

La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin

críticas y aportaciones

Jorge Olvera
García
Coordinador

Universidad de Vigo



UAEM | Universidad Autónoma
del Estado de México



La filosofía del Derecho de
Ronald Dworkin
críticas y aportaciones



UAEM | Universidad Autónoma
del Estado de México

Dr. en D. Jorge Olvera García
Rector

Dra. en Est. Lat. Ángeles Ma. del Rosario Pérez Bernal
Secretaria de Investigación y Estudios Avanzados

Mtra. en D. Inocenta Peña Ortiz
Directora de la Facultad de Derecho

Mtra. en Hum. Blanca Aurora Mondragón Espinoza
*Directora de Difusión y Promoción de la
Investigación y los Estudios Avanzados*

La filosofía del Derecho de
Ronald Dworkin
críticas y aportaciones



JORGE OLVERA GARCÍA
COORDINADOR

Universida deVigo



La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin. Críticas y aportaciones

Este libro fue positivamente dictaminado conforme a los criterios editoriales de la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados

1a edición, enero 2015

ISBN: 978-607-422-593-8

D.R. © Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto Literario núm. 100 Ote., Centro, C.P.
50000, Toluca, México
<http://www.uaemex.mx>

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

Queda prohibida la reproducción parcial o total del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización por escrito del titular de los derechos en términos de la Ley Federal del Derecho de Autor y en su caso de los tratados internacionales aplicables.

Índice

- 9 Prólogo
- 15 Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin
Carla Huerta Ochoa
- 57 La crítica de Dworkin y los críticos de Dworkin
Víctor Rojas Amandi
- 97 El camino del erizo. Dworkin y la filosofía del derecho
Pablo Raúl Bonorino Ramírez
- 173 El zorro y el erizo: Pluralismo de los valores y Teoría de los principios. Un acercamiento desde Isaiah Berlin y Ronald Dworkin
Jorge Olvera García
- 205 Reseña de autores

Prólogo

La eterna lucha en las reflexiones filosófico-jurídicas: ¿qué es lo que imparte justicia de manera más efectiva: ley pura, desvinculada de la realidad y de las circunstancias —que se relaciona con la objetividad— o el apego al sistema de valores, de política y de moral, es decir, de los criterios que emanan de la sociedad? Ronald Dworkin intentó, partiendo de la filosofía del Derecho, reconciliar los dos polos en sus planteamientos, reflexiones, conceptos e interpretaciones de ciertos casos. Contraponiéndose al positivismo el cual representa Herbert Lionel Adolphus Hart quien rechaza la participación del subjetivismo en las decisiones judiciales —aunque admite la discrecionalidad judicial que se nutre de los criterios extrajurídicos—, Dworkin propone un enfoque íntegro según el cual los principios con el fundamento moral —a pesar de que no estén anclados en un caso previo— contribuyen, conjuntamente con las reglas jurídicas, en el proceso de la decisión de los jueces; defiende, consecuentemente, el ejercicio jurídico de la interpretación y la argumentación con base en los principios del dominio moral estable.

El punto de partida para que Dworkin introdujera la importancia de los principios es un intento de ofrecer herramientas teóricas para resolver los denominados “casos difíciles” (a diferencia de los fáciles), que se caracterizan por no acoplarse a las reglas existentes que unívocamente señalan la decisión correcta; son los casos en los cuales existe ambigüedad e imposibilidad de solución unívoca, requieren decisiones mediante la argumentación y la interpretación empleando los principios integrados al sistema jurídico, ya que éstos, a diferencia de las reglas, tienen dimensión de peso.

Cuatro autores vierten sus opiniones que emanan de investigaciones abarcadoras de la obra del filósofo del Derecho Ronald Dworkin. Los cuatro textos son productos de un estudio crítico y no vacilan en exponer tanto los puntos débiles de la propuesta de Dworkin —falta de precisión, ambigüedad, incoherencia, irrelevancia en la praxis—,



como su gran aporte al pensamiento jurídico. Lo anterior gracias, principalmente, a su crítica del positivismo jurídico, a su consolidación de un enfoque renovador de la integración de los principios dentro del ámbito del Derecho, así como a su contribución en el papel que desempeñan disciplinas como la retórica, semántica, filosofía y ética.

Aunque este libro está dirigido principalmente para quienes el derecho está en la médula de su interés, los lectores del ámbito de filosofía encontrarán múltiples desafíos intelectuales relativos al tema de la subjetividad, la objetividad, la libertad, el individuo, la colectividad, el lenguaje (retórica, semántica), entre otros.

En el capítulo titulado “Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin” Carla Huerta intenta ubicar teóricamente la categoría del principio según el planteamiento de Dworkin. La autora discierne las características y las funciones de los principios comparándolos y contrastándolos con las reglas; Dworkin no ha dejado clara la manera en la que concibe el concepto del principio, a pesar de que éste sea el meollo de su pensamiento jurídico-filosófico. Huerta percibe deficiencia tanto en las definiciones, como en la uniformidad en cuanto a los significados que Dworkin confiere al principio jurídico. La investigadora, empleando un método deductivo tanto de las fuentes de Dworkin, como de otros autores que reflexionaron sobre su obra —los de Hart incluidos— sirven, en los aspectos principales, como contrapunto sobre el cual Dworkin erige su crítica y desarrolla sus propuestas. Huerta realiza un importante acercamiento a los principios según Dworkin, enfatizando la función orientadora (para que el juez se incline hacia una solución) y no determinista de los principios, aparte de su dimensión moral, la cual motiva su incorporación a la interpretación y la argumentación judiciales. Los principios, según Huerta, están estrechamente vinculados con las reglas; de hecho, ambos pertenecen a normas jurídicas; por ello, se complementan en más de una manera: mientras las reglas determinan las decisiones de los jueces, los principios las orientan; las reglas “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente”; los principios “sirven más bien para concretar la aplicación de reglas”; las reglas no admiten excepciones, los principios las admiten; mientras las reglas



están dirigidas a una colectividad, en los principios se hallan elementos individualistas; que las reglas están expresadas en términos específicos, los principios “no indican elementos concretos”; mientras que las reglas implican consecuencias que se siguen automáticamente, los principios “sirven para concretar la aplicación de reglas”; las reglas se aplican de manera definitiva, cuando habría que ponderar los principios. Huerta recalca la naturaleza inconstante del principio en el sentido de que son cambiables, sometidos a discusiones, debates e interpretaciones, así como que carecen de un número fijo, por lo cual se requiere su ponderación en cada caso. Se podría resumir que los principios adquieren su importancia jurídica por la moralidad política dominante en una sociedad o comunidad.

