

# TEORIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA POLITICA EN RONALD DWORKIN

(Comentario al libro de R. Dworkin «Los derechos en serio», traducción de Marta Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, ed. Ariel, Barcelona, 1984)

LUIS PRIETO SANCHIS

## 1. LA OBRA DE RONALD DWORKIN. PREMISAS METODOLÓGICAS

La obra de DWORKIN constituye seguramente una de las más sólidas e interesantes aportaciones ofrecidas por el pensamiento norteamericano a la filosofía jurídica y política contemporánea. Es probable que «Taking Rights Seriously» haya suscitado más controversia que adhesiones, pero en cualquier caso no ha sido recibida con indiferencia, y ello incluso comienza a ser cierto fuera del ámbito cultural de lengua inglesa. Su traducción al castellano no viene a descubrirnos la figura intelectual de DWORKIN, que ya era conocida entre nosotros, sino a propiciar su definitiva recepción y, tal vez también, a promover nuevos debates sobre viejos problemas de la reflexión filosófico jurídica. Sin duda, ello es motivo bastante para saludar con agrado la versión de MARTA GUASTAVINO, publicada por Ariel, con un inteligente y sugestivo prólogo del profesor CALSAMIGLIA.

Comprender y mostrar «Los derechos en serio» con mentalidad de jurista formado en el Derecho continental representa una empresa difícil y comprometida, pues el trabajo de DWORKIN responde a unas preocupaciones y se inscribe en unas polémicas que parecen tener muy poco en común con lo que ha sido la historia de nuestra reflexión jurídica. De un lado, como tantos otros escritores angloamericanos, DWORKIN se muestra perfectamente endogámico o, como dice CARRIÓ, encerrado en pleitos de familia (1); aunque nos hallamos ante «el más importante filósofo del Derecho americano actual» (2), que nadie busque una palabra, ni crítica ni laudatoria, sobre KELSEN, ROSS o BOBBIO, por citar sólo tres puntos de referencia de nuestro saber jurídico. De otra parte, la construcción dworkiana quiere presentarse como contrapunto a algunas doctrinas que, como el utilitarismo, apenas encontraron eco en España, de modo que a veces sus ataques parecen dirigirse a un enemigo para nosotros invisible. Con todo, comprobaremos que las preocupaciones de DWORKIN no nos resultan en modo alguno ajenas.

(1) CARRIÓ, G. R.: *Dworkin y el positivismo jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 7.

(2) La opinión es de HART, H. L. A.: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de F. LAPORTA, L. HIERRO y J. R. DE PÁRAMO, *Sistema* núm. 36, mayo de 1980, p. 4.

La claridad y el rigor en la distinción de los diversos planos de análisis no es el rasgo más destacado del libro que comentamos. Tal vez porque no representa el desarrollo de un proyecto definido, sino la recopilación de artículos diversos, escritos a lo largo de un dilatado período y donde son frecuentes las repeticiones (3); pero quizá también porque DWORKIN es premeditadamente confuso o, para ser más exactos, porque no desea asumir un principio de rigurosa separación entre aspectos metodológicos, ontológicos y axiológicos, dicho sea en una terminología familiar. Es más, buena parte de los esfuerzos de DWORKIN se dirigen a impugnar la legitimidad de alguna de estas distinciones, básicas en toda aproximación positivista.

No obstante, a efectos expositivos, tal vez convenga definir la postura de nuestro autor en relación con alguno de los problemas enunciados. En este sentido, debe advertirse ante todo que nos hallamos frente a un buen ejemplo de ese nuevo pensamiento anglosajón que ha logrado superar los escrúpulos y temores en su día sembrados por la filosofía analítica o por el neopositivismo; cuando en España se aprecia un cierto pudor para hablar de moralidad o de justicia, DWORKIN lo hace con perfecta desenvoltura. Se abandona toda discusión acerca de las premisas, condiciones y límites que ha de reunir una teoría ética o de la justicia para emprender decididamente su construcción.

Me parece que uno de los rasgos que más han de llamar la atención del lector español es el fuerte sentido prescriptivo que encierra «Taking Rights Seriously». En efecto, DWORKIN muestra escasa preocupación por lo que pudiéramos llamar una teoría del Derecho académica o, si se prefiere, por una teoría formulada desde la perspectiva del observador imparcial que trata de describir el orden jurídico de una nación. Para él, la teoría del Derecho representa una actividad «comprometida» con un cierto sistema axiológico, cuyo objetivo consiste tanto en explicar como en justificar el orden jurídico. Por ello, su punto de vista es más bien el del juez que, ante un «caso difícil», se ve en la necesidad de completar y hasta cierto punto corregir el Derecho explícito. Como veremos, la vocación de la teoría del Derecho de DWORKIN no es sólo comprender el funcionamiento del orden normativo, sino formar parte de él (4).

Si para una mentalidad positivista resulta costoso aplaudir esa premisa metodológica, mayores dificultades encontrará para aceptar el segundo argumento fundamental sobre el que reposa la obra de DWORKIN, a saber: la conexión necesaria entre Derecho y Moral, la imposibilidad de separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Según nuestro autor, el Derecho no puede explicarse como un sistema cerrado de normatividad, sino que exige por parte del intérprete una comprensión de los principios morales que lo justifican.

Finalmente, y en la misma línea de cancelar escisiones conceptuales del pensamiento tradicional, DWORKIN vincula estrechamente teoría del Derecho y filosofía política. Positivismo y utilitarismo no parecen ser coincidencias históricas, sino dimensiones de una misma realidad, cuyo origen común sería la obra de JEREMY BENTHAM. El escritor norteamericano es muy franco a la hora de confesar sus objetivos: «estos ensayos critican no sólo las dos partes de la teoría dominante, sino también el

(3) El propio DWORKIN lo reconoce en su *Réplica a los críticos*, que figura como apéndice a la obra comentada, p. 412.

(4) En el mismo sentido se expresa CALSAMIGLIA en el prólogo a la edición castellana, citado, p. 26.

supuesto de que las dos son recíprocamente independientes» (5). No creo que tenga éxito en su empresa, y la verdad es que ni siquiera desarrolla ese intento de crítica conjunta a «las dos partes de la teoría dominante». Pienso que a veces DWORKIN eleva los accidentes históricos a la categoría de conexiones conceptuales; así sucede seguramente en su enfoque del tema Derecho y Moral y también en la pretendida relación entre positivismo y utilitarismo.

Debe reconocerse, no obstante, que es coherente con esta premisa en lo que pudiéramos llamar parte constructiva de «Taking Rights Seriously». DWORKIN no demuestra la conexión necesaria entre positivismo y utilitarismo, pero su teoría del Derecho se halla, en efecto, al servicio de su filosofía política. Aunque, por los motivos apuntados, el libro carece de un desarrollo sistemático y de un hilo argumentativo lineal, lo cierto es que tras leer los trece capítulos y la «Réplica a los críticos» es fácil descubrir el hondo sentido ideológico de algunas descripciones y propuestas teóricas. El hecho de que la primera parte de la obra sea preferentemente de teoría del Derecho no facilita el entendimiento de sus claves políticas.

Por ello, intentaré presentar ahora una interpretación general de «Los derechos en serio» que pueda orientarnos en el examen de sus aspectos concretos. Muy resumidamente, DWORKIN pretende restaurar en todo su esplendor un individualismo radical de signo iusnaturalista (6): el hombre, por el mero hecho de serlo, es portador de unos derechos básicos e inalienables, anteriores a cualquier forma de voluntad humana o de pacto hipotético; la legitimidad del gobierno se funda en el respeto y protección de esos derechos; es más, «tomarse los derechos en serio» significa que éstos no puedan ser sacrificados ante objetivos colectivos o proyectos de bienestar social; la desobediencia a las leyes es un corolario de la fuerza de los derechos individuales.

Casi de modo imperceptible, DWORKIN nos llevará de la filosofía política a la teoría del Derecho. Efectivamente, en el mundo jurídico organizado es preciso mantener esa vigorosa caracterización de los derechos fundamentales, de modo que no queden al albur de las decisiones políticas del momento, y para ello debe encontrarse un procedimiento de garantía capaz de controlar las directrices de gobierno y que, a su vez, no suscite recelos de «politización». Esto explica que la teoría del Derecho de DWORKIN sea casi exclusivamente una teoría de la función jurisdiccional, y explica también su empeño en demostrar que los jueces no crean Derecho. Todo lo contrario: el juez de DWORKIN es un auténtico Hércules —como él mismo le llama—, buen conocedor del Derecho explícito y mejor especialista en la teoría moral que envuelve al orden jurídico; es el juez protector de los derechos individuales, atento a los principios que cabe obtener de la más sólida teoría explicativa y justificadora del Derecho, e insensible a las directrices políticas. El juez Hércules, en fin, no es un órgano político, pero tampoco desempeña una función puramente mecánica en relación con las normas explícitas; ante

(5) *Los derechos en serio*, citado, p. 31.

(6) El carácter iusnaturalista del pensamiento de DWORKIN es un tema polémico. En sentido afirmativo se expresa, por ejemplo, RICHARDS, D. A., autor de un trabajo con el significativo título de *Taking Rights Seriously Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law*, en *New York University Law Review*, 52, 1977. PINTORE habla de un iusnaturalismo atenuado o relativo, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 71. Otros, en cambio, ven en *Los derechos en serio* un ejemplo de positivismo o de positivismo *sui generis*; véase en este sentido PASTORE, B.: «¿Dworkin giusnaturalista?». *Riv. internazionale di filosofia del Diritto*, LXI, 1984, núm. 1. Mi calificativo de iusnaturalista se refiere sólo a la concepción dworkiana de los derechos humanos como derechos anteriores a cualquier forma de contrato o voluntad humana.

una acción de gobierno que desprecie los derechos, se pone en marcha el activismo judicial protector de las libertades. De ahí que el Derecho haya de concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo.

Por supuesto, en este ensayo de interpretación que me propongo desarrollar se omiten o quedan oscurecidos numerosos aspectos del rico y complejo pensamiento de DWORKIN. Creo, sin embargo, que el argumento enunciado recoge en lo sustancial las dos facetas principales de «Taking Rights Seriously»: Una teoría del Derecho antipositivista y una teoría de los derechos antiutilitarista. En el fondo, para DWORKIN no hay diferencias: Tomarse los derechos en serio es el único modo de tomarse en serio el Derecho.

