

Ronald Dworkin

LOS DERECHOS
EN SERIO

Ariel

Ariel Derecho

30

32

ENSAYO SOBRE DWORKIN

Diseño de la cubierta: Nacho Soriano

Título original:
Taking Rights Seriously
Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres

Traducción de
MARTA GUASTAVINO

- 1.ª edición: septiembre 1984
- 1.ª reimpresión: diciembre 1989
- 2.ª reimpresión: septiembre 1995
- 3.ª reimpresión: septiembre 1997
- 4.ª reimpresión: marzo 1999
- 5.ª reimpresión: abril 2002

© 1977: Ronald Dworkin

Derechos exclusivos de edición en español
reservados para todo el mundo
y propiedad de la traducción:
© 1984 y 2002: Editorial Ariel, S. A.
Provença, 260 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1508-9

Depósito legal: B. 2.932 - 2002

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño
de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida
en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico,
químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia,
sin permiso previo del editor.

Ronald Dworkin es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el *anti-Bentham* en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate en zancos— propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Las tesis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un lector imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos le hayan dedicado tanta atención y, sin embargo —si se atiende al contenido de sus críticas— sostengan que no merece la pena tomárselo en serio. Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Por otra parte pretende fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

En Europa continental la obra de Dworkin no es muy conocida. Recientemente se ha traducido al italiano este mismo libro y algunos autores le han dedicado atención. Una de

las razones por las cuales las tesis de Dworkin no han merecido atención aquí se debe a que el autor americano ha prescindido de los desarrollos de la filosofía jurídica europea continental. Genaro Carrió —uno de sus críticos, más relevantes de habla castellana— se sorprende de que en la obra de Dworkin (que constituye un importante ataque al positivismo) no merezcan atención los autores más representativos de las doctrinas positivistas de nuestros tiempos como Bobbio o Ross.³ Posiblemente esta falta de atención hacia las escuelas europeas haya reducido el ámbito de influencia de las teorías de Dworkin. Muchos autores —que lo citan— se limitan a etiquetarle de «apologeta del sistema americano» o de «neousnaturalista»³ para evitar un enfrentamiento directo con la *incomodidad* que producen sus tesis. Y, ciertamente, es un autor incómodo porque pone en cuestión los presupuestos del positivismo jurídico, de la filosofía política utilitarista y, además, rescata la filosofía liberal del conservadurismo.

LAS TESIS SOBRE EL POSITIVISMO

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas.⁴ Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una *doctrina peligrosa*. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque. La crítica del presupuesto de la distinción rígida entre el derecho y la moral es el objetivo fundamental de su «ataque al positivismo». Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico.

Normas, directrices y principios

El «ataque al positivismo» se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *todo* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave —como la regla de reconocimiento— permite identificar las normas mediante un test que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.^{*} Dworkin considera que el test de pedigree es un test adecuado si se afirma —con el positivismo— que el derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.

El criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio —su peso específico— es el que determina cuando se debe aplicar en una situación determinada.

Los principios —además— informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Para dar fuerza a su argumento Dworkin da una serie de ejemplos de pro-

* Las doctrinas positivistas más desarrolladas han utilizado como criterio de identificación del sistema jurídico una norma clave. Tal es el caso de la norma fundamental de Keisen o la regla de reconocimiento de Hart. La regla de reconocimiento de Hart consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella.

blemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana y demuestra el papel que de hecho juegan los principios.⁵

Los positivistas — ante la crítica de Dworkin — han reaccionado de modos muy diversos. Algunos, como Carrío,⁶ han sostenido que el ataque de Dworkin al positivismo es más aparente que real y que se mueve todavía en el ámbito del positivismo. Otros han señalado que una modificación de la regla de reconocimiento sería suficiente para invalidar la crítica. Mientras que desde otras perspectivas se ha afirmado que Dworkin representa un nuevo renacimiento del iusnaturalismo.

La regla de reconocimiento

La distinción entre normas y principios es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del derecho. Genaro Carrío sostiene que esta crítica no da en el blanco porque la regla de reconocimiento no sólo permite identificar normas sino también principios. Carrío pone el siguiente ejemplo: «Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella comunidad los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas ... las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al modo de origen o pedigree de la norma porque tendría en cuenta el contenido».⁷

Otros autores — más cercanos a Dworkin —, como Sartorius en *Individual Conduct and Social Norms*, mantienen la tesis de que «es posible encontrar un criterio complejo por medio del cual se puede determinar que ciertos principios y directrices forman parte del derecho de la misma forma que las normas y los precedentes judiciales».⁸ Este objetivo se puede conseguir ampliando un poco el contenido de la regla de reconocimiento.