Víctor Rojas Amandi, a su vez, se aproxima a la cosmovisión de Dworkin contrastándola más específicamente con el pensamiento de Hart, aunque anclado en la corriente positivista. Este autor del capítulo “La Crítica de Dworkin y los Críticos de Dworkin” identifica tres puntos principales del desencuentro conceptual y ontológico entre Dworkin y el positivismo. Primero, la *regla de reconocimiento* (una de las reglas secundarias), la cual representa el criterio exaltado del reconocimiento de la validez jurídica de cierta regla o costumbre. Amandi expresa el distanciamiento de Dworkin, quien afirma que, aunque las costumbres sociales que se conforman, modifican y cambian, no cumplen con la condición de procedencia (determinada como tal por la ley, la jurisprudencia o los reglamentos administrativos), pueden y, en ocasiones, deben, ser parte del sistema. El establecimiento del criterio de procedencia, realizado por las autoridades de derecho, señala la arbitrariedad hallada en la regla de la validez. Otra razón para el desencuentro es la aceptación de la figura de la discreción judicial por parte de la corriente positivista y su rechazo por parte de Dworkin; en este sentido, los positivistas justifican el empleo de un procedimiento extrajurídico en los casos difíciles, mientras que, según Dworkin, el ejercicio del derecho debería formar un todo y no admitir criterios externos para las decisiones: en lugar de acudir a éstos, Dworkin propone argumentación con base en principios jurídicos. Además, Dworkin fundamenta su tercera oposición —la crítica de la idea po-



sitivista de que las obligaciones y los derechos sólo se derivan de una regla social— en el hecho de que las obligaciones proceden aunque no existen reglas específicas, debido a que el alcance de éstas no siempre es preciso. Rojas Amandi hace hincapié en la valoración de Dworkin de la interpretación basada en principios, lo cual permite una orientación hacia el futuro y la consideración de las circunstancias sociales cambiantes. En resumen, Rojas Amandi presenta el pensamiento de Dworkin partiendo de sus desencuentros filosóficos con el positivismo y, así mismo, desplegando puntos de oposición que varios pensadores del Derecho, adscritos en vertientes heterogéneas, expusieron en relación con el aporte de Dworkin.

Un enfoque abarcador es el atributo del capítulo “El camino del erizo. Dworkin y la Filosofía del Derecho” de Pablo Raúl Bonorino Ramírez: a los lectores se presentan varios aspectos, tanto biográficos como personales, que influyeron en el desarrollo del pensamiento de Dworkin; dividiendo su producción en el campo de la filosofía jurídica en tres etapas claves, que se caracterizaron por su apego a cierto interés jurídico (aunque el posicionamiento en contra del positivismo fue una constante), el investigador despliega las propuestas de Dworkin, las cuales están acompañadas por exhaustivo estudio bibliográfico y hemerográfico. Lo que Bonorino destaca es su posicionamiento categórico en asuntos jurídico-filosófico-sociales cargados de controversia como los derechos de los homosexuales (en los años sesentas), el aborto, la eutanasia, entre otros. Dworkin creía que “El Estado sólo puede interferir en los derechos fundamentales de los individuos apelando a la defensa de otros derechos individuales (concebidos como derechos de individuos y no de colectivos), o bien a razones de emergencia actual y de gran magnitud”; esta línea de pensamiento, aunada al liberalismo como marco ideológico en el cual se inserta la supremacía del individuo, así como la equidad en la cual insiste en su teoría jurídica, han subrayado posturas jurídicas más específicas de Dworkin; el investigador expone, también, en un crítico acercamiento a la complejidad interpretativa (y filosófica) que Dworkin considera esencial en la concepción íntegra del sistema jurídico, así como las controversias expresadas por otros autores en relación con la cuestión semántica.



Por último, Jorge Olvera García, aporta con “*El zorro y el erizo: Pluralismo de los valores y teoría de los principios. Un acercamiento desde Isaiah Berlin y Ronald Dworkin*” la revaloración de la influencia de Isaiah Berlin en Ronald Dworkin a partir del concepto de pluralismo. Apoyándose precisamente en el texto *El zorro y el erizo* de Berlin, Olvera hace hincapié en diferenciar en dos grandes grupos a los pensadores: los de una sola idea (erizos) frente a los de muchas ideas (zorros) correspondiendo al propio Berlin ésta última, y a Dworkin la de erizo con tintes de zorro. Ante tal distinción, el autor abre la discusión en relación a la pluralidad, ya que para Berlin, afirma Olvera, “los filósofos tratan de dar respuestas universales, absolutas y totalizadoras”. Según el pluralismo no puede haber una solución única; sin embargo Berlin, destaca Olvera refiriéndose a la *Libertad positiva* y la *Libertad negativa*, se inclina más por la negativa, territorio en el cual se da un pluralismo moral. En cuanto a Dworkin, no omite el autor señalar su postura contra el positivismo, y su apuesta por una teoría de Derecho basada en los derechos individuales; de tal modo que las normas morales, *principios*, se distancian de las reglas. Finalmente Olvera expone las diferencias entre el pluralismo y los principios, es decir entre Berlin y Dworkin.

Aunque partamos de la idea *jus est ars boni et aequi*, en la realidad el Derecho ha supuesto posturas y tendencias controvertidas, opuestas y hasta antagónicas. Los dos polos extremos en este sentido son el positivismo por un lado y el iusnaturalismo por el otro. Aunque Dworkin fue el gran crítico del positivismo, no se lo puede considerar un iusnaturalista. Se podría concluir que Roland Dworkin, para consolidar su teoría jurídica, dialoga con ambos extremos, en algunos aspectos por la oposición y en otros por asimilación.