## 2. NORMAS Y PRINCIPIOS

El motivo central de la crítica al positivismo jurídico reside en la imagen distorsionada y empobrecedora que nos ofrece del mundo del Derecho y, en especial, del papel desempeñado para los jueces. Imagen que, desde luego, DWORKIN descubre en el realismo norteamericano, pero que también cree hallar en actitudes mucho menos judicialistas, como las de AUSTIN y HART. De modo esquemático, el positivismo sería simplemente aquella explicación que concibe al Derecho como un universo de normas específicas que vinculan una determinada consecuencia jurídica a la realización de un cierto supuesto de hecho; esas normas se identificarían por su origen o «pedigree» y, cuando no fuesen capaces de resolver algún problema o conflicto, entraría en juego la pura discrecionalidad judicial (7). Aunque es muy discutible que las tesis enunciadas sean necesariamente positivistas y sólo positivistas, aunque resulta incluso más discutible que constituyan el núcleo de una concepción positivista del Derecho, son el adversario que DWORKIN se propone combatir y, por tanto, al menos en principio podemos dar por buena su descripción (8).

Frente a esta concepción del positivismo, DWORKIN pretende mostrarnos una realidad jurídica mucho más rica y compleja, impregnada de elementos morales y compuesta no sólo por «normas» específicas, sino también por «principios» que, si bien no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento u otro procedimiento análogo, deben ser y de hecho son ponderados por el juez a la hora de decidir un determinado conflicto o supuesto de hecho, en particular cuando se trata de un «caso difícil» para el que no se encuentra respuesta satisfactoria en el Derecho explícito. Del significado y de la función que desempeñen estos principios depende en buena medida la viabilidad de las restantes tesis dworkianas: insuficiencia de la regla de reconocimiento, exclusión de la discrecionalidad judicial, vinculación entre Derecho y Moral, etcétera.

El autor no se conforma con descubrirnos la presencia de los principios en el

(7) *Los derechos en serio*, citado, pp. 65 y ss.

(8) CARRIÓ, sin duda uno de los críticos más penetrantes de DWORKIN, estudia con detalle la imagen, parcialmente deformada, que nuestro autor tiene del positivismo, *Dworkin y el positivismo jurídico*, citado, pp. 5 y ss.

razonamiento jurídico, sino que procura caracterizarles como modelos de comportamiento «lógicamente» diferenciados. Existe una distinción lógica entre normas y principios: las primeras son aplicables a la manra de disyuntivas, de «todo o nada», mientras que los segundos ofrecen únicamente razones para inclinarse en favor de una cierta solución. Por ello, en segundo lugar, «cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida» (9), mientras que en los principios es necesario ponderar en cada caso el «peso» o importancia, de modo que su postergación ante un principio diferente no implica pérdida de vigor. Lo que supone, por tanto, que las normas constituyen tipos (estándares) fuertes, en el sentido de que ofrecen una razón suficiente para decidir el supuesto controvertido; los principios, en cambio, se presentan como modelos débiles, razones necesarias para decidir, pero que han de combinarse con otros elementos o criterios (10). Finalmente, lo que pudiéramos llamar, tal vez impropriamente, la validez de los principios no se obtiene atendiendo a su origen, sino más bien a su contenido, de acuerdo con un complicado procedimiento de búsqueda de la «más sólida» teoría del Derecho. Con todo, normas y principios presentan una fisonomía común en el ámbito de la decisión judicial: ambos establecen derechos y obligaciones vinculantes para el juez; éste los descubre, no asume una función creativa.

El planteamiento de DWORKIN puede ser enjuiciado al menos desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, cabe preguntarse si estamos ante una descripción acertada de un sistema jurídico desarrollado y, en especial, si es verdad que existen dentro del Derecho modelos de conducta lógicamente diferentes que se articulan y funcionan del modo que nuestro autor propone. Y, en segundo término, puede preguntarse también si la concepción del Derecho hoy dominante, que se mueve entre el normativismo y el realismo, resulta en efecto incapaz, como DWORKIN pretende, de explicar satisfactoriamente la realidad del Derecho. Examinaremos ahora la primera cuestión.

La distinción entre principios y normas basado en el carácter disyuntivo que presenta la aplicación de estas últimas ha sido tachada de excesivamente esquemática y, desde luego, de no responder al modelo de las reglas hartiano que se propone combatir. En este sentido, se ha indicado que las normas aparecen en muchas ocasiones como pautas orientativas y no, como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del supuesto de hecho (11), o también que ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado, de modo que no enuncian de un modo completo y absoluto el catálogo de posibles excepciones a su aplicación (12); piénsese, por ejemplo, en la ponderación analógica de una norma o de un bloque normativo ante supuestos de hecho sólo parcialmente semejantes. Por lo demás, las normas de HART,

(9) Véase *Los derechos en serio*, citado, p. 78.

(10) Como veremos, esta caracterización de los principios se explica mejor si consideramos el razonamiento jurídico como un razonamiento moral especialmente formalizado. Véase MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 265 y ss. También SOPER, E.: *Legal Theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute*, Michigan Law Review, 75, 3, 1977, pp. 473 y ss., y ahora parcialmente en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, edited by MARSHALL COHEN, Duckworth, London, 1984, pp. 3 y ss.

(11) Véase MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning...*, citado, pp. 152 y ss.

(12) Véase DE PÁRAMO, J. R.: *Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 390. En el mismo sentido se pronuncia CARRIÓ, G.: *Dworkin y el positivismo jurídico*, citado, p. 38, y PÉREZ-LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 294-295.

esto es, la concepción positivista del Derecho, no encuentran dificultad para integrar los diversos estándares que DWORKIN distingue (13).

En el fondo es muy posible que la rigurosa separación dworkiana entre normas y principios repose, «malgré lui», en una teoría de la interpretación de hondo significado positivista. A mi juicio, el viejo brocardo «in claris non fit interpretatio» se halla seguramente implícito en la idea de que determinados estándares son aplicables con certeza absoluta a la manera de «todo a nada»: la norma describiría con precisión matemática tanto el supuesto de hecho, como la consecuencia jurídica, catalogando todas las posibles excepciones y circunstancias que determinan su aplicación; tal confianza en la norma como «ratio scripta» no se conocía desde la más ingenua exégesis positivista. Al menos desde KELSEN, el razonamiento jurídico tiende a presentarse en la concepción positivista de modo más complejo, exigiendo con frecuencia ponderar diferentes normas, no necesariamente excluyentes, que orientan la solución para el caso concreto sin llegar a una determinación total (14).

Ahora bien, si las normas no siempre se presentan en forma disyuntiva y concluyente, ¿es cierto, al menos, que los principios ofrecen razones necesarias pero no suficientes en favor de una u otra solución? Con esta caracterización DWORKIN parece indicar que los principios sufren numerosas excepciones y que han de conjugarse con otros principios contradictorios, lo que como hemos visto, si bien puede ser acertado, no constituye un rasgo exclusivo de los estándares débiles. Pero ¿quiere decir también que los principios no pueden constituir el fundamento único de la decisión? La postura de DWORKIN no resulta muy clara: en ocasiones afirma que los principios «orientan una decisión... aunque no en forma concluyente» (15), mientras que en otros pasajes, y sobre todo, a través de algunos ejemplos sugiere una función más autónoma para tales principios.

Aunque no procede extenderse en un análisis detallado, conviene indicar que dentro de nuestro sistema jurídico la cuestión de los principios y, en particular, de los principios constitucionales no parece ofrecer duda: en terminología del Código Civil, los principios generales del Derecho informan el ordenamiento jurídico y deben, por tanto, valorarse en cualquier operación interpretativa. Sin embargo, allí donde la oposición entre las leyes y los principios «sea irreductible», éstos participan de la fuerza derogatoria de la Constitución (16). Dicho de otro modo, los principios pueden ser razones necesarias y a la vez suficientes para el fallo; no sólo ofrecen argumentos en favor de una determinada decisión, sino que en ciertas circunstancias representan el único argumento (17).

Más adelante me ocuparé del problema, pero ahora conviene llamar la atención acerca de la perspectiva ideológica que, según creo, se halla latente en la exposición dworkiana de los «casos difíciles». Al parecer, los principios desarrollan toda su

(13) En este sentido se expresa el propio HART, como luego expondremos. Véase también RAZ, J.: *Legal Principles and the limits of Law*, The Yale Law Journal, 81, 1972, pp. 823, y ss., en especial, pp. 842 y ss., y ahora parcialmente en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, citado, pp. 73 y ss.

(14) Véase KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., F. Deuticke, Viena, 1960, epigrafe 45 c). Traducción de EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, pp. 457 y ss. Hay versión castellana de J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

(15) *Los derechos en serio*, citado, p. 89.

(16) Véase el fundamento 1.<sup>o</sup> de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981.

(17) Como expone PÉREZ-LUÑO, los principios pueden tener un significado metodológico, ontológico y axiológico, *Derechos Humanos...*, citado, pp. 289 y ss.

virtualidad «cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica» (18), es decir, en el supuesto de lagunas normativas. Por el contrario, si una norma resulta aplicable –y ya sabemos que en tal caso lo será indubitadamente, como un todo– no parece que el razonamiento jurídico precise elaborar la «más sólida» teoría del Derecho, esto es, no parece que deba recurrir a los principios. ¿Cabe que principios y normas postulen soluciones distintas de un mismo conflicto?, ¿puede un principio modificar o incluso anular la respuesta taxativa contemplada en una norma? Creo que DWORKIN no se emplea a fondo en responder a estos interrogantes. Salvo quizá en la respuesta a los críticos, que luego veremos, DWORKIN se plantea la necesidad de completar el Derecho con la moral, como si caminase en una misma dirección, pero no tanto de preguntarse acerca de la inmoralidad del Derecho. Los principios, que para el autor son inescindibles de la moral, entran en juego cuando el Derecho explícito es insuficiente, no cuando es inmoral; al menos, este aspecto no encuentra en la obra el desarrollo adecuado, a pesar de que sería el auténtico banco de pruebas de una concepción unitaria de Derecho y moral. Las doctrinas que postulan dicha unidad facilitan –para bien o para mal– la «moralización» del Derecho, pero acaso propician también una «legalización» de la moral (19), y ello puede ser el primer paso para abrazar el positivismo ético (20), para suponer que las soluciones jurídicas son moralmente plausibles, aunque se reconozca que el Derecho explícito no agota el proceso del razonamiento jurídico-moral.