Estos autores tratan de integrar la distinción entre normas y principios en la tradición positivista mediante una modificación de la regla de reconocimiento.

Una postura distinta mantiene Raz. Este autor — disculpado de Hart — ha puesto de manifiesto las debilidades de la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico. Pero, de la insuficiencia de la regla de reconocimiento no se puede inferir — como hace Dworkin — la

imposibilidad de encontrar un criterio que permita identificar el derecho.⁹

El neiusnaturalismo de Dworkin

La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrío o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que «la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo — la separación entre el derecho y la moral — es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Para Dworkin una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere «la verdad del iusnaturalismo».¹⁰

Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una *caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la justicia del derecho. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo — que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía — entre el iusnaturalismo y el positivismo — fundamentada en el *modelo reconstitutivo* de Rawls.¹¹ Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea recons-

(*) P. 57 y ss. El imperio de la justicia, — y Nota (17) p. 295

LA FUNCIÓN JUDICIAL

Según Dworkin el modelo positivista hartiano es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada (el caso de Hart en su obra *The Concept of Law*) se mantiene la tesis de la discreción judicial. En caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta.

Respuesta correcta / tesis de la discreción judicial
 Los casos difíciles

El análisis de los casos difíciles y la incerteza del derecho que supone es la estrategia elegida por el autor americano para criticar el modelo de la función judicial positivista. Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentencias distintas —porque las normas son contradictorias—, sea porque no existe norma exactamente aplicable.

Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en ciertos mínimos evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Solo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial.

El autor americano reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia y muestra que su teoría justifica y explica mejor los casos difíciles que la teoría de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez. Y no es una buena solución porque el juez no está legitimado ni para dictar nor-

LOS DERECHOS EN SERIO

tructivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico. Por eso se puede afirmar con Neil McCormick ¹² que el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se habían separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivistas.

Pero la relevancia de su tesis no se encuentra en este nivel de restauración de la relación entre el derecho y la moral. Con su poderoso aparato analítico rechaza el iusnaturalismo prebenthamiano y pone en cuestión muchas de las tesis que han sostenido los positivistas. Dworkin ha descrito el sistema y el funcionamiento Constitucional de Estados Unidos (su teoría no es conceptual sino descriptiva como observa Soper ¹³) y ha puesto de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos. Con esta descripción ha pretendido demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el derecho. Sobre este punto Carrió ha señalado que «la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos es correcta pero no puede ser invocada como contraejemplo del positivismo... La Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica y los jueces americanos aplican estos *standards* como criterios últimos de validez. A causa de esta circunstancia, la conexión existente en aquel país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una conexión necesaria o conceptual sino fáctica» ¹⁴

En resumen, la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analizar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza.

Pero eso no lo hace en nombre del irracionalismo o de un nuevo iusnaturalismo ontológico prebenthamiano. La tercera vía —frente al iusnaturalismo y el positivismo— que pretende abrir el autor americano tiene su propio aparato analítico: el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento —y a la crítica— del derecho.

Señalar el tema Dworkin teoría de la moral

más ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia — y su sistema de legitimación — en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría.

Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonicarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El *reconstructionismo* conduce a la búsqueda incessante de criterios objetivos.

Dworkin propone un modelo de juez omnisciente — el célebre *Hércules* — que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente. Pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente.

Pero aquí se encuentran nuevas dificultades. ¿Cómo se va a saber si la teoría A es mejor que la teoría B? ¿Acaso no se necesitaría un criterio de evaluación de teorías que permitiera decidir entre ellas? ¿No se tendrá la tentación de absolver la propia teoría y considerarla como la «mejor»? Sobre este punto Dworkin no ofrece respuesta.

Por otra parte, como ha señalado MacCormick, el modelo constructivo del razonamiento se transforma en el modelo natural.¹⁵ Este Hércules (acaso no ejerce un papel semejante a Dios o a la Razon en la reflexión iusnaturalista? Es posible que la tesis de la respuesta correcta exija un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y al absolver un criterio la tesis de la respuesta correcta no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa absoluta. Por eso muchos autores han considerado la filosofía jurídica de Dworkin como una inteligente restauración del viejo iusnaturalismo.