Antes que pertenecer a alguna corriente consolidada, Dworkin basa su credo jurídico-filosófico en la dimensión moral. Considerando la frase *Sine lege autem poena conscientia est* (que, aunque plasma una visión iusnaturalista, resalta el aspecto moral), se puede observar que la dimensión moral —vinculada, metonímicamente, con la consciencia— desempeña un papel crucial e integral en el ejercicio del Derecho. Esto es, en el sentido amplio y abstracto, la síntesis de



uno de los grandes aportes de Dworkin en el Derecho: el peso del principio jurídico.

Así mismo, aunque Dworkin intentaba acercar (¿reconciliar?) la teoría y la praxis del Derecho, una de las críticas vertidas en torno a este intento es que las reflexiones sobre el funcionamiento y la ontología de las propuestas y los conceptos de la Filosofía del Derecho rara y lentamente llegan a los tribunales; no obstante, manteniendo una actitud optimista, hay que reconocer el hecho de que los grandes cambios sistemáticos han tenido sus trasfondos teóricos que temporalmente predecían el surgimiento de ese cambio.

Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin

Carla Huerta Ochoa

Algunas acotaciones

A pesar de la intensidad con la que se ha discutido la obra de Ronald Dworkin en la filosofía del derecho, aún quedan muchos temas por analizar, no solamente porque las propuestas de Dworkin fueron evolucionando a lo largo de un periodo de más de 40 años, sino también porque algunos aspectos, como la noción de “principio” no han sido revisados con suficiente detenimiento.

En 2006 estuvo Dworkin en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ocasión que parecía idónea para resolver la duda sobre la naturaleza de los principios que persistía a pesar de haber leído su trabajo, por lo que decidí aprovechar la oportunidad para plantear la pregunta. Amablemente, y con todo honestidad, respondió que no podía decirme qué eran los principios, es más comentó que después de sus primeros artículos no escribió más sobre el tema. Al dedicarme su libro posteriormente dejó con su firma escrita la razón del presente ensayo, decía: “*Thank you for your testing questions*”. Como me quedé solamente con las preguntas, a continuación se hará un esfuerzo para analizar y comprender el concepto de principio en la tipología que Dworkin propuso.



Cabe señalar que la teoría de la interpretación mencionada en “*The Model of Rules II*” es desarrollada posteriormente en *The Law’s Empire*, donde la idea sobre los principios, y en general su teoría, toman otro rumbo al sostener que la práctica jurídica es argumentativa. A partir de esta obra la relevancia dada a los principios se traslada al concepto de “fundamento jurídico”, en el cual identifica el sustento moral del derecho. En consecuencia, la atención conferida a la distinción entre reglas y principios es relegada por la necesidad de distinguir entre derechos básicos y derechos institucionales. A pesar de que esta obra arroja luz sobre distintos aspectos de las tesis de Dworkin, el análisis de los principios se limitará a su propuesta inicial, pues a mi parecer el sentido del concepto de “principio” y la función que Dworkin le atribuye cambian posteriormente por virtud del principio de integridad.

En consecuencia, en el presente ensayo se analiza el concepto de principio, primordialmente a partir de la obra de Dworkin, partiendo de su artículo denominado “*The Model of Rules*” de 1967, y “*The Model of Rules II*” en la medida en que la respuesta a las objeciones de Raz está relacionada con la naturaleza de los principios.¹ No obstante, se hará mención a otros autores que han hecho contribuciones relevantes a esta problemática, principalmente a Robert Alexy en relación con los conflictos normativos.

Considero pertinente acotar el objetivo del presente artículo, ya que no se pretende tomar postura en el debate entre Hart y Dworkin. Aunque en virtud del método y finalidad de la obra de Dworkin, esto es, realizar una crítica a la teoría del positivismo por considerarla “una teoría conceptual inadecuada” (Dworkin, 2002: 37)² —tomando como referencia específica la de Hart—, se hará mención a la obra de Hart y a algunas de las críticas que Dworkin le hizo en su momento, pero solamente a efecto de dilucidar el tema de los principios, por lo

¹ No es una elección caprichosa, sino que se sustenta en la percepción de que esta parte de su obra es central para su teoría del derecho, así como para su posterior concepción del imperio de la ley como también lo considera Dyzenhaus (cf. 2012: 203).

² Solamente se hace referencia a este periodo aunque es bien sabido que esta crítica difiere de la presentada en 1986.



que además de *The Concept of Law*, se considerará también el *Post scriptum* que hoy en día acompaña a dicha obra a manera de epílogo.

El propósito no es discutir si el derecho prevé principios además de reglas, ni cuestionar la relevancia de la distinción, sino comprender la noción de “principio” que utiliza Dworkin para tratar de desentrañar su naturaleza y su función en la solución de conflictos entre normas. Para ello, además de las explicaciones dadas, se pretende reorganizar la información sobre los principios proporcionada por Dworkin para poder dilucidar el alcance de éstos en los procesos de adjudicación y creación normativa, específicamente en el razonamiento judicial. Este último aspecto es de gran relevancia puesto que la explicación de la teoría de Dworkin sobre los principios se enmarca en una teoría de la decisión judicial. Incluso Hart lo reconoce así, al señalar que Dworkin mostró y explicó la importancia de los principios jurídicos y su función en el razonamiento jurídico (2000: 42).

En el núcleo de la investigación se encuentran por supuesto otros problemas relevantes como es la determinación de las consecuencias de optar entre un modelo de reglas, uno de principios o uno de reglas y principios. Pero esto no puede ser discutido si no se establece primero qué son los principios, cuál es su origen y fuerza en el sistema jurídico. Otra cuestión relativa a la función de los principios es la del ejercicio de la discrecionalidad, tema que solamente se aborda de manera breve respecto del razonamiento judicial y la concreción de los principios en virtud de que para Dworkin aceptar que los principios son derecho implica abandonar la doctrina de la discreción judicial (Dworkin, 2002: 99).