Pero volviendo al tema central de este epígrafe, tampoco la forma de resolución de conflictos parece representar un criterio totalmente seguro para sostener la existencia de un abismo lógico entre principios y normas. Estas últimas necesitan con frecuencia conjugarse con otros principios o normas, lo que sin duda altera su significado e incluso los límites de su aplicación (21). Si el enunciado de las reglas de Derecho fuese tan claro como DWORKIN sugiere, difícilmente podrían explicarse los cambios de rumbo que en su interpretación impone la evolución social o el impacto de un nuevo bloque normativo (22).

Sin embargo, tal vez estos no sean los aspectos fundamentales de la crítica antipositivista. Lo que DWORKIN se propone demostrar es que los jueces recurren con frecuencia a estándares que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento y, en conexión con ello, que existen deberes jurídicos que no hallan su fundamento en una práctica social. A partir de una interpretación restrictiva de la regla de reconocimiento, DWORKIN estima que sus principios no pueden identificarse por referencia al origen en un cierto legislador o Tribunal, sino que se decantan «en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el fondo como en la sociedad, se

(18) *Los derechos en serio*, citado, p. 146.

(19) Véanse las siempre interesantes observaciones de A. P. D'ENTREVES, en su *Derecho Natural* (1968), traducción de M. HURTADO, Aguilar, Madrid, 1972, pp. 102 y ss.

(20) Véase BOBBIO, N.: *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 265 y ss.

(21) Véase CARRIÓ, G.: *Dworkin...*, citado, pp. 38-39, y PINTORE, A.: *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 18 y ss.

(22) Intentaré ilustrarlo con un ejemplo: el plazo de veinticuatro horas de la detención gubernativa, prescrito en el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se entendió derogado por el de setenta y dos horas establecido en las Leyes Fundamentales –hoy art. 17, 2.º de la Constitución–, así como por la ausencia de una garantía penal. Sin embargo, dicho precepto pudiera ser hoy ponderado como una razón de peso a la hora de interpretar, por ejemplo, la Ley orgánica de *habeas corpus*. Es decir, no sería válido o inválido, aplicable a la manera de todo o nada, sino que desempeñaría una función en cierto modo análoga a la que se atribuye a los principios.

desarrolla con el tiempo» (23). En realidad, el autor no parece considerar necesaria una norma o criterio que incluya de forma exhaustiva los diferentes principios jurídicos, lo que, según creo, implica renunciar a una imagen cerrada del ordenamiento jurídico.

El propio HART ha querido responder a esta pretendida insuficiencia de su regla de reconocimiento. No hay razón alguna que impida a tal regla identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que sean tomados en cuenta como criterios de validez jurídica, ya sea mediante una referencia genérica a la moralidad o a la justicia, ya sea incorporando algún valor o principio específico (24). Debe tenerse en cuenta además que también la regla de reconocimiento presenta una textura abierta, de modo que si bien muchos estándares pueden ser identificados sin lugar a dudas, otros, en cambio, constituyen casos dudosos para los cuales no se ofrece ninguna indicación concluyente (25). De cualquier forma, la presencia de principios, estándares débiles, razones para decidir, etcétera, no constituyen obstáculo para la concepción positivista de HART.

Creo que este es uno de los aspectos más oscuros de la obra de DWORKIN. Ante las críticas que suscitó su primer ensayo sobre «El modelo de las normas» y, sobre todo, en respuesta al intento de conciliación con el positivismo propuesto por RAZ (26), DWORKIN responde con un nuevo trabajo («El modelo de las normas», II) donde sitúa el debate en un terreno diferente. Para los positivistas, viene a decir, sólo puede hablarse de obligación jurídica, incluso de obligación en general, cuando existe una práctica y respaldo social, en definitiva, cuando «de hecho» una comunidad considera necesario observar cierto comportamiento. La tesis dworkiana no puede armonizarse con una concepción positivista, pues no reconoce un deber jurídico allí donde existe una regla social, sino donde comprueba la existencia de una «regla normativa». El juez no se comporta como el sociólogo que constata la costumbre de quitarse el sombrero al entrar en la iglesia, sino como el párroco que la estima obligatoria. El positivista «cree que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia» (27). Aunque sería impropio un análisis detallado, esta nueva refutación del positivismo recuerda la teoría de PUCHTA sobre el Derecho consuetudinario, que negaba a la práctica social el carácter de «fuente» de normas para convertirla en simple vehículo o forma de exteriorización del sentimiento jurídico nacional (28).

También en este punto es muy posible que DWORKIN no haya comprendido bien la obra de HART y su tesis acerca de las fuentes sociales del Derecho (29), pero, en cualquier caso, ¿qué procedimiento se nos ofrece para identificar los deberes jurídicos?, ¿cómo discernir los principios obligatorios? SARTORIUS señaló la posibilidad de recurrir al criterio del «apoyo institucional», ideado por el propio DWORKIN, como una especie

(23) *Los derechos en serio*, citado, p. 95.

(24) HART, H.: *El nuevo desafío...*, citado, p. 9.

(25) Véase CARRIÓ, G.: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, A. Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 60 y ss.

(26) RAZ, J.: *Legal Principles and the Limits of Law*, citado.

(27) *Los derechos en serio*, citado, p. 116.

(28) PUCHTA G. F.: *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828-37, nueva edición Darmstadt, 1965. Véase BOBBIO, N.: Voz «Consuetudine», *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 426 y ss.

(29) Véase CARRIÓ, G.: *Dworkin y el positivismo jurídico*, citado, pp. 47 y ss., y RAZ, J.: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), traducción de R. TAMAYO, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 75 y ss.

de nueva norma de reconocimiento (30). Nuestro autor, en efecto, había escrito que para «fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior... Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo... A menos que llegásemos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente demostrar nuestro caso...» (31).

DWORKIN, no obstante, se resiste a desarrollar su propio criterio del apoyo institucional, que es obviamente contradictorio con la tesis de la «regla normativa» o del «estado de cosas normativo». Y es en este punto donde, a mi juicio, la vacilación entre principios jurídicos y principios morales comienza a hacerse insostenible. De un lado, parecía que habíamos aceptado un procedimiento en definitiva empírico para determinar la juridicidad de un principio, pero, de otro, hemos de asumir la posición normativa propia del párroco y no la descriptiva del sociólogo: «Un principio es un principio de derecho si figura de la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas...» (32). Es importante insistir en el aspecto de la justificación, pues no se trata sólo de explicar el fundamento axiológico de un sistema de Derecho, sino que es preciso «justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad... (lo que) conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral...» (33).

En el fondo, pienso que se debate el propio significado de la labor del jurista. El positivismo, a través de uno u otro procedimiento, ha procurado siempre lograr la identificación de las normas sin comprometerse con su contenido o valor moral; de ahí el esfuerzo para depurar la noción de validez de elementos que pudieran sugerir obligatoriedad moral (34), de ahí también el recurso a datos empíricos como criterios de identificación, etcétera., Esto es precisamente lo que DWORKIN no parece aceptar; tras la lectura de los fragmentos transcritos y de otros análogos, diríase que el jurista no puede comprender plenamente el Derecho sin compartir en alguna medida su horizonte axiológico; diríase, por ejemplo, que para cultivar el Derecho Canónico conviene ser un buen creyente. La verdad es que desde posiciones normativistas o realistas hoy tiende a reconocerse también en el trabajo del jurista un irremediable componente ideológico y moral (35); lo que sucede es que para DWORKIN ello representa una virtud, una exigencia del Derecho y de la Justicia.

(30) SARTORIUS, R.: *Social Policy and Judicial Legislation*, American Philosophical Quarterly, 8, 1971, pp. 151 y ss.

(31) *Los derechos en serio*, citado, p. 95.

(32) *Los derechos en serio*, citado, p. 128.

(33) *Los derechos en serio*, citado, p. 129. Véase también el capítulo IV sobre «Los casos difíciles» y «No Right Answer?», en HACKER, P. y RAZ, J.: *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 80 y ss.

(34) Este es uno de los aspectos principales de la polémica Kelsen-Ross. Véase, por ejemplo, ESQUIVEL, J.: *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 115 y ss., y HIERRO, L.: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 263 y ss.

(35) Véase, por ejemplo, PATTARO, E.: *Filosofía del Derecho. Derecho, ciencia jurídica* (1978), traducción de J. ITURMENDI, Reus, Madrid, 1980, pp. 253 y ss.

### 3. EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

Es evidente que la elaboración de una teoría del Derecho como la propuesta por DWORKIN no puede quedar encomendada a un observador imparcial, ni siquiera, creo yo, a un jurista que adopte el punto de vista interno, pero que sólo conozca el Derecho explícito o que íntimamente no comparta el sistema de valores en que éste se apoya (36); dicha tarea queda encomendada al juez «Hércules», de quien luego diremos algunas palabras. La cuestión que ahora quiero plantear es la del carácter jurídico o moral de los principios.

En nuestra cultura jurídica, la exposición de los llamados principios generales del Derecho suele comenzar evocando la disputa iusnaturalismo-positivismo: los principios constituyen la expresión de un Derecho superior o, por el contrario, son el resultado de un proceso de abstracción y generalización a partir del material jurídico positivo (37). Pues bien, en los primeros trabajos de DWORKIN el problema no se enfrenta de modo directo: los principios son ambas cosas a la vez, lo que sólo se explica si se está pensando, como hace nuestro autor, en un Derecho moralmente aceptable y repleto además de pautas o principios morales (38). El sistema jurídico no puede divorciarse de la moral, y la más sólida teoría del Derecho en su tarea explicativa y justificadora ha de penetrar resueltamente en ese mundo suprapositivo.

