

Reglas, principios y positivismo ético

FRANCISCO SAFFIE GATICA*

En la teoría general del derecho se ha discutido en forma extensa sobre la distinción entre principios y reglas, especialmente a partir del artículo de Ronald Dworkin “¿Es el Derecho un sistema de reglas?” de 1967¹. En esta sección la discusión se centrará en determinar la posibilidad de sostener esta distinción en términos Dworkinianos, en la Teoría analítica² y, en caso afirmativo, entender cómo interactúan en el razonamiento jurídico en el momento de su aplicación. Más tarde, intentaré mostrar la necesidad e importancia, esta vez en sede de filosofía del derecho³, que supone la adjudicación⁴ basada en reglas según el positivismo ético.

Distintos criterios nos permiten caracterizar las diferencias entre principios y reglas como pautas de conducta. En general, los autores los distinguen por su aplicación, precisión, en lo que respecta en términos de lógica frente al razonamiento, formas en que se expresan y las distintas técnicas para resolver conflictos entre reglas y entre principios.

En su aplicación “las reglas son entendidas como directivas precisas, cuya aplicación es más bien “formal”, “lógica”, “mecánica”, “literal” y “restrictiva”. A los principios⁵ se asocia, por el contrario, una aplicación “argumentativa”, “teleológica”, “creadora” y “evolutiva”⁶.

* Egresado, Facultad de Derecho Universidad de Chile

* Agradezco los comentarios de Jonatan Valenzuela. Estoy especialmente en deuda con los profesores Fernando Atria y Antonio Bascuñán Rodríguez quienes, de manera amable y exigente, han guiado no solo éste, sino el resto de mi trabajo.

¹ Sin embargo, en palabras de Atria y Ruiz Manero, “la reflexión acerca de los principios jurídicos no ha faltado en la teoría del Derecho anterior a Dworkin, de lo que son buena muestra obras como la de Esser (1956), Del Vecchio (1958), Bobbio (1996), o entre nosotros García de Enterría (1963).” Atria y Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (1996). Alfonso García Figueroa destina una sección del primer capítulo de su libro “Principios y positivismo jurídico” al tratamiento de las teorías de Kant, Del Vecchio, Viehweg, Esser y Pound bajo el título “Algunos precedentes de interés”, p. 92 y ss. García Figueroa, *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1998).

² Según Gianluigi Palombella, “Austin inaugura una ditectión (la denominada *jurisprudence*, teoría del derecho) que hará escuela en Inglaterra, la analítica, fundada sobre criterios lógico descriptivos y orientada a la individualización de las categorías y de los conceptos jurídicos infiriéndolos no a través de una deducción racionalista, sino empírico-fáctica, que permita abstraerlos, también comparativamente, desde los ordenamientos jurídicos positivos.” Palombella, *Filosofía del Derecho. Moderna y Contemporánea* (1999), p. 101.

³ Según Bobbio, la filosofía del Derecho puede ser definida como “el estudio del Derecho desde el punto de vista de un determinado valor con el que se enjuicia el Derecho del pasado y se pretende influir en el vigente.” Bobbio, *El positivismo jurídico* (1993), p. 148.

⁴ Para Dworkin la segunda teoría que comprende el aspecto normativo, de una teoría general del derecho, es la de la Adjudicación. El rol del juez está cubierto por esa teoría, que se subdivide en una teoría de las controversias y una teoría de la jurisdicción. La primera, establece los estándares que el juez debería utilizar para decidir los casos difíciles en el derecho; la segunda, debe explicar cuándo y por qué los jueces, en lugar de otros grupos o instituciones, deben tomar las decisiones que requiere la teoría de la controversia. *Vid.* Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

⁵ Un intento por agrupar las distintas posiciones sostenidas por la doctrina con relación a los principios se encuentra en Prieto Sanchís, *Ley, Principios, Derechos* (1998), Cap. II.

⁶ Barros, *Reglas y Principios en el Derecho* (1984), p. 270.