Antes de comenzar, cabe mencionar que como señala Calsamiglia (2002: 7-8), Dworkin propone una teoría basada en los derechos individuales que se elabora en función de su rechazo desde la perspectiva metodológica de las teorías positivistas. De modo que su propósito es construir una teoría general del derecho mediante una argumentación que se lleva a cabo por oposición a las corrientes del positivismo jurídico conceptual y el utilitarismo económico, no tanto por su colectivismo o su racionalismo, como por el hecho de que en su opinión la crítica importante reside en que según él, los individuos



pueden tener derechos oponibles al Estado que son previos al derecho positivo (Dworkin 2002: 34-36).

Los derechos en serio definen y defienden, en palabras de Dworkin, una teoría liberal del derecho que incluye el razonamiento moral y filosófico; para él, “una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa” (2002: 31). La parte normativa tiene este carácter porque comprende las teorías de la legislación y de la adjudicación, así como la de la obediencia del derecho que para él es políticamente prescriptiva; entre la parte normativa y la conceptual se producen dependencias recíprocas complejas (2002: 33).

El concepto de principio en Dworkin

La propuesta de Dworkin sobre el sentido y función de los principios en el derecho se entiende en términos de su percepción de la teoría del derecho. Para Dworkin, la teoría general del derecho tiene múltiples conexiones con otras disciplinas filosóficas, así la teoría normativa está incorporada en una filosofía moral y política más general, en tanto la parte conceptual, se inspira en la filosofía del lenguaje, y de esta manera, en la lógica y la metafísica (2002: 33). Posteriormente sostendrá incluso, que una teoría filosófica del derecho debe comenzar asumiendo que el concepto de derecho responde a un ideal de legalidad moral.

Dworkin considera como limitado el aparato analítico que utiliza, ya que solamente permite observar un sector de la realidad jurídica. No obstante, en opinión de Calsamiglia, permite analizar y resolver problemas de forma novedosa por el enfoque de problemas concretos y el análisis de sus consecuencias (2002: 26). Lo llamativo es que a pesar de considerar el método analítico como relevante, y señalar que “la teoría exige un vocabulario capaz de establecer distinciones entre los diferentes tipos de derechos que tienen los individuos” (Dworkin 2002: 37), a lo largo de su obra no se encuentra un “vocabulario” semejante para los principios, aunque éstos están estrechamente conectados con los derechos. Más bien recurre a los aspectos pragmáticos para esclarecer las dudas sobre qué es el derecho y qué es la obligación jurídica, pues, en sus palabras, se requiere



de una teoría de la forma en que estos conceptos son usados (2002: 63). Es por ello que en su obra no se encuentran definiciones ni delimitaciones del concepto de principio suficientes como para aclarar el sentido del mismo satisfactoriamente. Es más, el uso del término es impreciso y con frecuencia, las afirmaciones que Dworkin hace sobre los principios son inconsistentes. Esto puede ser a causa de la falta de rigor metodológico, o deberse simplemente a que es posible distinguir distintos tipos de principios.

El fundamento de la tipología normativa de Dworkin se encuentra en la distinción que hace entre “casos fáciles” y “casos difíciles”, ya que la solución a un problema jurídico no siempre es clara, y en su opinión, esto es lo que hace necesario recurrir a principios.³ Dworkin sostiene que los principios sirven para encontrar la respuesta correcta a los casos difíciles, pues considera que siempre es posible encontrar una única solución mediante el proceso de interpretación constructiva y el debate argumentativo que realice la práctica jurídica. De modo que diversas concepciones jurídicas compiten entre sí para ofrecer la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica en cada ámbito de regulación.⁴ Esta distinción, tiene a su vez, como punto de partida lo que él llama “los enigmas conceptuales referentes al “derecho” y la “obligación jurídica”, por lo que se enmarca en una teoría de la adjudicación. Él mismo señala que el objetivo de hacer una distinción entre reglas y principios es entender como razonan los juristas (2002: 134).

Dworkin construye su crítica al positivismo tomando como referente la versión de Hart, aunque en su descargo menciona que Hart reconoce que en el derecho existen normas de “diferentes géneros

³ De hecho la tipología normativa de Dworkin se inserta en una concepción interpretativa del derecho que defiende la tesis de la única respuesta jurídica correcta. Para Vernengo la posibilidad de una respuesta correcta es una tesis moral interna que solamente puede ser refutada por una mejor tesis moral interna (1993: 22).

⁴ Según Dworkin, la interpretación jurídica es una interpretación de tipo “constructiva”, esto significa para él un procedimiento mediante el cual se impone el propósito de “hacer de un objeto lo mejor que puede ser”, para él, el objetivo más abstracto de la interpretación constructiva apunta a hacer lo mejor de aquello que se interpreta, lo que implica que el propósito se ajuste al objeto y lo justifique mejor que cualquier otro propósito posible (1986: 49-50).



lógicos”⁵ esto es, normas primarias y normas secundarias (2002: 68). No obstante, en su opinión, esto no es suficiente cuando los juristas discuten casos difíciles sobre derechos y obligaciones, por lo que “echan mano de estándares que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas” (2002: 72).

En el texto Dworkin habla de “*rules*”; lo cual produce incertidumbre en cuanto a su significado, porque la palabra “*rule*” es ambigua, además, las traducciones de su obra no son uniformes, a veces se usa la palabra “regla”, otras la de “norma”. Si bien es cierto que en los casos en que su uso tiene un sentido prescriptivo, propio de una directiva, esta palabra refiere una norma, como es el caso de una norma jurídica, la cual difiere de las reglas instrumentales que podrían ser consideradas como directrices o reglas técnicas en términos de Georg H. von Wright, solamente en el primer sentido se consideran prescripciones en sentido estricto.⁶ A pesar de dicha distinción, a partir de este momento, se utiliza el término “regla” para hacer referencia al término “*rule*” en general, para distinguirlo del de “*principle*”, por considerar que ambos tienen la naturaleza de una norma, ya que en realidad pertenecen a la misma clase. Es por ello que a continuación se realizan ciertas precisiones.