En efecto, el proceso de justificación del Derecho explícito, necesario para identificar los principios, parece a primera vista guardar alguna semejanza con la vieja «analogía iuris», forma de integración del Derecho a partir de los criterios y orientaciones implícitos en el propio sistema positivo (39); pero es evidente que en el marco del positivismo, la obtención de principios mediante la analogía iuris nada tiene que ver con reglas de moralidad suprapositivas. DWORKIN, sin embargo, no parece aceptar esta consecuencia; por el contrario, sostiene que, al menos en los casos difíciles, el razonamiento moral se halla irremediadamente presente en el razonamiento jurídico (40). Por regla general, la teoría del Derecho del Juez Hércules «incluirlá casi todos los principios morales y políticos que suscribe; e incluso es difícil pensar en un solo principio de moralidad social o política que tenga vigencia en su comunidad... que no encuentre algún lugar y tenga algún peso en el elaborado esquema de justificación que se requiere para justificar el cuerpo de leyes» (41).

Ahora bien, si los principios morales que el juez suscribe son sólidos y sirven para justificar las normas explícitas, quiere decirse que el Derecho en cuestión es moralmente aceptable; pero, por el contrario, si esos principios morales no forman parte de la teoría del Derecho «más sólida», sencillamente porque las normas explícitas no pueden justificarse ni comprenderse mediante dichos principios, entonces no se

(36) Con razón dice CALSAMIGLIA que nuestro autor destruye la premisa metodológica fundamental del positivismo acerca de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción. «La teoría no sólo describe, sino que forma parte del Derecho». *Ensayo sobre Dworkin*, citado, p. 16.

(37) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 121 y ss.

(38) Véase LYONS, D.: *Principles, Positivism and Legal Theory*, Yale Law Journal, 87, 1977, pp. 425 y ss.

(39) Véase BOBBIO, N.: *L'analogia nella logica del Diritto*, Istituto giuridico della Università, Torino, 1934, y TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 382 y ss.

(40) Este parece ser uno de los propósitos fundamentales de la obra de DWORKIN, como ya indicamos anteriormente.

(41) *Los derechos en serio*, citado, p. 130.

entiende cómo los jueces recurren a unos estándares incompatibles con el Derecho positivo; salvo, naturalmente, que los principios morales tengan relevancia por sí mismos, aunque, de ser así, el esfuerzo de profundización en el sistema jurídico y de búsqueda de sus claves axiológicas habría resultado superfluo.

Como apuntamos antes, DWORKIN se suele plantear las relaciones entre Derecho y moral desde el punto de vista de las lagunas normativas, de los casos difíciles donde el orden jurídico no ofrece respuesta satisfactoria, y no desde la óptica de las posibles contradicciones o antinomias entre ambos sistemas. Lo que preocupa a nuestro autor es la vertebración moral del Derecho, más que la posibilidad de emitir un juicio ético y, por tanto, crítico sobre el mismo. No obstante, en la réplica a sus críticos se ve en la necesidad de enfrentar directamente el problema (42): «¿Creo yo que los principios Jurídicos son siempre principios morales?... La proposición podría querer decir que los principios jurídicos son siempre principios morales buenos o correctos, y si es eso lo que quiere decir, entonces... eso no es lo que yo pienso» (43). Consiguientemente, «hay casos en que el derecho institucional... (entra) en conflicto con los derechos morales básicos» (44).

Como es lógico, la respuesta positivista no ha pasado por alto estas afirmaciones, que resultan sin duda inconsistentes con las tesis dworkianas sobre la relación necesaria entre Derecho y moral (45). Dicha relación, en efecto, sólo puede mantenerse ante un sistema jurídico moralmente plausible, en cuyo caso será una conexión contingente, o también ofreciendo una noción estrictamente nominalista de la moral, dado que todo Derecho incorpora o lleva implícito un cierto número de valores morales, aunque sean valores rechazables. Pero, desde el momento en que se sostiene, como hace DWORKIN, que los principios de justicia no son jurídicos *propio vigore* o, dicho de otro modo, que el sistema jurídico vigente puede ser inmoral, no parece haber más solución que aceptar la premisa básica de la concepción positivista.

DWORKIN, sin embargo, no lo hace. Iusnaturalistas y positivistas se equivocan, pues «en algunos casos, la respuesta a la cuestión de qué es lo que exige el Derecho puede depender de (aunque nunca sea idéntica a) la cuestión de qué requiere la moralidad básica...» (46). Así sucede no sólo cuando una norma jurídica incorpora deliberadamente criterios morales, sino también en aquellos casos en que es discutible lo que exige el Derecho. Ello es cierto, ¿pero responde a la objeción formulada? Seguramente no: que en algunos casos deba consultarse la moralidad básica no significa tampoco, a mi juicio, que la respuesta que obtengamos resulte satisfactoria para un juez que no comparta el sistema de valores vigente.

Ahora bien, ¿qué significa que el razonamiento moral se halla presente en el razonamiento jurídico? DWORKIN vuelve sobre su propio argumento, pero con una

(42) GREENAWALT había sostenido que ante Derechos moralmente censurables el juez no debe extraer los principios de la teoría más sólida que justifique ese Derecho, sino que más bien habrá de decidir bajo su responsabilidad: «Policy, Rights and Judicial Decision», *Georgia Law Review*, 5, 1977, y ahora en «R. Dworkin and Contemporary Jurisprudence» (MARSHALL COHEN, ed.), citado, pp. 88 y ss. RICHARDS, por su parte, había criticado que, puesto que los principios jurídicos son a veces principios morales, DWORKIN deduce que lo son siempre: «Rules Policies and Neutral Principles: The search for legitimacy in Common Law and constitutional adjudication», *Georgia Law Review* 11, 1977, pp. 1069 y ss.

(43) *Los derechos en serio*, citado, pp. 468-69.

(44) *Los derechos en serio*, citado, p. 451.

(45) Véase HART, H. L. A.: *El nuevo desafío...*, citado, pp. 15 y ss.; CARRIÓ, G.: *Dworkin...*, citado, pp. 25 y ss.; DE PÁRAMO: *Hart...*, citado, pp. 410 y ss.

(46) *Los derechos en serio*, citado, p. 467.

fórmula distinta: Cuando dos teorías concurren en la explicación de un sistema jurídico, son inferidas o están implícitas en el Derecho vigente, deberá preferirse la que sea moralmente más fuerte; una «mejor» moral supone, pues, una «mejor justificación» del ordenamiento (47). Pero esto, sencillamente, no parece sostenible, pues la teoría «menos mala» desde el punto de vista moral no tiene por qué ser la que mejor justifique un sistema jurídico, en especial si se trata de un sistema profundamente injusto; más bien sucederá todo lo contrario.

Y, finalmente, llegamos a una pregunta decisiva: ¿Qué postura debe adoptar el juez Hércules cuando el conflicto entre los materiales jurídicos vigentes y los derechos morales básicos resulte patente o insalvable? Entonces, confiesa DWORKIN, «es posible que deba mentir», que deba ocultar el Derecho válido; bien es cierto que «sería poco aconsejable convertir esta mentira en asunto de teoría de la jurisprudencia» (48). Probablemente, DWORKIN tenga razón desde la perspectiva de una moral esclarecida, pero desde luego no la tiene desde el punto de vista jurídico.

#### 4. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El significado y alcance de la actividad de los jueces constituye uno de los argumentos centrales de la obra de DWORKIN. Su preocupación por el tema no es, sin embargo, meramente teórica ni está orientada sólo por el afán de intervenir en una vieja polémica, sino que responde a una exigencia de fondo nacida de su propia filosofía política. La tesis de los derechos, la idea de que existen unas libertades previas al Estado que no pueden ser objeto de negociación política, reclama, en efecto, una judicatura perfectamente separada del Gobierno y del legislador o, lo que es lo mismo, una judicatura capaz de hacer prevalecer los derechos frente a cualquier objetivo de utilidad colectiva. La recuperación de la jurisprudencia técnica y apolítica, aunque no por ello mecánica, representa, pues, el corolario de un postulado ideológico. De nuevo veremos entrecruzarse en el libro de DWORKIN elementos descriptivos y prescriptivos.

El problema del carácter mecánico o creativo, cognoscitivo o volitivo, de la función jurisdiccional no ha recibido una respuesta unívoca por parte de la concepción positivista del Derecho. Es bien conocido que la filosofía iluminista que alentó los primeros ensayos codificadores concebía al juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley (49). «Nada hay más nefasto, decía BECCARIA, que la vieja doctrina de que los jueces deban consultar el espíritu de la ley: La mejor ley es la que menos necesita de la interpretación (50). Ello, unido a la desconfianza que sintieron los revolucionarios franceses hacia el estamento judicial (51), explica el desarrollo de

(47) *Los derechos en serio*, citado, p. 456.

(48) *Los derechos en serio*, citado, p. 451.

(49) «Los jueces de la nación no son... más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes», MONTESQUIEU: *Del espíritu de las Leyes*, 1948, trad. de M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, capítulo VI, p. 156. En general, véase sobre el tema PECES-BARBA, G.: «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Revista del Poder Judicial* núm. 6, 1983, pp. 17 y ss.

(50) BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, 1764, capítulo IV. Hay varias traducciones españolas, la más reciente de F. TOMÁS Y VALIENTE, Ed. Aguilar, Madrid, 1969, pp. 75 y ss.

(51) Una de las primeras exposiciones del problema nos la ofrece ALEXIS DE TOCQUEVILLE en *El Antiguo Régimen y la Revolución*, trad. de D. SÁNCHEZ DE ALEU, Alianza Ed., Madrid, 1982.

técnicas como la del «référé législatif» o, en general, los planteamientos de la escuela de la exégesis o del formalismo.

La reacción contra este modo de entender la función judicial adoptó denominaciones diversas, como sociologismo, Derecho libre, etc., pero no supuso necesariamente un rechazo de la concepción positivista. De modo particular, el denominado realismo jurídico norteamericano hubo de conducir a un desprecio casi total de las normas; ya fuese en la versión del escepticismo ante las reglas de LLEWELLYN, ya en la versión del escepticismo ante los hechos de FRANK, el movimiento realista no sólo sostiene que el juez crea Derecho, sino que prácticamente todo el Derecho lo crean los jueces (52).