Un principio, en términos de aplicación se distingue de una regla en tres aspectos, en cuanto a su vaguedad, su mayor abstracción, y su apertura. Esta última define con mayor exactitud, en la generalidad de los casos, sus condiciones de aplicación. Esto se refleja en términos lógicos “a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos “mejor” y “peor”, mientras que a las reglas subyace una lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa “si/no”⁷. De esta forma, los principios son utilizados para fundamentar decisiones o reglas particulares, mientras que las reglas se aplican sin ser necesaria una deliberación por el actor a la hora de guiar su conducta de acuerdo a ella.

Esta caracterización es la sostenida por Dworkin, para quien la diferencia entre principios y reglas es lógica, esto es, deriva de la forma en que deben ser aplicados por los operadores jurídicos. Las reglas son aplicadas en forma de “todo o nada”⁸. Responden entonces al ideal de la subsunción, puesto que si los hechos que en ella se consagran se cumplen en el caso, y la regla es válida, debe aceptarse la solución que en ella se contempla. Si la regla no cumple con los requisitos de validez no aporta nada a la solución del caso.

De lo anterior es consecuencia la diferente forma en que se expresan lingüísticamente, reglas como juicios hipotéticos que exigen cumpliéndose las circunstancias, actuar de la forma contemplada en ella: “si a, entonces b”. Y principios como juicios categóricos. Estos últimos incluso, “ni siquiera pretenden definir los deberes específicos que derivan de (una)... obligación”⁹. Esta afirmación, sin embargo, no puede mantenerse en pie puesto que, en otras palabras, sostiene que la identificación de la norma dependería de la formulación normativa. Lo que implica que para determinar cuándo estamos frente a un principio o una regla, bastaría la sola lectura de la formulación, y sabemos no siempre ocurre así.

Los conflictos entre reglas¹⁰ se resuelven según criterios formales, “independientemente de su contenido, valor o “peso”. Hay tres criterios formales, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat legi priori*”¹¹. Estos criterios buscan eliminar contradicciones entre reglas puesto que en estos sistemas no pueden existir reglas incompatibles dada la estructura *si/no* de su actuar que supone alternativas excluyentes. En el caso de los principios, en cambio, “la situación correspondiente(...) se resuelve sobre la base de la dimensión del peso, es decir, sobre la base de la relevancia y el valor que se les asigna a cada uno con respecto al otro, cuando se aplican en la práctica”¹². La dimensión de peso o importancia¹³ implica que cuando dos principios se contraponen, quien debe resolver el conflicto, debe tomar en consideración el peso relativo de cada uno de ellos. Esto implica necesariamente que el adjudicador realice un acto de ponderación, puesto que la dimensión de peso no es “una medida exacta, y el juicio que un determinado principio(...) es más importante que otro, será usualmente una cuestión controvertida”¹⁴.

⁷ Ibid., p. 270.

⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 24 (la traducción es mía).

⁹ Ibid., p.26 (la traducción es mía).

¹⁰ Según Alexy, “La diferencia entre reglas y principios se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios.” Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (1997), p. 162.

¹¹ Tolonen, *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política* (1991), p.71 Vid. También en esta materia Bobbio, *Teoría General del Derecho* (1991).

¹² Tolonen, *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política* (1991), p. 71.

¹³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 26 (la traducción es mía).

¹⁴ Ibid., p. 26 (la traducción es mía).

Al mismo resultado llega Alexy para quien "...los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan"¹⁵. Alexy define los principios como mandatos de optimización (en contraposición a las reglas que serían mandatos definitivos), por lo tanto, "...normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos"¹⁶.