En general se acepta que el derecho consiste de normas, aunque como es bien sabido hay posturas que disienten como el realismo escandinavo que considera que el derecho se integra por las conductas y el comportamiento de los jueces, o bien, la teoría marxista que sostiene que el derecho es una relación social entre poseedores de mercancías, por ejemplo. Pero si se acepta que las normas son elementos del derecho surge el problema de determinar qué es una norma, independientemente de la tesis que se sostenga, ya sea que todo el

⁵ En realidad las clasificaciones refieren cosas distintas, la de Hart distingue su función regulativa, las primarias regulan conductas, las secundarias al derecho, mientras que la de Dworkin tiene por objeto distinguir dos tipos de normas distintos por su forma de aplicación.

⁶ A las directrices las llama también “normas técnicas” y éstas “presuponen fines de la acción humana y relaciones necesarias de los actos con estos fines” (Wright, 1979: 34).



derecho son normas, o que contiene otro tipo de enunciados como podrían ser definiciones, normas programáticas, principios o fines.

El punto de partida para conocer las normas es la distinción hecha por Kant respecto del conocimiento teórico, de lo que es, cuya forma típica son los juicios, del conocimiento práctico de lo que debe ser, y cuya forma típica es el imperativo. A partir de esta distinción Kelsen hace énfasis en la necesidad de distinguir el “ser” del “deber ser” (*Sollen*), los juicios del ser, relativos a hechos cuya forma lógica es la del condicional: Si A es, entonces B, de los juicios del deber ser cuya forma lógica también es condicional: Si es A, debe ser B que refiere enunciados de deber (Kelsen, 2000: 91), aunque en realidad la atribución de la consecuencia en estos casos es normativa y no lógica, por lo que Kelsen la llamó “imputación”.

Dado que el presente estudio de la tipología normativa propuesta por Dworkin se hará desde la perspectiva de la filosofía analítica, la aproximación al conocimiento de las normas se hace a través del análisis del lenguaje. De tal forma que las normas se entienden como un caso del uso prescriptivo del lenguaje, y por ende, una clase especial de directivas. El uso directivo del lenguaje tiene por objeto dirigir el comportamiento de un tercero, aunque el modo imperativo no es una condición de este uso, como tampoco lo es el uso de los operadores deónticos. En general es aceptado que los rasgos comunes de las directivas son la intención de influir en el comportamiento, y que carecen de valores de verdad. Incluso así lo asevera Dworkin, de lo que se infiere que entendía que los estándares, o normas, son prescripciones; cabe señalar que a pesar de que lo menciona, no distingue entre la función prescriptiva de la norma y la descriptiva de las proposiciones normativas, por lo que en ocasiones parece que confunde los términos “norma” y “proposición”.

Para Hart, una norma, a diferencia de una orden, es normativa, establece un estándar de comportamiento que plantea al sujeto una exigencia de hacer u omitir ciertas acciones independientemente de su voluntad (1992: 101), y en el *Post Scriptum* rechaza la afirmación de Dworkin de que él consideraba al derecho como un modelo exclusivamente de reglas, entendidas como estándares “todo o nada” o



reglas casi concluyentes. Las reglas son para él estándares cuya función consiste en guiar y evaluar la conducta, no obstante, consideró en su explicación del derecho “estándares jurídicos variables” que se asemejan a los principios como los entiende Dworkin (Hart, 2000: 43).

Según von Wright existen distintos tipos de normas, en un primer grupo que considera como principal, se encuentran las reglas, las prescripciones y las directrices. A la clase de las prescripciones pertenecen “los mandatos, los permisos y las prohibiciones que se dan o se dirigen a los agentes en relación con su conducta” (Wright, 1979: 34). El grupo menor incluye a la costumbre, los principios morales y las reglas ideales. El rasgo distintivo de las prescripciones es que son dadas por una autoridad normativa y su cumplimiento no se supedita a la voluntad del sujeto normativo. Para von Wright, los principios morales tienen importantes relaciones con las prescripciones y las normas técnicas, aunque el aspecto prescriptivo de la moralidad se relaciona también con la costumbre (1979: 35).

En general se define a la norma jurídica como “regla de conducta de observancia obligatoria”, esto no indica sin embargo, nada sobre la forma en que es aplicada, o su forma de operar como diría Dworkin. Esta cuestión solamente se puede desentrañar si se parte de una definición semántica de la norma que la concibe como el significado de un enunciado normativo que prevé una forma de deber ser.⁷ Correlativamente, el enunciado normativo se entiende como aquél que expresa una norma.

Esta concepción requiere sin embargo que se distingan los conceptos de enunciado normativo, norma y proposición normativa. El enunciado emitido por la autoridad competente en ejercicio de una función normativa y cuyo carácter es prescriptivo, esto es, el “enunciado normativo”, de su significado, la “norma”, que también es prescriptiva, de las “proposiciones normativas” que describen el derecho. Así, desde esta perspectiva, el derecho positivo está conformado por enunciados normativos —de carácter prescriptivo— cuyo significado es una norma en cuyo núcleo se encuentra un carácter (una modalidad deóntica que califica su *status* como obligatorio, prohibido o per-

⁷ Como bien señala Jan Sieckmann en Meggle (2000: 743-744, 749).



mitido) y un contenido (una conducta, ya sea un acto o abstención).⁸ El enunciado normativo a su vez, se integra por un supuesto de hecho, una cópula o nexo normativo y una sanción, entendida como consecuencia jurídica, y se estructura lógicamente de forma condicional.

Dworkin señala claramente en “El modelo de las normas (I)” que la siguiente distinción solamente es enunciada, no justificada, ya que en su opinión, de ella no depende su argumentación contra el positivismo como teoría para un sistema de reglas, y aunque reconoce su relevancia, a lo largo de su obra no ofrece ninguna explicación de los criterios que fundamentan la tipología, ni define el concepto de principio que en realidad es central a sus propuestas. Es más, él mismo menciona que el propósito de incluir esta clasificación es solamente el de distinguir los principios de los demás elementos que integran un sistema jurídico.