Según creo, la concepción hoy dominante tiene su origen en KELSEN, quien, entre otras cosas, conocía las nefastas consecuencias propiciadas por el activismo judicial en el continente europeo (53). Para KELSEN, la interpretación y la actividad del juez no forman parte del capítulo de la «ciencia jurídica», sino que representan un trabajo creativo, una función de la voluntad; sin que ello signifique tampoco que la jurisdicción desempeña una tarea absolutamente discrecional. Es cierto que ni la determinación del contenido de las disposiciones normativas, ni la cualificación de los hechos son simples operaciones técnicas, pero es cierto también que la elaboración de toda norma –incluida la sentencia, que es una norma individual– presenta un momento de reproducción o aplicación de la norma superior, es decir, de inexorable vinculación a un Derecho preexistente (54).

Me parece que la postura de HART, objeto predilecto de la crítica antipositivista de DWORKIN, se inscribe en esta opción moderada que en forma alguna rechaza la importancia de las normas, pero sin caer tampoco en el «noble sueño» del Derecho autosuficiente (55). Para el escritor británico, los jueces no se comportan como legisladores, sino que obtienen de las leyes, de los precedentes, etc., las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones. Sin embargo, esas leyes y precedentes no son siempre suficientemente precisas ni pueden contemplar en todas sus dimensiones la complejidad de la vida social; es entonces, bajo esa vinculación, cuando los Tribunales despliegan una actividad que bien puede calificarse como creativa. «La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso» (56).

Paradójicamente, DWORKIN abraza la fe del positivismo más primitivo; es verdad que acepta en todo razonamiento judicial una discrecionalidad «débil» (57), pero

(52) Sobre el tema puede consultarse TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962; RUMBLE, W.: *American Legal Realism*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1968.

(53) Los jueces alemanes comenzaron a fiscalizar las leyes invocando una supuesta conciencia jurídica nacional precisamente cuando se instauró una democracia parlamentaria, y de ello KELSEN tomó muy buena nota. Véase la obra de VOLPE, G.: *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 43 y ss. y 165 y ss.

(54) Véase KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, versión citada, pp. 318 y ss.

(55) Véase HART, H. L. A.: «American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, 11, 1977, pp. 969 y ss., y la muy breve réplica de DWORKIN en *Los derechos en serio*, citado, pp. 413 y ss.

(56) HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, 1961. Traducción de G. CARRIÓ, 2.<sup>a</sup> ed., Editora Nacional, México, 1980.

(57) DWORKIN reconoce una discrecionalidad débil en dos sentidos diferentes: a) porque todos los jueces realizan una operación de discernimiento, una argumentación racional, y b) porque algunos Tribunales adoptan la decisión final e inapelable sobre los conflictos. La discrecionalidad fuerte, que DWORKIN niega, supondría la ausencia de normas o principios para decidir un supuesto controvertido.

rotundamente sostiene la autosuficiencia del Derecho. El juez Hércules, omnisciente y sobrehumano, conoce su falta de legitimidad democrática para crear normas y sabe que las partes en el conflicto sometido a su jurisdicción pretenden el amparo de su derecho, de un derecho propio y preexistente; nuestro juez debe, por tanto, emprender la hercúlea tarea que fue descrita en el epigrafe anterior: Desarrollar la mejor y más coherente teoría que explique y justifique el Derecho explícito y, de modo particular, que integre y comprenda todas las exigencias que derivan del sistema constitucional, con la seguridad de encontrar el principio adecuado para resolver el conflicto o supuesto de hecho.

DWORKIN desarrolla su teoría de la decisión judicial en el capítulo de los «casos difíciles» y en estrecha conexión con problemas de hondo significado político. El positivismo se equivoca porque los jueces, recurriendo a los principios, disponen siempre del material jurídico suficiente para resolver cualquier conflicto por difícil que sea. Pero, sobre todo, el positivismo alienta o justifica una función jurisdiccional antidemocrática y lesiva para los derechos individuales; antidemocrática, porque los jueces no desempeñan un poder representativo y, en todo caso, la atribución de un papel creativo vulneraría la separación de poderes; y lesiva para los derechos, porque si sus decisiones se producen *ex post facto*, desaparece el postulado básico de la previsibilidad de las acciones y, con ello, la seguridad jurídica.

Ahora bien, los principios que debe utilizar el juez Hércules no pueden confundirse con las directrices políticas. Aunque DWORKIN habla a veces de principios en sentido amplio, en el marco de la teoría de la adjudicación o de la decisión judicial los principios deben entenderse exclusivamente como un tipo de estándar que «ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la modalidad» (58). Así, pues, la solución correcta no ha de venir dada por consideraciones de bienestar o porque el juez estime que con su fallo fortalece algún objetivo general, sino que la argumentación de «principios» tiende a proteger derechos naturales previos (59). Cuando los individuos se acercan al Tribunal buscan la satisfacción de su derecho y no la realización de una finalidad colectiva; de ahí que el juez Hércules sólo deba ponderar principios en sentido estricto, porque sólo ellos se vinculan a derechos individuales. Únicamente observando estos principios se garantiza que el juez no produce Derecho *ex post facto* y que tutela los derechos individuales sobre cualquier otra consideración política. En esta ocasión, parece entrecruzarse el argumento antiutilitarista con la crítica del positivismo.

Las objeciones de DWORKIN al positivismo moderado han sido respondidas por HART tanto en el plano técnico jurídico como en el político (60). Por lo que se refiere al primero, es cierto que ante un caso difícil los jueces no arrinconan los libros jurídicos para aventurarse en la labor legislativa, sino que disponen de ciertos instrumentos para procurar una solución acorde con el Derecho, como la analogía, la valoración de

(58) *Los derechos en serio*, citado, p. 72.

(59) Este punto de vista ha sido desarrollado por DWORKIN en «Political Judges and the Rules of Law», en *The Proceedings of the British Academy*, vol. 64, Londres, 1978, pp. 259 y ss. En este trabajo intenta diferenciar su «tesis de los derechos» de la que pudiéramos llamar «tesis del Derecho escrito»; según esta última, la argumentación judicial se agota en la norma, en el Derecho codificado, mientras que la concepción de los derechos exige al intérprete elevarse más allá del sistema positivo, valorando los derechos individuales previos a toda legislación positiva.

(60) HART, H. L. A.: *El nuevo desafío...*, citado, pp. 10 y 11.

algunos principios u objetivos relevantes, etc.; pero ello no elimina, sino que únicamente retrasa el irreductible momento creativo. Los principios no responden a una formulación canónica, aparecen con frecuencia en términos imprecisos o ambiguos, pueden confluir con otros principios contradictorios, etc., de modo que el juez Hércules con frecuencia habrá de escoger según sus propios criterios.

Por otra parte, el carácter antidemocrático e injusto de la creación judicial del Derecho no le parece a HART un problema tan grave como DWORKIN supone; tal vez pueda contemplarse como el precio necesario para evitar soluciones aún más lesivas, como el recurso directo al legislativo. Además, no parece razonable hablar de frustración de expectativas o de un daño para la seguridad jurídica y la previsibilidad de las acciones, pues precisamente los casos difíciles se caracterizan porque el Derecho no ha sabido ofrecer una respuesta clara y precisa.

Desde mi punto de vista, la teoría de la adjudicación de DWORKIN presenta otros aspectos oscuros. En primer lugar, como ya se dijo, la noción de «caso difícil» no parece quedar bien delimitada, pues en ocasiones se denominan así supuestos de lagunas normativas, pero en otros casos se alude también a conflictos en los que, más que una regulación explícita, lo que falta es una regulación justa o satisfactoria. Sea como fuera, lo que resulta discutible es el empeño de DWORKIN en trazar una nítida separación, que es casi un divorcio lógico, entre los casos fáciles y los difíciles. Como sugerimos anteriormente, se trata más bien de una cuestión de grado: ni la virtualidad de los principios debe circunscribirse a los *hard cases*, ni la discrecionalidad judicial se produce a la manera de «todo o nada». Ninguna norma es tan clara que no requiera interpretación; ningún caso es tan difícil que autorice el puro arbitrio judicial.

En segundo lugar, es dudoso también que los principios de DWORKIN puedan desempeñar la función de normas de clausura. Tradicionalmente, los criterios que se han sugerido para cerrar el sistema jurídico (61) se presentan de forma simple y alternativa, lo que desde luego no sucede con los principios de DWORKIN, que se caracterizan por una formulación abierta a la posibilidad del *tertium datur* y que, además, mantienen una relación de subsidiaridad con el Derecho explícito (62). En realidad, creo que en el esquema de DWORKIN la idea de «clausura del ordenamiento» resulta extraña y difícilmente viable tras la renuncia explícita a la norma de reconocimiento y a cualquier otro procedimiento último de identificación. Tal vez pudiera defenderse que los principios de DWORKIN cierran efectivamente el Derecho, pero al precio de disolverlo con el sistema moral; sería el propio orden jurídico quien vería desaparecer sus límites precisos.

Aunque las críticas formuladas no han llevado a DWORKIN a una revisión importante de su tesis sobre la discrecionalidad judicial, sí han logrado al menos una cierta matización. «En lugar de la engañosa cuestión de si los jueces encuentran las normas en el «Derecho existente» o establecen normas que no se encuentran en él, debemos preguntarnos si los jueces intentan determinar qué derechos tienen las partes,

(61) En realidad, la clausura del ordenamiento tiene que conjugar dos normas de significado contradictorio: la norma general excluyente (todo lo que no está prohibido, está permitido, etc.) y la norma general incluyente, que ordena extender la disciplina normativa a los casos semejantes. Véase BOBBIO, N.: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 125 y ss.

(62) En este sentido, PINTORE, A.: *Norme e Principi...*, citado, p. 45.

o si crean lo que ellos consideran nuevos derechos con el fin de servir a objetivos sociales.» (63)

Ante todo, nótese que en la respuesta a los críticos DWORKIN no nos describe lo que los jueces hacen, sino lo que piensan que hacen. Sin duda, es verdad que los particulares, los abogados y los jueces formulan sus posiciones en el proceso «como si» la solución demandada o el fallo emitido constituyesen la más lógica y rigurosa aplicación del Derecho. En el lenguaje del foro no hay casos difíciles. Pero, como es obvio, lo que piensen los operadores jurídicos no vincula a la teoría del Derecho.