Lo hasta aquí presentado, ha sido caracterizado por Aarnio¹⁷ como la tesis de la demarcación fuerte para la que la diferencia entre principios y reglas es cualitativa, siendo Dworkin su principal exponente, "la tesis de la demarcación fuerte está basada en el concepto wittgensteniano de regla: las reglas se siguen o no"¹⁸. Las reglas pueden compararse con las vías del tren: se siguen o no. No hay una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por lo tanto, también a las reglas jurídicas (...). La naturaleza vinculante de los principios es diferente. Pueden seguirse más o menos. Por lo tanto, a diferencia de las reglas, no determinan la solución del caso y no se puede hablar de violación de principios en el mismo sentido que de las reglas. Los principios sólo proporcionan bases o criterios para la decisión. Por esta razón han sido llamados mandatos de optimización. Como base para decisiones, un principio solamente muestra la dirección ("dimensión") en que debería buscarse la decisión"¹⁹. Esta tesis, sin embargo, ha sido incapaz de responder a la objeción que se construye tomando sus supuestos: "si se admite que los principios poseen carácter no concluyente y, además, que ellos pueden eventualmente introducir excepciones en las reglas, éstas últimas tampoco podrían ser consideradas concluyentes"²⁰.

La segunda tesis que busca explicar la distinción es la de la demarcación débil, que también (...) está conectada con la tradición de pensamiento wittgensteniana: las reglas y los principios tienen una relación de parecido de familia. Hay una diferencia de grado (y no cualitativa) entre ellos (...) tanto las reglas como los principios pertenecen a la categoría de las normas y juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas pero, por otra parte, no existen características especiales que permitan distinguirlos de las reglas. Sin embargo (...) se enfatiza el hecho de que el contenido valorativo está presente más específicamente (más "claramente") en los principios que en las reglas. Los principios expresarían valores"²¹. A pesar de ello el parecido de familia estaría presente, aún en este caso, puesto que las reglas también pueden tener contenido valorativo.

Barros intenta demostrar que principios y reglas tienen en el ordenamiento jurídico un valor relativo y, para ello, analiza los problemas que se presentan al considerar un sistema compuesto sólo por unos u otros. El ordenamiento jurídico para la doctrina del positivismo jurídico ha sido considerado como un sistema de reglas promulgadas por el poder público, que al seguir un procedimiento de creación establecido, le otorgan legitimidad (a grandes rasgos y para lo que aquí nos interesa²²). De esta manera los

¹⁵ Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (1997), p. 162.

¹⁶ *Ibid.*, p. 162.

¹⁷ En esta parte sigo la sistematización de Aulis Aarnio en Aarnio, *Las reglas en serio* (1997).

¹⁸ Para el tratamiento de Wittgenstein sobre las reglas, *Vid.* Wittgenstein, *Investigaciones Filosóficas* (2002). Parágrafos 143 y ss. Y Wittgenstein, *Los Cuadernos Azul y Marrón* (2001), especialmente Cap. I, Cuaderno Marrón.

¹⁹ Aarnio, *Las reglas en serio* (1997), pp. 17, 18.

²⁰ Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos* (2002), p. 7.

²¹ Aarnio, *Las reglas en serio* (1997), p. 18.

²² Más adelante vuelvo sobre este punto histórico.

grandes valores jurídicos son la certeza y la seguridad. Intentar construir un sistema basado sólo en principios, por el contrario, es demasiado imprevisible e inestable. “En una sociedad moderna, ello es cada vez menos viable. La sociedad no puede ser simbolizada por un orden de principios o valores unívocos y jerarquizados.” Para Barros un sistema basado en principios es fácil presa de los problemas derivados de adoptar una ideología, que busque eliminar los problemas derivados de una sociedad compleja adoptando un conjunto de principios simples. En resumen, “la comprensión del derecho como un conjunto de principios fracasa, en consecuencia, en sus dos extremos: si se adoptan principios simples y unívocos, porque ello significa sacrificar, a veces brutalmente, otros principios o valores; si se adopta una actitud más diferenciada, porque la incertidumbre alcanza rápidamente el grado de lo insoportable”²³.

Un sistema basado exclusivamente en reglas explica externamente la estructura del sistema y desde el punto de vista de los contenidos las exigencias son sólo de coherencia. El defecto de un sistema, así considerado, se encuentra en la falta de “plasticidad necesaria para que su ámbito de aplicación se vaya modificando con motivo de su aplicación”²⁴.