El punto de partida de la tipología normativa de Dworkin es la afirmación de que el derecho, además de que no se conforma por un número fijo de estándares, se integra no solamente por “*rules*” (reglas), sino también por *policies* (directrices o directrices políticas) y *principles* (principios) (2002: 72, 140). Esto le parece claro ya que los “juristas se valen de reglas y principios para transmitir la información jurídica,...” (2002: 139) y para “decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos” las consideraciones que hacen los juristas incluyen “proposiciones”⁹ que tienen la forma y la fuerza de principios, es más, tanto abogados como jueces recurren a este tipo de proposiciones (2002: 140). Estos estándares o pautas,

⁸ Siguiendo a von Wright, las normas se integran por 6 componentes: carácter, contenido y condición de aplicación que constituyen el núcleo normativo, y por un sujeto (normativo), una autoridad que las emite y la ocasión que son características específicas de las normas jurídicas, en tanto la sanción y la promulgación a pesar de ser esenciales a las normas jurídicas no las considera como componentes de las mismas (1979: 87-88).

⁹ A pesar de no ser claro el uso de los términos “enunciado” y “proposición” se advierte que a diferencia de la reglas que no son ni verdaderas ni falsas, para Dworkin las proposiciones jurídicas tienen valores de verdad, y señala que conforme a las teorías semánticas son afirmaciones sobre un sistema jurídico específico cuya verdad depende de los fundamentos jurídicos fijados por el consenso dado por los operadores jurídicos, o por hechos históricos (1986: 17-18, 36-39).



establecen objetivos, metas y propósitos, y en términos generales se pueden distinguir de la siguiente manera:

- *Policies* (directrices o directrices políticas): establecen metas que se refieren a un comportamiento estratégico en el ámbito social, económico o político respecto de objetivos sociales benéficos a alcanzar;
- *Principles* (principios): estándares que deben ser observados porque es “una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (2002: 72), tienen una dimensión del peso o importancia, y
- *Rules* (reglas): son disposiciones específicas de carácter taxativo que deben ser aplicadas en sus propios términos, esto es, de manera total o no se aplican, y si entran en conflicto, una de ellas no puede ser válida (2002: 78).

Dworkin señala que usa el término “principio” genéricamente para referirse a todos los estándares que no son reglas, clase que sin embargo incluye los principios (s.s.) y las directrices políticas, distinción que hace cuando considera necesaria la precisión y diferenciarlos de los fines o *policies* (2002: 72). Señala que ni las directrices ni los principios se pueden identificar por su origen,¹⁰ sino por su contenido y fuerza argumentativa.¹¹ Comienza por distinguir los principios de las directrices, al contraponerlos la diferencia se hace evidente no tanto porque establezcan objetivos, como por el tipo de fundamentación que proveen. Dice que “*policy*” es el estándar que “propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad” (2002: 72). No obstante, dedica poca atención a la categoría de directrices ya que el objetivo primordial es la distinción entre las reglas y los principios, entendidos en sentido estricto.

¹⁰ Con esta afirmación hace referencia a su crítica a la regla de reconocimiento de Hart, misma que no se discutirá en el presente ensayo.

¹¹ Esto lo explica Pérez Luño al decir que un rasgo distintivo para Dworkin es que “a diferencia de las reglas, que pueden reconocerse a través de criterios formales o inferencias lógicas, la identificación de los principios requiere un proceso argumentativo, es decir, no obedecen a una apreciación mecánica, pero tampoco pueden ser fruto de una decisión arbitraria” (1993: 131).



Para ello ofrece ejemplos que tienen por objeto aclarar las distinciones que menciona, así como demostrar que los jueces no solamente resuelven conforme a reglas, sino que también recurren a principios que desarrolla la práctica judicial a lo largo del tiempo a través del proceso de creación y justificación de precedentes. Comienza con el famoso caso de *Riggs vs Palmer*¹² que en 1889 planteó a un tribunal la obligación de decidir si un heredero designado en un testamento válido podía heredar aunque para ello hubiera asesinado al testador. Dworkin cita de la resolución la parte que señala que las normas jurídicas “pueden ser controladas en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario” (2002: 73). Este caso demuestra en su opinión como un principio lleva a una interpretación de la ley; aunque también demuestra que los principios son parte de su sistema jurídico.

La idoneidad de este caso no se discutirá ahora, sobre todo porque considero que contempla distintos tipos de principios, ya que primero es preciso dilucidar qué entiende Dworkin por principio, o al menos identificar los aspectos que los distinguen de las reglas. Dworkin parece pensar que la diferencia es de fondo, que se encuentra en su estructura o función, en lo que permite que operen de manera distinta (2002: 77-78).¹³ Resulta llamativo que considera que la diferencia entre “principios jurídicos” y “reglas jurídicas” es “una distinción lógica”, pero no es claro en qué sentido usa el término “lógica”.¹⁴ Por ser exclu-

¹² Un juez apelando al principio de legalidad afirma que el derecho permite heredar y debe aplicarse la regla válida que así lo dispone (voto disidente del juez Gray), pero el otro sostiene que el derecho impide heredar porque hay un principio jurídico “implícito” que prohíbe que alguien pueda beneficiarse de su propio ilícito (dolo o injusticia). Los jueces discuten cuál es la mejor solución al caso específico, la que le permite heredar conforme dispone la regla de derecho positivo, o la que lo prohíbe en función de un principio. En realidad lo que se disputa es la fuerza de los argumentos jurídicos aducidos; citado por Dworkin 115, N.Y 506, N.E. 188 (1889).

¹³ En ocasiones es lógica, en otras lingüística, aunque parece que en su opinión en realidad es más bien de carácter funcional u operativo como él lo llama.

¹⁴ Vernengo critica el hecho de que Dworkin no se preocupa por precisar los instrumentos lógicos a los que recurre además de esta distinción supuestamente lógica, como son las nociones de coherencia, consistencia, de consecuencia lógica o el uso de operadores modales que no explica, como en el caso del concepto de “licence” (permisión o autorización) (1993: 30).



yente la forma en que funcionan las normas, ya sea de manera total o en la dimensión del peso, es que podría pensarse que considera que la distinción es lógica. Pero esto parece matizarse posteriormente con la afirmación de que reglas y principios pueden desempeñar roles similares, lo que no sería conforme al principio del tercero excluido, aun cuando en la práctica sea posible porque ambos tipos de estándares pertenecen a la misma clase, la de las normas.