El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los

casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas. En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.¹⁶

Pero el rechazo de la discrecionalidad del juez tiene también motivos políticos. Si se admite la discreción judicial entonces los derechos de los individuos están a merced de los jueces. La tesis de la discrecionalidad supone retroactividad. Los derechos individuales solo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría. Dejar a la discrecionalidad del juez la cuestión de los derechos significa no tomarse en serio los derechos. Frente al poder político del juez — poder creador de derecho discrecional — Dworkin propugna la función garantizadora — no creadora — del juez.

La crítica al positivismo y al realismo tiene el mérito de haber abierto una vía de análisis y crítica, pero corre el riesgo propio de todo aquel que se enfrenta a doctrinas bien establecidas. La distinción lógica entre normas y principios, el modelo de reconstrucción (heredado de Rawls), la fusión entre moral y derecho (heredada de Fuller) y la tesis de la respuesta correcta son las principales herramientas de crítica al positivismo.

La incerteza y la función de la teoría

Una de las claves del éxito de la obra del autor americano se encuentra en su preocupación por el tema de la certeza del derecho. Su teoría tiene la originalidad de enfocar el análisis del derecho desde la perspectiva de los casos difíciles y de las incertezas que producen. Los casos difíciles plantean problemas que la teoría debe resolver. Este planteamiento le proporciona una dimensión práctica y funcional muy importante. La teoría sirve — efectivamente — para la reducción de la incertidumbre.

El expediente positivista ante el caso difícil es abandonar el problema a la irracionalidad y al sentimiento subjetivo del juez. Dworkin mantiene la tesis de la «búsqueda de la racio-

no dice
Dworkin
sabe que
una sola
mejor que
Dworkin

reconstruccionismo

reconstruccionismo

FULLER
DWORKIN
DWORKIN

nalidad». Por muy criticable que sea la tesis de la respuesta correcta, y por mucho que consideremos que la incerteza es «particularmente difícil de destruir en cualquier teoría jurídica»¹⁷ se debe reconocer el mérito a autores como Dworkin o Sartorius de haber buscado la reducción de la irracionalidad. Estos autores han puesto de manifiesto el alto precio que se paga si se concede al juez la discrecionalidad. Los positivistas pagan ese precio sin darse cuenta de que están aceptando leyes retroactivas.¹⁸

Profundamente relacionado con el problema de la certeza se encuentra la idea de Dworkin acerca de la función de la teoría. Según el autor americano la teoría del derecho tiene la función de reducir la incerteza del derecho. La mejor teoría de Hércules no sólo tiene funciones descriptivas sino que sirve para solucionar casos difíciles. Dworkin considera que toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro aspecto prescriptivo. La teoría no sólo sirve para conocer el derecho vigente sino que también es un auxiliar indispensable para el juez. Dworkin destruye el supuesto metodológico positivista de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción. En un caso difícil la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional. La teoría es el fundamento de la validez de la tesis de la respuesta correcta. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar los casos difíciles. El juez al utilizar la teoría como criterio para la resolución de los conflictos sociales aplica el derecho. La teoría no sólo describe sino que forma parte del derecho.

Es posible que los juristas educados en la tradición positivista se rasguen las vestiduras ante tamaño blasfemia, pero, es posible demostrar que las teorías jurídicas se utilizan para resolver casos difíciles?

LA TESIS DE LOS DERECHOS

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales —y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto— son *triumfos* frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.

La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuen-

tran fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. Bentham —desde su específica perspectiva utilitarista— afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opondrá al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente¹⁹ ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

Ahora bien, ¿cómo entiende los derechos? Los positivistas consideran que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Frente al positivismo Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso.

La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno.

Un ejemplo servirá para explicar la concepción de los derechos como triunfos frente a la mayoría. Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas aso-

ciadas—que es de raza negra—no puede ^{si}ugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?

Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.

El esquema que utiliza Dworkin para explicar la tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales. Se podría sintetizar del siguiente modo: A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez—al fundamentar su decisión en un principio preexistente—no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.