Según Barros, las doctrinas jurídicas analíticas son aplicables a aquellos “ámbitos del derecho” en el que “existen reglas que son rígidas, formales y estrictamente subsumtivas.” En estos casos, “para aplicar la regla no es necesario, ni siquiera posible, recurrir a las razones que llevaron a su dictación,” la regla opera como “un programa de conducta que se agota en su formulación”²⁵. Nosotros podemos agregar que esto no necesariamente ocurre así; de lo contrario, ¿cómo explicar la discusión sobre las inscripciones de papel en el régimen de posesión inscrita del Código Civil, materia que a pesar de su alto contenido reglamentario se ha resuelto mediante consideraciones que podríamos llamar de principios?

Este tipo de reglas “ocupa (rían)n, sin duda, un lugar preferente en los ámbitos donde el derecho cumple una función prescriptiva y planificadora”²⁶. En estas áreas, los cambios necesarios para el desarrollo del derecho se realizan de manera casi exclusiva por modificaciones que responden a decisiones administrativas o legislativas que crean o derogan prescripciones²⁷. Si, Barros se refiere aquí a la función planificadora del derecho en esos ámbitos desde el punto de vista del sujeto de la norma, su afirmación tiene sentido. Si por el contrario, la capacidad planificadora se refiere a una que es útil al legislador, su afirmación no parece correcta; mucho más adecuado sería regular ese ámbito mediante principios como directrices políticas²⁸.

Sin compartir las conclusiones a las que llega Barros, es posible aceptar su afirmación respecto de los problemas del conceptualismo. “Los límites del conceptualismo se visualizan, por eso, en los casos dudosos, sea (1) porque la formulación de la regla es vaga, (2) porque el caso es de tal modo novedoso o imprevisible que se estima que no hay regla que le sea aplicable, o (3) porque simplemente la aplicación subsumtiva de la regla aparece como inicua”²⁹.

²³ Barros, *Reglas y Principios en el Derecho* (1984), p. 275.

²⁴ *Ibid.*, p. 275.

²⁵ *Ibid.*, p. 275.

²⁶ *Ibid.*, p. 275 (el agregado es mío).

²⁷ Sobre la naturaleza deontica de las normas derogatorias, Vid. von Wright, *Norma y Acción. Una investigación lógica* (1970) y Ross, *Lógica de las Normas* (1971).

²⁸ Para la distinción entre principios y directrices políticas, Vid. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

²⁹ Barros, *Reglas y Principios en el Derecho* (1984), p. 276.

Lo anterior nos permite visualizar la existencia de elementos normativos distintos en el sistema, pero la sistematización de estos distintos elementos no es tan clara por la dificultad de distinguir con un criterio demarcador absoluto las diferencias en su naturaleza. Es por eso que la sistematización de Aarnio parece acertada, “Las reglas y principios forman, de alguna manera, una escala que puede dividirse en cuatro partes.” La escala de Aarnio se estructura de la siguiente manera: en los extremos se encuentran las reglas y los principios; entre estos y sin límites claros, en una relación de gradación, estarían los “principios como reglas” y las “reglas que son como principios.”

Reglas y principios son expresiones lingüísticas, y como tales, prima facie, pueden tener un significado preciso o impreciso de diverso tipo”... una expresión puede ser vaga, puede ser valorativa o cognitivamente abierta, puede tener diversos significados o puede ser, sencillamente, no clara”³⁰.

En el nivel de la estructura de la norma, principios y reglas tienen una naturaleza normativa similar. Si los principios son caracterizados como mandatos de optimización, no podrían ser aplicados “más o menos”. Aarnio concluye esto basado en la premisa que “Un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue, (...) es también una regla (...) O se optimiza o no se optimiza”³¹.

De esta forma una teoría analítica debería aceptar que tanto la tesis de la demarcación fuerte como la tesis de la demarcación débil son insuficientes para sostener la distinción entre, principios y reglas. En lo que aquí nos interesa, esto trae consecuencias importantes a la hora de determinar como actúan principios y reglas en la argumentación jurídica.