No obstante, es posible que las cosas sucedan como DWORKIN las describe, sin que por ello quede eliminado el momento creativo de la decisión judicial. El Derecho preexistente, las normas y principios, están, sin duda, incorporados al fallo, pero de aquí no puede deducirse que todos los aspectos que han sido valorados como fundamento del mismo «deriven» de ese Derecho. Naturalmente, la valoración de objetivos sociales y el peso de la ideología no serán idénticos en todos los casos, y de ahí que la creación judicial del Derecho se presente como un problema cuantitativo (64), pero, de cualquier forma, en último término «la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo» (65). Los principios de DWORKIN, lejos de excluir ese momento de creación, lo presuponen (66).

Asimismo, en su respuesta a HART, el profesor norteamericano pone nuevamente de relieve que uno de los aspectos que más le preocupa es la posible presencia de «directrices políticas» u «objetivos sociales» en la decisión judicial. Aunque más adelante nos ocuparemos del problema, no es fácil entender el motivo de sus temores; en particular, DWORKIN piensa que los principios en sentido estricto son «siempre» expresión del derecho que las partes reclaman como propio, mientras que, en cambio, las directrices políticas frustran «siempre» las expectativas de justicia o la seguridad jurídica. Pienso que las cosas no tienen por qué suceder así: los principios pueden responder a una concepción jurídica periclitada o pueden también hallarse más en la moral del juez HÉRCULES que en la estructura del Derecho explícito y, a su vez, los objetivos sociales forman parte frecuentemente del sistema constitucional. Es cierto que esta última posibilidad no se concilia fácilmente con la idea general de DWORKIN ni con el Derecho que él ha tenido presente, pero no por ello debe excluirse en un planteamiento general; de modo particular, en España la observancia de objetivos sociales no sólo no constituye una práctica antidemocrática, sino que representa el cabal sometimiento del juez a una decisión de la soberanía cristalizada en la Constitución de 1978 (67). Por otra parte, no es seguro que pueda trazarse una delimitación tan rigurosa entre principios y directrices.

En resumen, recurrir a criterios o principios morales en la actividad judicial

(63) *Los derechos en serio*, citado, pp. 414-15.

(64) Véase CAPPELLETTI, M.: «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 4, 1982, pp. 11 y ss.

(65) PÉREZ-LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, citado, p. 254.

(66) En este sentido, escribe SERGIO BARTOLE que la concepción de DWORKIN termina por ampliar el ámbito de la discrecionalidad judicial: «In margine a Taking Rights Seriously di Dworkin», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 1, 1980, p. 193.

(67) Con razón escribe NINO, comentando la obra de DWORKIN, que «Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática», *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 436. Existe una nueva edición publicada por Ariel.

equivale a reconocer la insuficiencia del Derecho. Esto es algo conocido que, a mi juicio, no se desvirtúa por la conexión entre Derecho y moral que DWORKIN sostiene y propugna. Quienes realmente creyeron en la autosuficiencia del Derecho nunca pensaron en un juez Hércules, sino en todo lo contrario, en jueces populares: una vez elaborado el Código racional, completo y coherente, el procedimiento judicial habría de reducirse a un simple juicio de hecho verificable por cualquier persona. Si DWORKIN precisa idear un juez como Hércules, tal vez sea porque no le ofrece un Derecho claramente delimitado, sino un complejo sistema de normatividad social en el que se entrecruzan reglas jurídicas y morales.

##### 5. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ACTIVISMO JUDICIAL

Paradójicamente, el empeño por demostrar que la argumentación judicial no está presidida por un criterio «fuerte» de discrecionalidad se conjuga en DWORKIN con la apasionada defensa del activismo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Este es el propósito fundamental del capítulo V, «Los casos constitucionales», publicado originalmente con el significativo título de «The Jurisprudence of Richard Nixon». El trabajo se inscribe, pues, en lo que pudiéramos llamar polémica Nixon-Warren (68) y constituye una detallada refutación del «construccionismo estricto», es decir, de la doctrina que postula el riguroso sometimiento del juez al texto constitucional.

Para DWORKIN, en el activismo judicial no hay usurpación de los poderes de la mayoría, ni revisión constitucional, ni, en fin, contradicción con su idea de la judicatura como cuerpo no político y sometido estrictamente al Derecho. Lo que sucede es que el Derecho y, en particular, la Constitución no es un texto escleroso, ni se compone sólo de fórmulas precisas y bien delimitadas, como suponen los partidarios del *strict constructionism*. La teoría constitucional de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. «La Constitución, y particularmente el *Bill of Rights*, está destinada a proteger a los ciudadanos... contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría...» (69).

Aquí se encuentra, a mi juicio, la premisa de la teoría constitucional de DWORKIN y también una de las claves para comprender determinados aspectos de su doctrina del Derecho. Un juez que quiera asumir de verdad la defensa de la Constitución no debe perder de vista que ésta descansa en una muy concreta teoría moral, cuyo postulado básico es que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado; derechos que no pueden ser objeto de comercio político y cuya protección requiere profundizar en el significado de los textos normativos; requiere «un Tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política» (70). Ello explica, por ejemplo, el hincapié que hace nuestro autor por demostrar que los jueces no son órganos políticos o que se guían por principios y no mediante directrices; pues de no ser así, carecerían de legitimidad para enfrentarse de modo eficaz a los designios de la mayoría, ni podrían sostener que sus decisiones fuesen más justas que las del Gobierno.

(68) Sobre el Tribunal Warren puede verse en castellano SCHWARTZ, B.: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. de E. ALONSO, Civitas, Madrid, 1980, pp. 85 y ss.

(69) *Los derechos en serio*, citado, p. 211.

(70) *Los derechos en serio*, citado, p. 231.

Al servicio de esta filosofía, DWORKIN desarrolla una doctrina de la interpretación constitucional, cuyo objetivo nuclear es convencer al lector de que no se puede garantizar el imperio de la Constitución si lo jueces no están dispuestos a desempeñar un papel activo en defensa de la teoría moral sobre la que reposa todo el sistema. La Constitución incorpora, en efecto, preceptos bien delimitados y completos, cuyo significado es siempre idéntico por aludir a una realidad determinada y conocida y que no requieren, por tanto, ningún esfuerzo interpretativo; son las llamadas «concepciones», que el legislador constituyente quiso hacer perdurar como decisiones básicas del sistema.

Sin embargo, dice DWORKIN, con mucha frecuencia los constituyentes no desearon que sus particulares puntos de vista cristalizasen como concepciones firmes, sino que de forma premeditada acuñaron términos «vagos», referencias a estándares de conducta cuya concreción dependiese de las concepciones del momento. Son los llamados «conceptos» constitucionales, que reclaman ser completados o rellenados por un Tribunal atento a la teoría moral que ya conocemos. Así, cuando la Constitución consagra «el proceso debido» o el «igual tratamiento» no significa que hayamos de investigar qué casos consideró el primitivo legislador como vulneradores de tales principios, sino que hemos de ponderar esos estándares a la luz de una concepción actual. El norte que debe orientar al juez no consiste en dar satisfacción a la concepción que los constituyentes tuvieron del «proceso debido», sino en determinar la concepción que «ahora» mejor se ajusta al estándar incorporado a la Constitución; todo ello de acuerdo con la premisa básica que propugna la «fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética» (71).

Son, en verdad, meritorios los esfuerzos que hace DWORKIN para conjugar el activismo judicial con su fidelidad a la *mens legislatoris*. En este sentido, conviene destacar, porque es importante para la coherencia del planteamiento, que no se trata de defender una cierta interpretación sociológica según la cual los Tribunales deberían atender al cambio de ideas o concepciones. Si la Corte Suprema considera cruel y, por tanto, inconstitucional la pena de muerte no debe invocar la transformación sufrida por la idea de crueldad o negarse a tener en cuenta concepciones anticuadas. Si así lo hiciese estaría modificando la Constitución. Lo que sucede, dice DWORKIN, es que el legislador no quiso recoger una concepción sobre la crueldad, sino el concepto mismo de crueldad, pues «si quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo» (72). Por tanto, el juez cumple la voluntad del legislador si toma su propia decisión acerca de lo que es cruel, y, en cambio, no lo hace si se ciñe estrictamente a la particular concepción que tuvo el legislador sobre la crueldad. Son, pues, los críticos conservadores del Tribunal WARREN quienes no se muestran fieles a la Constitución, pues ignoran «el mandato de plantear los problemas morales de principio que exige la lógica del texto» (73).

Desde mi punto de vista, la doctrina sobre la interpretación de DWORKIN conduce a resultados plausibles y, en general, compartidos por la reciente teoría del Derecho, pero tal vez podrían aducirse argumentos más sólidos. Así, su distinción entre

(71) *Los derechos en serio*, citado, p. 233.

(72) *Los derechos en serio*, citado, p. 215.

(73) *Los derechos en serio*, citado, p. 216.

conceptos y concepciones resulta algo artificiosa y, sobre todo, olvida que en ocasiones la voluntad explícita del legislador constituyente fue proteger precisamente «una» concepción, aun cuando lo hiciese a través de una fórmula «vaga», o bien excluir alguna concepción particular. A título de mero ejemplo, durante la tramitación de la Constitución española se suscitó un debate acerca de si el artículo 15, relativo al derecho a la vida, excluía o no el reconocimiento legal del aborto; es más, el sustantivo «todos» que lo encabeza respondió al propósito expreso de la mayoría, entonces antiabortista, de evitar dicho reconocimiento. Por su parte, la minoría adujo que no se sentía vinculada por esa interpretación (74). De seguir las orientaciones de DWORKIN, ¿qué debe hacer el Tribunal Constitucional?, ¿puede sentirse vinculado por la interpretación de una mayoría que ha dejado de serlo? Obviamente, no intento formular la «mejor» interpretación del artículo 15, sino tan sólo mostrar la insuficiencia del criterio dworkiano; las decisiones del Tribunal Constitucional podrán valorar las concepciones del primer legislador, pero ello no significa que deban observarse necesariamente ni que constituyan un criterio hermenéutico preferente.