Este esquema ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, para que el esquema funcione es preciso especificar cuáles son los principios aplicables y ésa no es una tarea fácil, pues como ya afirmó Dickenson «los más amplios y fundamentales principios del derecho casi nunca se pueden aplicar directamente como criterios de decisión en las controversias. Por una parte, el principio es demasiado general—por ejemplo, el respeto al derecho de propiedad... y puede ser sostenido por las dos partes en el conflicto... Por otra parte si el principio es más restringido, quizá puede expresar y defender el interés de una parte y entonces puede colisionar con otro principio igualmente válido que defiende el interés de la otra parte».²⁰

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que—como afirma Hart—«la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta».²¹

En tercer lugar, la mayoría de las constituciones de los países desarrollados—como, por ejemplo, Alemania, Francia, Italia—son sociedades pluralistas. Sus constituciones son fruto de compromisos entre ideologías políticas distintas y por tanto un conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón de su pluralismo.

Estas objeciones son serias. Dworkin reconoce que los conflictos entre principios se pueden producir. Pero Dworkin sostiene que cuando existe un conflicto no puede dejarse el tema en manos de la discreción del juez. Este debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción. La tarea del juez será la justificación racional del principio elegido. Sartorius—en la línea de Dworkin—sugiere un criterio no sustantivo sino meramente formal. La decisión correcta será aquella que satisfaga el máximo de adhesión.²² Y esa adhesión la tendrá la teoría del juez omnisciente Hércules.

Dejar las cosas como las deja Hart—dando libertad discrecional al juez—significa no apurar el campo de las decisiones racionales. Dworkin—a pesar de las dificultades—mantiene que la mejor teoría del derecho será capaz de reducir la incerteza y la inseguridad mediante la justificación de criterios objetivos.

La tesis de los derechos ha recibido numerosas críticas. Por ejemplo MacCormick ha señalado que la resolución de un conflicto entre principios no supone la creación de un nuevo derecho ni la aplicación de una norma retroactiva. Simplemente se trata de la *elección entre derechos*.²³ Sería imposible aquí citar las críticas que ha suscitado la tesis de los derechos. Es indudable que Dworkin plantea temas de fundamental importancia para todo aquel que esté interesado en el estudio de los derechos. No hay que olvidar que los temas que trata Dworkin están basados en conflictos que se han presentado ante la Corte Constitucional y que sus análisis pueden ser de gran utilidad a la hora de analizar las decisiones del Tribunal Constitucional.²⁴ En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas—por lo menos algunos de entre ellos—han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del juez. Posiblemente las tesis de Dworkin pueden contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le

en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

El modelo de Dworkin evita varios problemas importantes: el primero, que el juez no se constituya en legislador, lo cual significa que el poder judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos.

En segundo lugar: la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho. El poder judicial es «nulo» —como afirmaba Montesquieu— porque su función es garantizar derechos.

En tercer lugar: el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político. La función del juez es garantizar los derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. La función judicial es distinta a la legislativa o a la ejecutiva.

En cuarto lugar: en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos.

Sin lugar a dudas todas estas teorías de la función judicial pueden ser criticadas. Pero quizá la teoría de Dworkin de la función judicial deba tomarse en serio porque no incurre en las exageraciones de las teorías silogísticas y realistas (que negaban los casos difíciles). Tampoco incurre en las contradicciones de la teoría de la discreción judicial (pues de un modo u otro conceder poder político al juez supone traicionar el sistema de legitimación del estado democrático y también supone la aceptación de leyes retroactivas).

La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y, en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu para quien el poder judicial era nulo. Por otra parte el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del estado democrático ni la creación de normas retroactivas. Por último el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener «en bruto» la teoría de la

exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada.

MODELOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial que contrasta con los modelos tradicionales. En la historia del pensamiento jurídico se encuentran varias concepciones. Entre ellas las más importantes son las siguientes:

A) El modelo *silogístico* defendido por el formalismo jurídico. Según esa concepción, la tarea del juez es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable entonces el juez debe rechazar la demanda. En el derecho no existen casos difíciles porque todo lo que no está prohibido está permitido. El derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley.

B) El modelo *realista* defendido por muchas corrientes antinormalistas. Según ese modelo las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. Por eso Llewellyn afirmaba que las normas no son más que juguetes vistosos. En ese modelo carece de sentido plantear el tema de los casos difíciles porque no se dan en la realidad. El juez siempre soluciona los casos que se le plantean. El juez tiene por tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento del juez de la ley. Concede al poder judicial un auténtico poder político que no es congruente con el sistema de legitimación del estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes.