Las diferencias en la aplicación de las normas puede distinguirse en dos momentos de la justificación, determinados por la necesidad de interpretación. El primer momento está formado por, “el significado prima facie de una expresión”, que es “el que le asignamos sobre la base de nuestro conocimiento general del lenguaje. Es, por tanto, el significado de la expresión antes de la interpretación”³². De esta forma ofrecen una solución inmediata las reglas jurídicas prima facie inequívocas y los principios como reglas inequívocos, puesto que la decisión estaría justificada por medio de su referencia. En caso de ser ambiguos, el problema no puede solucionarse de forma inmediata y es necesario interpretar. La solución sólo vendrá en el segundo momento que implica “tomar en consideración todos los factores”. En esta situación se encuentran las reglas como principios y los principios.

Si esto es así, reconociendo que todas las normas representan razones prima facie, la distinción se fundaría en sus distintos grados de precisión. “Una clase es del tipo de reglas o lo uno/ o lo otro, otra clase se refiere a reglas de las que no es posible prima facie decir si son aplicables o no. Finalmente una tercera clase está formada por principios de los que no sabemos hasta qué punto pueden ser aplicados”³³.

Nos encontramos en situación de afirmar que en lo que se refiere a la aplicabilidad, en los extremos de la escala, se distinguen distintos tipos de normas. Sin embargo, el problema se presenta en la zona intermedia puesto que entre principios y reglas abiertas no habría una diferencia esencial. Esto quiere decir que todos los factores considerados (después de la interpretación) “tanto las reglas y los principios

³⁰ Aarnio, *Las reglas en serio* (1997), pp. 24, 25.

³¹ Ibid., p. 27. Un planteamiento similar sostienen Atienza y Ruiz Manero, Vid. Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (1996), pp. 10, 11.

³² Aarnio, *Las reglas en serio* (1997), p. 24.

³³ Ibid., p. 31.

expresan siempre una norma del tipo lo uno/ o lo otro. Por tanto, cuando se toma en cuenta el resultado final, no es posible demostrar una diferencia entre estas categorías de normas³⁴.

En consecuencia, “las reglas jurídicas son el punto central de la aplicación del derecho escrito en el sistema” y “los principios jurídicos expresan la base justificatoria a la que uno puede referirse cuando se argumenta a favor de la regla alternativa “correcta” (...) son máximas que se refieren a la interpretación aceptable de una formulación normativa en la sociedad(...) En este sentido(...) no son únicamente fenómenos deontológicos sino también axiológicos³⁵.

Si Aarnio buscaba demostrar la necesidad de “tomar las reglas en serio”, su estrategia no es la adecuada. Considerar que la aplicación de una norma como regla depende del proceso interpretativo en que se tomen en consideración todos los factores, es desconocer precisamente el carácter de regla de esa norma. Una regla presupone que ciertas razones sustantivas no pueden tenerse en consideración al momento de su aplicación. Por lo menos si consideramos que las reglas representan mandatos. “Los mandatos (mandatory rules), una vez aceptados, proveen razones para la acción en virtud de su existencia qua reglas, y en consecuencia generan presión normativa incluso en aquellos casos en que las justificaciones que fundamentan las reglas indican un resultado contrario(...) Aquello para lo que tenemos una razón para hacer es diferente de aquello que, todos los factores en consideración, deberíamos hacer³⁶.

Frederick Schauer parece entender que el problema no se soluciona mediante la individualización de las propiedades que tienen principios y reglas, que determinan su aplicación, sino que el enfoque debe estar en el modelo de toma de decisión que entendemos conforma la práctica judicial. Así construye un modelo de toma de decisión basado en reglas como generalizaciones enraizadas (rules as entrenched generalizations)³⁷ en el que el problema de la ontología de los conceptos normativos no es tratado. El modelo es el que determina la aplicación de las disposiciones jurídicas como reglas, y como tales siendo generalizaciones, son susceptibles de enfrentarse a situaciones que Schauer denomina experiencias recalitrantes (recalcitrant experiences) en las que no pueden ser aplicadas lo que las hace derrotables³⁸ (siempre claro está, en esas circunstancias, i.e. cuando una generalización garantizada probabilísticamente es incorrecta en el caso en cuestión, en segundo lugar, cuando una supuesta generalización universal resulta no ser universal, y por último, cuando una propiedad que ha sido desecheda pasa a ser relevante³⁹).