Otras objeciones cabría hacer al planteamiento de DWORKIN. Así, la confianza que muestra en el carácter progresista del activismo judicial, tantas veces desmentido en la práctica; el olvido de las influencias políticas sobre el Tribunal Supremo norteamericano, etc., pero pienso que, en general, esas dificultades no dañan la parte sustancial de la doctrina sobre la interpretación, sino que responden más bien a ciertas concepciones de fondo que nuestro autor sostiene de forma un tanto obsesiva: que la actividad judicial no presenta una dimensión creativa o política, que el Derecho da respuesta a cualquier conflicto sobre la base de una teoría moral como la descrita, que, por tanto, toda decisión es reconducible a una fuente preexistente recurriendo en último término a los conceptos constitucionales voluntariamente diseñados por el legislador, etcétera.

Pero prescindiendo ahora de estos aspectos, la propuesta de DWORKIN puede adscribirse a ese amplio abanico de teorías que, en sentido negativo, pueden calificarse como antiformalistas o antiliteralistas (75); teorías que, con mayor o menor énfasis, reconocen o propugnan una interpretación material o finalista de los textos constitucionales. El papel central atribuido a los derechos morales puede así recordar la tesis de la integración de RUDOLF SMEND, que convertía el catálogo de libertades en el sistema cultural y axiológico de todo el orden político (76). Puede recordar también la idea de constitución material, de orden de valores que sirve de fundamento al propio sistema constitucional (77) y que cierra sin fisuras el ordenamiento jurídico (78). Puede emparentarse, en fin, con la conocida fórmula de los «principios neutrales» de WECHSLER (79), a quien el propio DWORKIN invoca al exponer su modelo constructivo

(74) Véase la discusión en el «Diario de Sesiones del Congreso» de 6 de julio de 1978, sesión plenaria número 34, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, II, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 2024 y ss.

(75) Sobre el tema, véase el conocido libro de JOHN H. ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, London, 1980.

(76) Así lo hace PÉREZ-LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos...*, citado, p. 296.

(77) Véase BARTOLE, S.: *In margine a Taking Rights Seriously di Dworkin*, citado, pp. 202-203.

(78) Como ponen de relieve ALCHOURRON y BULYGIN, los enemigos del positivismo, como DWORKIN, terminan atribuyendo al Derecho las mismas cualidades de coherencia y plenitud; «repiten, en otro nivel, la misma falacia de confundir el ideal con la realidad», *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 241.

(79) «Toward neutral principles of Constitutional Law», en *Harvard Law Review*, 1959, y ahora en el volumen «American Law and the Constitutional order. Historical perspectives», *Harvard University Press*, Cambridge, Mass., 1978.

cuando escribe que «para cualquier concepción de la justicia es esencial una coherencia expresa y que las decisiones se tomen de acuerdo con un programa que se pueda hacer público y seguir mientras no se cambie (80).

En resumen, creo que la postura dworkiana presenta más originalidad –y también es más discutible– en sus premisas que en sus resultados; en sus resultados supone reconocer que las normas constitucionales, y las normas en general, presentan una «textura abierta» (81), que en su proceso de «concreción» incorporan las circunstancias de la realidad (82), que son, en definitiva, programas normativos para la actividad interpretativa (83). Sus premisas, como ya conocemos, son en parte contradictorias y me parece que responden a una preocupación política más que a un deseo de coherencia. Esa preocupación no es otra que la de erigir frente al gobierno de la mayoría guiado por criterios utilitaristas un cuerpo de jueces no políticos preocupados sólo por preservar las libertades básicas. A mi juicio, sin embargo, reconocer el carácter irremediabilmente creativo de la jurisprudencia y valorar incluso los objetivos colectivos no tienen por qué propiciar la arbitrariedad ni significar una pérdida de legitimidad (84).

## 6. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Son muy numerosos los problemas e interrogantes que suscita el ensayo crítico de DWORKIN contra el positivismo y el utilitarismo. Como es comprensible, no procede aquí ocuparse de todos, pero sí conviene destacar la coherencia del autor con sus propias premisas a la hora de ofrecer soluciones alternativas. Si, a mi juicio, la vinculación entre la concepción positivista y el utilitarismo no queda suficientemente probada, al menos con carácter general, la teoría del Derecho y la filosofía política que DWORKIN nos propone parecen responder a un mismo designio y complementarse mutuamente.

En este sentido DWORKIN persigue como objetivo básico restaurar los fundamentos del liberalismo, dañados, a su juicio, por la filosofía utilitarista. El liberalismo que defiende nuestro autor no es, sin embargo, esa ideología profundamente conservadora y regresiva que hoy parece exportar la «nueva revolución americana», sino que quiere presentarse bajo un signo igualitario y de progreso (85); lo cual, debe reconocerse, introduce algunas dificultades en el desarrollo de las tesis dworkianas, como lo prueban las páginas dedicadas a la discriminación inversa o a la «affirmative action» (86).

(80) *Los derechos en serio*, citado, p. 249. Sobre la relación entre DWORKIN y WECHSLER ha insistido BARTOLE, S.: *In margine...* citado, pp. 203 y ss. Véase también ALONSO, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 102 y ss.

(81) Véase HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, citado, pp. 155 y ss.

(82) Véase HESSE, K.: *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. CRUZ VILLALÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 29 y 43 y ss.

(83) Véase LAVAGNA, C.: *Costituzione e Socialismo*, Il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 36 y ss.; en general, sobre el tema, PÉREZ-LUNO: *Derechos Humanos...*, pp. 249 y ss.

(84) He tratado este tema en mi trabajo «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», *Revista Poder Judicial* núm. 11, junio 1984, pp. 83 y ss.

(85) Además de los ensayos sobre liberalismo contenidos en el libro comentado, véase el trabajo titulado precisamente «El liberalismo», en *Moral pública y privada*, STUART HAMPSHIRE, compilador, 1978, trad. de M. CÓRDOBA, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 133 y ss.

(86) Sobre ese tema puede verse SANDEL, M.: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, en especial pp. 135 y ss.

Precisamente, para solventar esas dificultades, para superar la tensión entre libertad e igualdad, DWORKIN recurre a un principio de justicia que funciona como sustrato o premisa esencial de todo el sistema: el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto. Propiamente, no se trata de un derecho, aunque a veces se utilice esa terminología, sino «del ideal fundamental de una comunidad política que sea una comunidad de iguales», ideal sobre el que se asientan tanto los derechos individuales como los objetivos de bienestar colectivo (87). Así, pues, la igualdad y no la libertad parece ser el valor primario del liberalismo de DWORKIN.

Ciertamente, la posible incoherencia con que DWORKIN desarrolla el antagonismo entre derechos humanos y cálculo de utilidad, el empeño igualitario que niega un derecho general a la libertad o los aspectos particulares que derivan del liberalismo progresista han merecido observaciones críticas de diverso signo (88). Por regla general, sin embargo, esta parte de la obra de DWORKIN se examina desde la polémica utilitarismo-antiutilitarismo, que a mi juicio representa sólo una de las perspectivas posibles de abordar lo que constituye la premisa fundamental de la filosofía política de DWORKIN, esto es, la visión antitética de los derechos humanos y de los objetivos de bienestar colectivo. Coincido aquí con la opinión de PÉREZ-LUÑO: la crítica «debe plantearse desde una posición intrasistemática, o sea, mostrando el carácter incompleto y parcial del concepto y la fundamentación de los derechos humanos» (89) que deriva de la teoría de DWORKIN. En realidad, los trabajos de DWORKIN no se han orientado de modo principal a lo que pudiéramos llamar la fundamentación última de los derechos humanos (90), sino más bien a mostrar la función que éstos deben desempeñar en el marco de una sociedad justa. Frente a la teoría política basada en los objetivos (utilitarismo) o en los deberes (imperativo categórico kantiano), el autor nos propone una teoría política basada en los derechos (91); una teoría que gira en torno a la noción de derechos naturales, anteriores a toda ley, convención o contrato hipotético (92) y que, por ello, «no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales», en palabras de RAWLS (93). En esto consiste tomarse los derechos en serio: un gobierno para quien las libertades no sean un simple recurso retórico, un gobierno que haga profesión de reconocer los derechos «debe prescindir de la aseveración de que los ciudadanos jamás tienen derecho a infringir sus leyes, y no debe definir los derechos de los ciudadanos de tal modo que queden aislados por supuestas razones del bien general» (94): porque, en efecto, para DWORKIN la desobediencia a la ley parece un rasgo distintivo de todo derecho fundamental que lo sea auténticamente: desobedecer la norma que vulnera nuestro derecho es hacer patente que somos sus titulares.

(87) *Los derechos en serio*, citado, p. 495.

(88) Véase, por ejemplo, además del libro de SANDEL, ya citado, HART, H.: «Between Utility and Rights», 1979, versión castellana de M. D. GONZÁLEZ, L. HIERRO y F. LAPORTA, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, 58, 1980, pp. 7 y ss.; SARTORIUS, R.: «Dworkin on Rights and Utilitarianism», en *R. Dworkin and Contemporary jurisprudence*, citado, pp. 205 y ss.; MACCORMICK, N.: «Taking the Rights Thesis Seriously», en *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, reimpresión, 1984, pp. 126 y ss.; FARRELL, M. D.: *Utilitarismo. Ética y Política*, A. Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 244 y ss.

(89) *Derechos Humanos...*, citado, p. 161.

(90) En lo sustancial parece estar de acuerdo con J. RAWLS. Véase el capítulo 6 del libro comentado.

(91) *Los derechos en serio*, citado, p. 261.

(92) *Los derechos en serio*, citado, p. 267.

(93) RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, 1971. Traducción de M. D. GONZÁLEZ, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979, p. 46.

(94) *Los derechos en serio*, citado, p. 302.

Los derechos individuales se erigen así en el núcleo central de todo el sistema jurídico político, en su elemento definidor. Por ello, DWORKIN puede decir que «si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho» (95). Por ello, también, los derechos fundamentales desempeñan una función esencial en la teoría de la adjudicación; como ya sabemos, el juez Hércules debe huir de las directrices políticas a la hora de resolver un supuesto de hecho y guiarse, en cambio, mediante los «principios», cuya conexión con el sistema de libertades es evidente. Los principios, obtenidos de la más sólida teoría explicativa y justificadora del ordenamiento, conducen al jurista a profundizar en la filosofía política y moral, una filosofía que precisamente se compendia en los derechos del hombre.