C) El modelo positivista de la *discreción judicial*. Este modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. En páginas anteriores se ha analizado este modelo defendido por autores como Hart o Bobbio. En los casos difíciles el juez tiene discrecionalidad en el sentido fuerte del término. Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas.

D) El modelo de Dworkin de la *respuesta correcta*. Según ese modelo el juez siempre encuentra respuesta correcta

discreción judicial supone reconocer — en ^{la} última instancia — que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes sino incluso la Constitución. Para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de Dworkin de la función judicial será atractivo.

EL NUEVO LIBERALISMO

Una de las claves del éxito de la obra de Dworkin se encuentra en su pretensión de fundamentar el liberalismo progresista. Pretende construir y justificar una teoría política liberal superadora del liberalismo «conservador». La crítica al positivismo jurídico — que es la manifestación por excelencia de la teoría jurídica liberal tradicional — y la crítica al utilitarismo — que hasta hoy ha sido una de las manifestaciones de la filosofía política liberal — ocupa un lugar muy importante como prolegómeno del «nuevo liberalismo progresista».

Dworkin pretende rescatar el liberalismo de las garras del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Su «ataque al positivismo» queda reforzado por su «ataque a la filosofía utilitarista». La tesis de los derechos es uno de los instrumentos más eficientes que usa para demostrar la debilidad de los argumentos utilitaristas cuando se plantea el tema de los derechos individuales.

Dworkin restaura el liberalismo individualista *radical*. Fundamentado en un poderoso aparato analítico — heredado de Rawls —, el nuevo liberalismo es progresista por sus opiniones favorables a la desobediencia civil o a la discriminación inversa.

Dworkin se preocupa de mantener las distancias con la filosofía utilitarista liberal. Su liberalismo no es utilitarista sino igualitario. Dworkin afirma que «es popular la opinión de que una forma de utilitarismo, que considera que el desarrollo es un valor en sí, es constituyente del liberalismo... pero esta opinión es errónea. El desarrollo económico fue un elemento derivado del liberalismo del *New Deal*. Parecía que desempeñaba un papel útil para lograr la compleja distribución igualitaria de los recursos que exige el liberalismo. Si ahora parece que el desarrollismo económico perjudica más de lo que ayuda a la concepción liberal de la igualdad, entonces el liberal es libre de rechazar o cortar el crecimiento

como estrategia».²¹ La oportunidad de la obra de Dworkin — en un momento en que el liberalismo había dejado de ser tutor eficaz del equilibrio entre los derechos individuales y el bienestar social — explica la trascendencia de esta obra.²² Como buen liberal Dworkin considera que uno de los objetivos principales del sistema jurídico es controlar y limitar la acción del gobierno. Pero, la defensa de los derechos individuales — y muy especialmente la defensa del derecho a la igual consideración y respeto — no le lleva a posiciones conservadoras sino progresistas.

A veces, esa filosofía individualista coherentemente aplicada debería conducirse a posiciones conservadoras como en los casos estudiados de *Affirmative Action* y discriminación inversa. Como ha señalado Sandel, «Dworkin defiende la *Affirmative Action*... su argumento básico es un argumento de utilidad social... La *Affirmative Action* está justificada porque es un medio efectivo para atacar un problema nacional... Pero Dworkin, como Rawls, cree que ningún objetivo social se puede justificar — incluso si sirve al bienestar general — si viola derechos individuales».²³ Los «saltos» en los cuales incurrió Dworkin han dado lugar a críticas contradictorias. Por una parte Raz ha sostenido que su teoría es «conservadora» mientras que Mackie la ha considerado radical. El propio Dworkin afirma refiriéndose a Raz que su acusación de conservador «me encanta porque representa un antídoto a la opinión generalizada de que mi teoría jurídica es radical».

A pesar de las posibles incoherencias que existen en el planteamiento y el desarrollo de la teoría liberal de Dworkin, es preciso reconocer su esfuerzo realizado con el objetivo de rescatar el núcleo de la moral liberal de los excesos utilitaristas y consecuencialistas. La rehabilitación del derecho a la igual consideración y respeto — como el primer y auténtico derecho individual de la moral liberal — le permite un nuevo diseño de la filosofía liberal que se aleja del liberalismo tradicional conservador. Dworkin (en su trabajo *Liberalismo*) considera que los principios del liberalismo utilitarista están en crisis y que hay que abandonar la estrategia utilitarista. Pero eso no significa que el liberalismo esté definitivamente muerto. Para Dworkin la fundamentación del liberalismo igualitario es necesaria para la rehabilitación del liberalismo progresista.