En términos de Fernando Atria “si las reglas jurídicas son derrotables, ello quiere decir que nuestras prácticas jurídicas son tales que en ellas se cumplen las circunstancias de la derrotabilidad⁴⁰. Y aunque aquí no puedo desarrollar la idea de derrotabilidad, su constatación es importante porque nos permite

³⁴ Ibid., p. 33.

³⁵ Ibid., pp. 31, 32.

³⁶ Schauer, *Playing by the rules. A philosophical examination of ruled- based decision- making in Law and in Life* (1992), p.5 (la traducción es mía).

³⁷ Ibid. En Navarro y Rodríguez, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas* (2000), los autores traducen el concepto como “modelo atrincherado”.

³⁸ Sobre derrotabilidad Vid. Atria, *On Law and Legal Reasoning* (2001); Atria, *Las circunstancias de la derrotabilidad* (2000); Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico* (2000); Hage y Peczenik, *Law, Morals and Defeasibility* (2000); Navarro y Rodríguez, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas* (2000); Rodríguez y Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad* (1998); Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos* (2002), entre otros.

³⁹ Schauer, *Playing by the rules. A philosophical examination of ruled- based decision- making in Law and in Life* (1992), p.39 (la traducción es mía).

⁴⁰ Atria, *Las circunstancias de la derrotabilidad* (2000), p. 464.

entender que el problema se encuentra en el razonamiento jurídico. Si la distinción entre principios y reglas fue tan importante se debe a que diagnosticó que en ciertas circunstancias "...las soluciones contenidas en las disposiciones jurídicas (uso esta expresión en forma genérica) no eran por eso jurídicamente correctas,(...) pero es en definitiva incorrecta porque indica que la explicación del fenómeno de la derrotabilidad se encuentra en una correcta ontología de las disposiciones jurídicas, es decir, en su correcta caracterización como reglas o principios"⁴¹.

En conclusión, y siguiendo a Atria, la distinción entre reglas y principios no es parte de una ontología del derecho. Dependerá del tipo de razones que sean aceptadas en los discursos de aplicación (modelos de toma de decisión según Schauer) el que una formulación jurídica sea entendida como una regla o como un principio.

La importancia del razonamiento basado en reglas

El problema constitucional sobre el rol que corresponde a los jueces y al legislador en las democracias actuales parece no ser aún un problema resuelto. Basta observar la discusión generada entre políticos, jueces y profesores de derecho a partir de las declaraciones del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Carlos Cerda, publicadas en El Mercurio de 8 de julio de 2003, bajo el título "Letra de la ley no obliga a los jueces".

Creo que es aquí necesario recordar el origen histórico del positivismo. Junto al Estado nación surgió el positivismo jurídico sosteniendo la idea de que el derecho es artificial, el "derecho (es) establecido por el poder soberano del Estado mediante normas generales y abstractas"⁴². La ley se convierte en la fuente prevalente del Derecho y esto se plasma en el proceso codificador, se expresa así una concepción del derecho como ordenamiento racional de la sociedad. En otro sentido, al dar prevalencia a la ley el hombre cuenta con un instrumento que le permite modificar la sociedad.

De esta manera los juristas y jueces modernos "ya no pueden entender la ley como la habían entendido los medievales, es decir, como derivaciones de la ley natural que en consecuencia podían ser derivaciones correctas o incorrectas, sino como manifestaciones de voluntad del soberano que en tanto tales no podían ser correctas o incorrectas: para el juez y el jurista debían ser considerados como dogma."⁴³

Aquí radica la importancia del positivismo jurídico. El positivismo representaba en lo jurídico el corolario necesario de la idea política de autogobierno. Si los gobiernos son establecidos artificialmente por los hombres para los más diversos fines, y de la misma forma el derecho, juristas y jueces no podían seguir recurriendo a lo que ellos llamaban razón artificial, "que no era sino su propia actitud conservadora"⁴⁴. De esta manera desconocer que el Derecho es razón artificial en el sentido que podríamos llamar positivista implica desconocer la idea misma de autogobierno, o en otras palabras, la de Estado nación.

