellos no deben estar sometidos a grupos de presión y su control es jurisdiccional, por ello, no pueden entrar a decidir basados en intereses políticos.

Para terminar, cuando un juez crea derecho y lo aplica a hechos cumplidos no sólo viola el principio de tipicidad sino que comete una injusticia al privar a un inocente de su derecho en un acto discrecional, por que éste no conocía su obligación. En este sentido, entonces, el juez no crea el derecho, lo interpreta y aplica.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay Respuestas Correctas en Derecho?*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

H.M., Hart. *El Concepto del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1961.

BENTHAN, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener, ON Canada: Bartoche Books, 2000.

RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo*. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1996.