El radicalismo igualitarista de Dworkin le conduce a tesis exageradas que han sido objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, sostiene que «no existe un derecho a la libertad».

Y no existe tal derecho a la libertad —en el sentido fuerte del derecho— porque el estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar general. Si los derechos se definen como triunfos frente a los intereses generales, entonces el derecho a la libertad no es un auténtico derecho que compita con el derecho a la igualdad. Evidentemente esta tesis ha provocado numerosas críticas de los liberales conservadores que han privilegiado el derecho de la libertad sobre el derecho a la igualdad. Precisamente Dworkin sostiene —frente a la teoría dominante— que esos derechos no están en tensión porque el verdadero liberal respeta el principio de igualdad como el primer y superior derecho y como el auténtico derecho. Neil McCormick, por ejemplo, criticando a Dworkin señala que «en ciertas materias la gente tiene derecho a la libertad y que en otras ciertas materias tiene derecho a la igualdad».²⁸ Husak en «Ronald Dworkin and the Right of Liberty»²⁹ pretende demostrar que el derecho a la libertad existe y que las razones dadas por Dworkin para su rechazo son insatisfactorias. Y son insatisfactorias porque «cualquier argumento que se use contra el derecho a la libertad puede usarse también contra el derecho a la igualdad». Y pone el ejemplo de los impuestos progresivos que violan el derecho a la igualdad pero que se justifican por los beneficios sociales que suponen. Para Husak las «consideraciones utilitaristas pueden justificar la negación de los derechos en algunos casos y en otros no». Husak no sólo se limita a mostrar esta «tesis de la variedad» sino que además señala que el propio Dworkin la acepta implícitamente y, si es así, entonces Dworkin tampoco se toma tan en serio los derechos como aparenta (p. 127). «Si los derechos deben tomarse seriamente no debemos permitir que la simpatía por el liberalismo nos lleve a creer que el derecho a la libertad no existe» (p. 130).

El radicalismo igualitario de Dworkin es coherente con su tesis de los derechos y el carácter axiomático del derecho a la igualdad. Sin embargo, Dworkin no sólo ha intervenido en debates técnico-jurídicos sino que ha intervenido en los debates políticos desde la palestra liberal *New York Review of Books*. Una aplicación coherente del principio de igualdad entendida como derecho individual a la igualdad debería rechazar cualquier «política de igualdad» llevada a cabo por el gobierno que favorece la igualdad pero que viola el derecho a la igual consideración y respeto individual. Pero ése no es el camino seguido por Dworkin, porque forzando los

argumentos justifica con razones utilitaristas las políticas de igualdad que violan el derecho a la igualdad. Las simpatías por el liberalismo progresista pesan más que su declaración primigenia de considerar el derecho como un mecanismo que sirve para proteger al individuo frente al poder del gobierno y de las mayorías. En el propio Dworkin a veces las consideraciones utilitaristas sirven para negar los derechos individuales y a veces no. Ésa es una buena prueba de que también Dworkin acepta implícitamente la tesis de la variedad. Aunque es evidente que en este caso la incoherencia del pensamiento de Dworkin es manifiesta puesto que ningún derecho puede ser violado (si es un derecho en el sentido fuerte) por consideraciones utilitaristas según su propia definición de los derechos como triunfos frente a las mayorías y a los objetivos sociales. La tesis de la variedad y la definición de derechos dada por Dworkin son incompatibles, y —sin embargo— el autor americano las mantiene las dos a la vez. La inconsistencia del argumento en este punto es clara.

Conclusiones

Los trabajos de Dworkin reunidos en este libro constituyen un elemento imprescindible para la reflexión filosófica, política y jurídica actual. El lector encontrará importantes argumentos para la superación del positivismo jurídico metodológico que domina en nuestras latitudes. Encontrará una teoría de los casos difíciles y de la incerteza del derecho que va a poner en cuestión las tesis tradicionales de la función judicial. Es indudable que la novedad de las tesis dworkinianas y su radicalismo pueden producir ciertas sorpresas, pero no hay que olvidar que si esta obra ha producido tan importante literatura es porque la merecía.