La distinción que él considera como “lógica” entre regla y principio, porque operan de manera excluyente como una u otro, se hace en su opinión más evidente cuando se consideran “principios que ni siquiera parecen reglas” (Dworkin, 2002: 77). Aserción que en realidad depende de un criterio claro de identificación de las reglas que Dworkin no provee, de modo que no se sabe en qué aspecto no son parecidos estos estándares si en la formulación, en la estructura o en algún otro aspecto. Da la impresión que con esto se refiere a su formulación, cuando los enunciados normativos no establecen las condiciones específicas de la determinación de la obligación.¹⁵ Sin embargo, Dworkin señala que la diferencia entre regla y principio no siempre puede percibirse a partir de la forma de un estándar (2002: 78), en otras palabras, la forma de la norma no es conclusiva respecto de su cualidad de regla o principio. Lo extraño es que más adelante señala que “en ocasiones, una regla y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma” (2002: 79). La única conclusión razonable es que se refiere a su función, a la forma de operar de las normas, más que a su generalidad, formulación o estructura.

Para Dworkin, las reglas se expresan en términos más precisos que los principios, por lo que determinan con mayor precisión las

¹⁵ Para Atienza y Ruíz Manero, los principios configuran “el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (o más cerrada)”, pues “las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas” en su opinión (Atienza y Ruíz Manero, 1993: 335-336).



condiciones de su aplicación. Los principios en cambio no indican elementos concretos de aplicación relativos al modo o lugar (la ocasión en términos de von Wright) para su aplicación, pero esto solamente es indicativo, pues lo determinante es la diferencia en su aplicación que él considera como lógica. Hart por su parte considera que los rasgos que distinguen principios de reglas son su generalidad y su papel justificativo. El primero es para Hart una cuestión de grado porque los principios son más “amplios, generales o no específicos”; el segundo en cambio, está relacionado en su opinión, con el hecho de que los principios se refieren de alguna manera a un fin, propósito o valor, por lo que es considerado deseable preservarlos, ya que contribuyen a la justificación de las reglas. Además está la distinción en cuanto a su operación, que en su opinión no es tan tajante como sugiere Dworkin. Para Hart que algunas normas sean casi concluyentes (las que en su momento denominó “estándares jurídicos variables”), no permite diferenciar reglas de principios como lo hace Dworkin. Para él, a diferencia de para Dworkin, también es una cuestión de grado que permite superar la incoherencia que deriva de la estricta separación propuesta por Dworkin (2000: 39-43).

En primera instancia, la función tanto de las reglas como de los principios para Dworkin radica en indicar una decisión particular respecto de una obligación jurídica en circunstancias particulares, y “difieren en el carácter de orientación que dan” (2002: 75). Como ya se mencionó, esto se debe a que considera que la diferencia radica en la forma en que operan, por lo que las reglas se aplican de la misma manera que las proposiciones disyuntivas. Según él, esto se aprecia en la manera en que funcionan las reglas, que se puede denominar “total o absoluta”, ya que se aplican o no, de una manera “todo o nada” como dice Dworkin. En otras palabras, si se comprueba que los hechos que establece la regla están dados, esto es, si se satisface el supuesto de hecho, entonces la norma debe ser aplicada. En consecuencia, la solución que proporcionan al juez es clara y definitiva más que una mera orientación.

De ser así, el uso del vocablo “orientar” para explicar la diferencia no parece adecuado, pues las reglas hacen mucho más que eso,



y en la medida en que se dirigen al órgano aplicador parecen tener el carácter de normas secundarias en términos de Hart (1992: 101). Este aspecto “orientador” de las normas, en su opinión se percibe mejor en el carácter de los principios que “orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (2002: 89). Esto se hace notorio al mencionar más adelante que incluso el juez “puede equivocarse en su evaluación de los principios” (2002: 89), por eso considera que solamente orientan la decisión, no la determinan como haría una regla. La dificultad no consiste nada más en que solamente orientan una decisión, el auténtico problema consiste en que se pueden invocar distintos principios, y éstos además pueden ser entendidos de manera distinta.¹⁶

De la explicación que da Dworkin de los principios se sigue que las reglas prevén las condiciones de su aplicación y “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente”, de modo que se puede afirmar que prevén deberes o derechos específicos. Por otra parte, Dworkin parece entender que en ocasiones las reglas pueden funcionar sustancialmente como principios. El ejemplo que ofrece de la decisión de la Suprema Corte de los EE. UU. sobre la ley *Sherman*, parece mostrar que un mismo enunciado normativo puede funcionar lógicamente como regla, pero sustancialmente como principio a la vez (2002: 79). Esta posibilidad de actuar como principio deriva de la previsión de palabras valorativas o conceptos indeterminados como “razonable”, “negligente” o “injusto”, de tal modo que en su opinión la aplicación de la regla depende de principios o directrices que “trascienden” la propia regla, lo que hace que se parezca más a un principio (2002: 79). Esta afirmación da la impresión de que los principios sirven más bien para concretar la aplicación de reglas más que para transformarlas en principios.

Llama la atención que en esta parte señala que “o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien

¹⁶ Pérez Luño sugiere una clasificación de la gran variedad de enfoques y criterios taxonómicos que separa los principios en tres grupos, como meta-normas, como principios del derecho o jurídicos como se denominan aquí, y como principios generales del derecho (1993: 142-144).



no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (2002: 75). Para entender esta afirmación es preciso comenzar por aclarar el término “validez”, que en esta cita se refiere solamente a que resulta aplicable por ser o no conformes los hechos con el supuesto jurídico previsto en la norma. Esto sin embargo, no indica nada sobre su validez normativa u obligatoriedad, o su validez formal (s.s.), la cual no necesariamente se ve afectada simplemente por no ser aplicada. Aunque si no es aplicable, y como Dworkin dice no sirve para solucionar el caso, entonces esto implicaría *prima facie* excluir la posibilidad de considerar y evaluar los principios que considera que se encuentran en el “origen” de la norma (esto es, en la medida en que subyacen a las reglas), método que el autor utiliza en sus ejemplos en la solución de conflictos. Pero si se apela a esos principios, no se puede considerar que la regla que no se aplica, no aportaría nada a la solución de un conflicto. Por otra parte, en su opinión, una regla puede tener excepciones, y de ser así debería prever todas sus excepciones (2002: 75), si lo hace así y agota todas las excepciones, entonces el enunciado de la norma es “más” completo (2002: 75).¹⁷ Lo cual parece indicar que en “teoría” es posible identificar todas las excepciones a una regla previstas en el sistema jurídico, y si se considera que la regla no es “válida” para el caso, es porque todas las excepciones fueron consideradas.