Teniendo en consideración este trasfondo político, el problema actual se produce precisamente en el momento en que el positivismo pasa a ser considerado como "una teoría puramente "metodológica"⁴⁵,

⁴¹ Ibid., p. 464.

⁴² Bobbio, *El positivismo jurídico* (1993), p. 131 (el agregado es mío).

⁴³ Atria, *Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces* (2003), (manuscrito).

⁴⁴ Ibid. (manuscrito).

⁴⁵ Ibid. (manuscrito).

olvidando que nació para asegurar la sujeción a la ley del juez definiendo precisamente su rol como aplicador y no creador del derecho.

Una forma contemporánea en que se expresan estas ideas políticas es la sostenida por Tom Campbell al destacar los elementos democráticos del positivismo ético⁴⁶. El positivismo jurídico tiene como principal ventaja la utilidad social y la significancia moral de las reglas sociales, en oposición a la autonomía individual o los poderes discrecionales de los funcionarios competentes, y lo moralmente adecuado que resulta el gobierno de reglas en la distribución, ejercicio y control del poder político.

Más aún, mientras reconozcamos que el Estado tiene el monopolio de la fuerza la única forma de limitar su actuación es mediante las restricciones impuestas a través de reglas que representen razones exclusionarias.

Si una de las principales formas por las que los ciudadanos están sujetos a las decisiones del Estado es a través del poder judicial cuando ejecuta sus decisiones utilizando sus facultades de imperio, es necesario que éste realice sus funciones sujeto a las reglas que supone la democracia. Un órgano que no ha sido diseñado para tomar decisiones político-legislativas no puede ejercer discrecionalmente su competencia so pretexto de fallar un caso en consideraciones de justicia que resuelven el caso particular “tomando en consideración todos los factores”. Es este el sentido importante que debemos entender significa “tomar las reglas en serio”.

El siguiente extracto corresponde a la obra *A Man for All Seasons* de Robert Bole. La escena tiene lugar cerca del final del acto 1, en ella participan Sir Thomas More, su esposa Alicia, su hija Margaret y el pretendiente de ella William Roper. Richard Rich, quien representa un peligro mortal para More, está abandonando el lugar.⁴⁷

More: No hay ley contra eso.

Roper: ¡Sí la hay! ¡La ley de Dios!

More: Entonces Dios puede arrestarlo.

Roper: ¡Sofisticación sobre sofisticación!

More: No, es de una simplicidad absoluta. La ley, Roper, la ley. Sé lo que es legal, no lo que es correcto. Y yo me apegó a lo que es legal.

Roper: ¿Entonces Usted ubica la ley del hombre por sobre la de Dios?

More: No, muy por debajo; pero déjame guiar tu atención a un hecho- No soy Dios. Las corrientes y remolinos del bien y el mal, que tú encuentras de fácil navegación, yo no puedo navegarlas. Yo no soy de los que viajan por el mar (voyager). Pero en los bosques del Derecho, oh, ahí soy el guardabosque (forester). Dudo si vive un hombre capaz de seguirme ahí, gracias a Dios... (Dice esto último para sí)

Alice: (Exasperada, apuntando a Rich) Mientras ustedes hablan, él se ha ido.

More: E irse debía, si era el Diablo mismo, hasta que contravenga el Derecho!

Roper: Entonces ahora Usted le da el beneficio de la ley al Diablo!

More: Sí. ¿Y Usted que haría? ¿Cortar y poner una avenida a través del Derecho para llegar al Diablo?

⁴⁶ Campbell, *Democratic Aspects of Ethical Positivism* (2000).

⁴⁷ Citado en Alexander, *Constitutional Tragedies and Giving Refuge to the Devil* (2000), (la traducción es mía).

Roper: ¡Cortaría todas las leyes de Inglaterra para hacer eso!