En segundo lugar: en estos trabajos se muestran las necesarias conexiones existentes entre el derecho, la moral y la política. Las escuelas analíticas se han esmerado en mostrar las diferencias y las autonomías absolutas entre ellas. Dworkin pretende construir los puentes que las escuelas analíticas han destruido.

En tercer lugar: Dworkin construye una teoría de los derechos basada en el derecho a la igualdad que difiere de las teorías puramente positivistas y lleva la discusión a la «construcción» del argumento moral y de los derechos morales.

Las líneas de demarcación entre derecho morales y jurídicos quedan difuminadas.

En cuarto lugar: Dworkin rehabilita el liberalismo radical igualitario como una filosofía política determinada y coherente, distinta en la estrategia del liberalismo tradicional pero con un núcleo moral y político justificador del nuevo liberalismo progresista.

En quinto lugar: creo que para los juristas continentales puede ser de gran utilidad el contacto con la filosofía jurídica norteamericana. La teoría y la filosofía jurídica europea se ha caracterizado por su academicismo y por su método de la abstracción generalizante. El formalismo se ha considerado como uno de los bastiones frente a las teorías y filosofías irracionales y aliberales. Dworkin, siguiendo una antigua tradición americana, parte de problemas muy concretos y no acepta el postulado formalista de la separación absoluta entre el aspecto descriptivo de una teoría y su aspecto normativo. La teoría jurídica de Dworkin no sólo tiene funciones cognoscitivas sino también funciones prácticas de adecuación del derecho al cambio social. La utilización de las capacidades humanas para resolver problemas justifica la existencia de la teoría jurídica. El enfoque de problemas concretos y el análisis de sus consecuencias son necesarios en un ámbito cultural como el nuestro en el que el saber jurídico más desarrollado —la dogmática— se ha refugiado en un esplendoroso aislamiento para evitar la debilidad de sus planteamientos.

Por último: el aparato analítico utilizado por Dworkin permite plantear y resolver problemas de forma novedosa. Pero, como cualquier método, tiene sus limitaciones de las cuales el propio Dworkin es muy consciente. Con el aparato analítico de Dworkin sólo se puede observar un sector de la realidad jurídica. Quien crea que con ese aparato analítico se puede resolver cualquier problema confunde un método con una concepción del mundo.

Todas éstas son razones que avalan la publicación de esta importante obra aquí en España; precisamente en un momento de especial efervescencia —política, social y jurídica— puede ser de especial utilidad la lectura de una obra en la cual los temas candentes de la política jurídica están presentes, con toda la radicalidad —y en algunos casos incoherencia— que suponen.

El propio Dworkin —en una carta de 28 de diciembre de 1983 que se publicará en la revista *Doxa* de la Universi-

dad de Aliente— resumió con especial clarividencia y en muy pocas palabras su posición filosófica jurídica: «De modo general puedo decir que me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía. Creo que nuestra materia ha sufrido aislamiento, en el sentido que los conceptos legales pueden ser explorados por sí mismos de un modo útil, lo cual da como resultado un trabajo analítico estéril. He intentado poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar por ejemplo el concepto de justicia. Por tanto cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado, y también a estudiar la filosofía política cuando mi mayor preocupación ha sido la idea de igualdad. He intentado desarrollar una teoría de la competencia judicial que una esos campos con el estudio del proceso legal.»

Sin lugar a dudas para los juristas formados en el marco positivista, para los filósofos formados en el ámbito del utilitarismo, para los liberales y los marxistas, Dworkin es un autor *incómodo* porque pone en cuestión los presupuestos fundamentales comúnmente aceptados. Por eso las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro ámbito cultural.

Llovet, Juny 1984

A. CALSAMIGLIA

NOTAS

1. Véase sobre este punto D. H. Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Policies", en *Michigan Law Review*, vol. 76, pp. 1213 y ss. (1978). Véase también el crítico de Dworkin de la escuela hartiana J. Raz, "Prof. Dworkin's Theory of Rights", *Political Studies* 1976, 123.
2. Véase Genaro Carró, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 145.
3. Véase, por ejemplo, G. Rebuffa, "Costituzionalismo e Giuridicismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, n.º 1, 1980, p. 219.