De este modo, los derechos humanos no sólo presentan una dimensión subjetiva de protección del individuo, sino que constituyen también criterios preferentes para la interpretación jurídica. Ante un caso difícil, el juez no debe buscar, por ejemplo, una solución analógica respecto de cualquier norma del sistema, sino que ha de indagar en el alcance que los derechos individuales tienen en el caso concreto (96). En otras palabras, deberá optar no por cualquier solución que permita el ordenamiento jurídico, sino precisamente por aquella que resulte más acorde con las exigencias de los derechos. El postulado *favor libertatis* o el criterio hermenéutico de la «preferred position» elaborado por el Tribunal Supremo norteamericano parecen latir en este planteamiento de DWORKIN.

En resumen, creo que la teoría de DWORKIN supone la recuperación del significado histórico primigenio de los derechos humanos y representa un fiel y meritorio desarrollo de la filosofía contractualista y liberal que alimentó las primeras declaraciones. La idea de los derechos como «triumfos» frente a la mayoría postula su plena constitucionalización como decisiones básicas de la soberanía capaces de imponerse a todo poder constituido. A su vez, la idea de que los derechos representan el sustrato ético del sistema jurídico alienta una teoría de la interpretación que hace de la libertad de los ciudadanos el criterio hermenéutico fundamental que inspira todo el proceso de creación-aplicación del Derecho. No creo que la doctrina de los derechos humanos pueda tomarse más en serio (97).

Sin embargo, una cosa es que los derechos definidos en el marco constitucional ocupen un lugar preferente y no puedan ser sacrificados ante directrices políticas, y otra diferente decidir el catálogo de derechos que hayan de ser reconocidos y diseñar las reglas que deban gobernar sus relaciones recíprocas. ¿Existe, en verdad, el abismo lógico que DWORKIN sugiere entre derechos humanos y objetivos sociales de bienestar? Como sabemos, nuestro autor parte del antagonismo entre los principios de libertad y utilidad, pero seguidamente prolonga ese antagonismo en una nueva tensión entre derechos individuales y «derechos» sociales. Para DWORKIN las condiciones materiales de existencia no parecen hallarse implicadas en la realización del valor libertad.

A lo largo de su obra DWORKIN habla en varias ocasiones de unos derechos «específicos, institucionales y básicos», pero insiste en que no es su propósito presentar un catálogo exhaustivo de derechos que excluya otros posibles. Y la pregunta es la

(95) *Los derechos en serio*, citado, p. 303.

(96) Véase el ya citado trabajo de DWORKIN: *Political Judges and the Rule of Law*.

(97) He tratado las implicaciones jurídicas de esta concepción en mi trabajo «El sistema de protección de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos* núm. 2, 1983, pp. 367 y ss.

siguiente: ¿mediante la categoría de los derechos humanos puede articularse la satisfacción de ciertas necesidades básicas?; o, dicho de otro modo, ¿los llamados derechos sociales constituyen auténticos derechos fundamentales, triunfos frente a la mayoría? De admitir una respuesta afirmativa, ello significaría que ciertas exigencias materiales o culturales deberían quedar sustraídas al cálculo de utilidad y al regateo político; y significaría también, a mi juicio, superar o, tal vez mejor, llevar hasta sus últimas consecuencias la ideología liberal de los derechos humanos (98).

DWORKIN plantea de modo directo el problema de los derechos sociales en su réplica a las observaciones de RAZ (99). Como sabemos, no existe antagonismo profundo en el plano de la teoría política entre los derechos básicos y el bienestar colectivo, sino que se trata de proyecciones distintas del ideal fundamental de una comunidad que sea una comunidad de iguales. El derecho a ser tratado con igual consideración y respeto es un principio que legitima tanto la autoridad general de los fines colectivos como los límites que a éstos se imponen desde los derechos particulares.

A partir de aquí tal vez pudiera esperarse una nueva formulación del catálogo de derechos fundamentales donde fuese posible acoger determinadas pretensiones sociales (100). Sin embargo, la perspectiva que adopta el autor hace muy difícil tal conclusión: en una sociedad guiada por principios utilitaristas, las pretensiones sociales no funcionan como derechos «frente» a la mayoría, sino al contrario, como confirmaciones de la justificación colectiva. Es más, si suponemos una comunidad orientada por otros principios, como la gloria nacional o el poder militar, aquellas pretensiones tampoco se enderezan al reconocimiento de derechos, sino a la transformación de la propia justificación colectiva, más concretamente, a la sustitución del principio de la gloria nacional por el de la utilidad. Por consiguiente, los derechos sociales no pueden nunca concebirse como «triumfos», esto es, como auténticos derechos básicos; su contenido se mueve en el terreno de los objetivos colectivos, donde cabe el regateo político y el cálculo de intereses. Si determinadas exigencias materiales son satisfechas, hemos de atribuirselo al principio de utilidad; si no lo son, deberá lucharse por instaurar el principio de utilidad. En ningún caso puede hablarse de auténticos derechos fundamentales.

En síntesis, pienso que la concepción de DWORKIN sobre los derechos humanos resulta satisfactoria, pero tal vez insuficiente. Satisfactoria porque ofrece una muy sólida base teórica para que el sistema de libertades se imponga como decisión constitucional básica frente a cualquiera de los poderes constituidos, porque convierte los derechos en criterios fundamentales de legitimidad de todo el sistema. E insuficiente porque limita el contenido de los derechos al ámbito jurídico político, relegando a un segundo plano la satisfacción de necesidades. Al igual que RAWLS (101) DWORKIN no se muestra insensible ante las exigencias igualitarias, pero estima que las condiciones

(98) Al estudio de estos problemas he dedicado mi trabajo «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», de próxima publicación.

(99) *Los derechos en serio*, citado, pp. 491 y ss.

(100) PÉREZ-LUNO afirma que en estas páginas DWORKIN «sugiere» la posibilidad de reconocer derechos sociales como derechos básicos y no como simples aspectos o porciones del bienestar colectivo, *Derechos Humanos...*, citado, p. 161, nota 129.

(101) En RAWLS el tema debe estudiarse a partir de la distinción entre «libertad» y «valor de la libertad». Véase DANIELS: «Equal Liberty and Unequal worth Liberty», en *Reading Rawls: Critical Studies of a Theory of Justice*, N. DANIELS, ed., Basil Blackwell, Oxford, 1975, reimpresión 1983, pp. 253 y ss.

materiales de existencia no se hallan implicadas en la realización de los derechos humanos.

#### 7. CONSIDERACIONES FINALES

No creo que tenga mucho interés indagar las causas que han motivado el enorme éxito de la obra de DWORKIN. La fortuna de *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* es un hecho y está fuera de dudas. Es cierto que su idea del positivismo resulta bastante pobre y que no profundiza en las aportaciones de la cultura jurídica continental; es cierto incluso que, bajo un aspecto innovador y polémico, se esconden a veces planteamientos e ideas de discutible originalidad; es cierto, en fin, que no encontramos respuesta a alguna de las interrogantes que el propio autor formula. Pero tal vez DWORKIN haya escrito lo que el mundo jurídico angloamericano tenía necesidad de leer; quizá tantos años de realismo y de positivismo reclamaban, como en una especie de movimiento pendular, aires de renovación, de revitalización del Derecho y de los derechos individuales como instrumentos de justicia y defensa inexpugnables frente al insaciable expansionismo de la política.

DWORKIN ha transformado en virtudes algunos defectos característicos del trabajo jurídico, que los positivistas ya conocían, pero que procuraban superar u ocultar pudorosamente. Si, por ejemplo, leemos las páginas que PATTARO dedica a la ciencia del Derecho (102) observaremos que resulta sobradamente conocido el carácter ideológico y prescriptivo de la labor del jurista. También para DWORKIN la teoría del Derecho presenta una dimensión prescriptiva. La diferencia estriba en que, así como el positivista procura ofrecer un modelo de ciencia depurada que elimine esos elementos ideológicos, nuestro autor asume sin mayores dificultades la situación y se arriesga a elaborar sin complejos una teoría prescriptiva del Derecho. Aunque desde posiciones diferentes, no faltan en nuestra Dogmática ensayos semejantes (103). Y algo parecido creo que podría decirse de otros aspectos ya estudiados, como el de las relaciones entre Derecho y moral.

Por otra parte, es verdad que alguna de las ideas fundamentales de DWORKIN encontrarían cabida en una concepción positivista, pero no es menos cierto que, de no ser por «Los derechos en serio», la teoría jurídica hoy dominante quizá no se hubiese ocupado de ciertos aspectos importantes del funcionamiento de un sistema de Derecho. Así, dado que los jueces desempeñan una función creativa, el positivismo ha adoptado en ocasiones una posición acomodaticia: en lugar de investigar hasta el final las exigencias del complejo orden jurídico, era sin duda más fácil endosar al juez la responsabilidad de dar respuesta a los casos difíciles. Quiero decir con ello que seguramente DWORKIN se equivoca al describir la tarea de los jueces, pero que obras como las de DWORKIN nos hacen recordar que los jueces no tienen tanto poder como a veces se ha supuesto. Puede no compartirse la teoría de la adjudicación antes comentada, pero *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* nos debe hacer olvidar las soluciones fáciles.

(102) PATTARO, E.: *Filosofía del Derecho...*, citado, pp. 253 y ss.

(103) Así, S. MIR PUIG escribe: «Basar el método jurídico-penal en una concepción políticamente comprometida constituye una exigencia del actual momento cultural», *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 279 y ss.

Creo, en suma, que «Los derechos en serio» constituye una lectura recomendable para todo jurista preocupado por el significado del Derecho, así como por las implicaciones de su propia tarea. Ello, desde luego, no impide la crítica de hecho; me parece que DWORKIN ha suscitado más polémicas que adhesiones. Pero seguramente esto es lo que ha sucedido siempre con los ensayos renovadores del pensamiento jurídico.