More: (Interesado y excitado) Oh? (Avanza hacia Roper) Y cuando la última ley haya caído, y el Diablo se de vuelta y te enfrente- dónde te esconderás, Roper, con todas las leyes caídas? (Lo deja) Este país está plantado espesamente con leyes de costa a costa- leyes del hombre, no las de Dios- y si tú las cortas- y tú eres justamente el hombre para hacerlo- realmente crees que podrías mantenerte de pie ante a los vientos que entonces soplarán? (En voz baja) Sí, le doy el beneficio de la ley al Diablo, por el bien de mi seguridad.

Roper: Yo había sospechado esto por largo tiempo; este es el becerro de oro; su Dios es la ley.

More: (Cansado) Oh, Roper, eres un tonto, Dios es mi dios... (Un poco amargado) Pero lo encuentro tal vez demasiado (Muy amargado) discreto... No sé donde está ni lo que quiere

Roper: Mi Dios quiere servicio, hasta el final y sin descanso; nada más!

More: More: (Secamente, con ironía) ¿Estás seguro que ese es Dios? Parece más bien Moloch. Pero de todas formas puede ser Dios- Y quien quiera cazarme, Roper, Dios o el Diablo, me encontrará escondido en los bosques del Derecho! ¡Y esconderé a mi hija conmigo! ¡No podrás izarla en el palo mayor de tus principios de alta mar! Ellos giran en redondo con demasiada agilidad!

Referencias bibliograficas

- Aarnio, A. (1997), *Las reglas en serio*. «La normatividad del derecho». Aarnio, A., Garzón Valdés, E., et al. Barcelona, Gedisa: 17- 35.
- Alexander, L. (2000), *Constitutional Tragedies and Giving Refuge to the Devil*. “Legal Rules and Legal Reasoning”. Alexander, L. Ashgate Dartmouth: 397- 402.
- Alexy, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Editorial Ariel.
- Atria, F. (2000), *Las circunstancias de la derrotabilidad*. Revista de Ciencias Sociales. 45: 437-467.
- Atria, F. (2001), *On Law and Legal Reasoning*. Oxford- Portland Oregon., Hart Publishing.
- Atria, F. (2003), *Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces*.
- Barros, E. (1984), *Reglas y Principios en el Derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho. N° 3: 269- 281.
- Bayón, J. C. (2000), *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. Isonomía. N° 13: 87- 117.
- Bobbio, N. (1991), *Teoría General del Derecho*. Madrid, Editorial Debate.
- Bobbio, N. (1993), *El positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Debate.
- Campbell, T. D. (2000), *Democratic Aspects of Ethical Positivism*. “Judicial Power, Democracy and Legal Positivism”. Campbell, T. D. y Goldsworthy, J. Aldershot- Brookfield., Ashgate Dartmouth.: 3- 36.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- García Figueroa, A. (1998), *Principios y Positivismo Jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Hage, J. y Peczenik, A. (2000), *Law, Morals and Defeasibility*. Ratio Juris. vol. 13: 305- 325.

- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000), *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*. Isonomía. N° 13: 61- 85.
- Palombella, G. (1999), *Filosofía del Derecho. Moderna y Contemporánea*. Madrid, Tecnos, S.A.
- Prieto Sanchís, L. (1998), *Ley, Principios, Derechos*. Madrid., Editorial Dykinson.
- Rodríguez, J. L. (2002), *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. y Sucar, G. (1998), *Las trampas de la derrotabilidad*. Doxa. N° 21- II: 403- 420.
- Ross, A. (1971), *Lógica de las Normas*. Madrid., Editorial Tecnos.
- Schauer, F. (1992), *Playing by the rules. A philosophical examination of ruled- based decision- making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Tolonen, H. (1991), *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. "La normatividad del derecho." . Aarnio, A., Garzón Valdés, E., et al. Barcelona, Gedisa: 65- 85.
- von Wright, G. H. (1970), *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid, Editorial Tecnos.
- Wittgenstein, L. (2001), *Los Cuadernos Azul y Marrón*. Madrid, Editorial Tecnos.
- Wittgenstein, L. (2002), *Investigaciones Filosóficas*. Barcelona, Editorial Crítica.