Esto parece indicar que para Dworkin la validez está asociada a la existencia como en su momento también lo mencionó Kelsen, aunque el sentido de validez utilizado por Kelsen es formal, mientras que el de Dworkin es más bien material. Kelsen identifica la validez de la norma con su existencia, de la coincidencia entre la validez y la existencia de la norma resulta que las normas inválidas al no satisfacer el criterio de validez del sistema no son normas (2000: 212). No obstante, considera que en un sistema jurídico no puede producirse la nulidad, pues una norma jurídica que pertenece al mismo no puede ser nula, sino solamente anulable con efectos *pro futuro* (2000: 283). Para él, la validez de las normas solamente puede ser eliminada mediante un procedimiento especial, y esta declaración tiene carácter constitu-

¹⁷ Lo que no es claro es si se trata de una norma, o de dos distintas, pues Dworkin no toma posición al respecto, responde ambiguamente (2002: 140).



tivo (2000: 280-284). De modo que las normas contrarias a derecho deben ser consideradas válidas, porque son obligatorias mientras no sean anuladas. En consecuencia, las normas han de ser aplicadas en tanto no recaiga una declaración de nulidad.¹⁸

A diferencia de las reglas, los principios (mencionados en los ejemplos de *Riggs vs. Palmer* y *Henningsen vs. Bloomfield Motors*), se distinguen:

1. Porque “ni siquiera los que más se asemejan a reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” (Dworkin, 2002: 137),
2. “Un principio no pretende establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación” (Dworkin, 2002: 76),
3. “Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular” (Dworkin, 2002: 76),
4. Tienen una dimensión del peso o importancia, y constituye una parte esencial (integrante) del concepto de principio, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene (Dworkin, 2002: 78),
5. Los principios proporcionan razones para tomar una decisión a falta de estándares en contrario,
6. “Desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas” (Dworkin, 2002: 80)

Estas indicaciones deberían establecer el parámetro para reconocer a una norma como principio. Aunque posteriormente en “Los casos difíciles” hace una afirmación de la que resultan más preguntas que respuestas: “los principios son proposiciones que describen derechos” (Dworkin, 2002: 158), ya que las proposiciones no son normas jurídicas sino descripciones que resultan de la interpretación de un

¹⁸ Kelsen sostiene que “la validez no es una propiedad de la norma, sino su existencia. Una norma válida es un pleonasma. Una norma inválida es una *contradictio in adjecto*” (1979: 137).



enunciado normativo, por lo que parece que el principio no está en el derecho, sino que se extrae de sus enunciados normativos mediante interpretación.

A los principios con frecuencia los califica como “jurídicos”, sobre todo al referirse a los principios generales del derecho que menciona en los ejemplos y que reconoce como principios de su sistema jurídico. De modo que para Dworkin todos los principios son “principios jurídicos” y tienen una dimensión del peso o la importancia, además de una relevancia moral. La cualidad de principio jurídico significa que pertenece al derecho e implica que los operadores jurídicos “deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (Dworkin, 2002: 77).

Dworkin señala que los ejemplos en contrario al principio de “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” que ofrece, permiten sostener que el principio pertenece al sistema jurídico, es completo y no necesita de excepciones calificativas, por lo que no se puede considerar que no sean principios jurídicos (Dworkin, 2002: 76). Cabe mencionar que en otras ocasiones hace referencia a principios extrajurídicos, morales o que trascienden a la norma. Lo curioso es que al rechazar la teoría de la discrecionalidad que él denomina “fuerte” se opone a la idea que de los jueces pueden ir más allá del derecho y recurrir a estándares extrajurídicos para resolver un caso.¹⁹ Esto se debe a que para Dworkin la separación de poderes es estricta, y el juez al resolver casos difíciles se separa de la sujeción de la ley al resolver conforme a principios, pero no crea derecho. Es más, según Dworkin los principios no son extrajurídicos, porque a pesar de su carácter moral son el fundamento mismo (aunque no explícito) del derecho,²⁰

¹⁹ Según Guastini los principios pueden ser expresos o implícitos, los primeros son derecho positivo, y los implícitos derivan de la interpretación que se realiza con motivo de la integración del derecho, de la creación por la jurisprudencia, de la ciencia jurídica o de la tradición y cultura e influyen en la creación y desarrollo de un sistema jurídico. En su opinión, en la medida en que proceden de normas vigentes y son identificados por intérpretes con autoridad para crear derecho se pueden calificar como normas de derecho positivo (Guastini, 1999: 142-143).

²⁰ En Dworkin el fundamento ontológico de las reglas es moral. (2002: 113-116, 365-370)



y serían jurídicos aunque no se encontraran positivados. Dworkin los presenta como resultado de una fusión de principios morales y jurídicos, por lo que en su teoría los derechos morales y jurídicos coexisten en el sistema jurídico.²¹

Dworkin los concibe como entidades ontológicamente distintas, la regla de origen positivo y el principio de origen moral, pero con una naturaleza común de estándares que guían conductas, y la idea de que a las reglas subyacen principios le permite afirmar que es posible la transformación de una regla en principio.²² Con esto se refiere al proceso interpretativo que el juez realiza al solucionar un conflicto entre reglas y principios,²³ o al aplicar reglas cuya formulación es vaga. Para Dworkin, los principios jurídicos permiten la reinterpretación y la complementación de las reglas jurídicas, sin dejar de aplicar el derecho y sin tener que ejercer una discreción judicial fuerte, por lo que admite un tipo de discreción débil, ya que la forma de aplicación de los principios requiere de la discreción al menos como proceso de discernimiento.

Dworkin admite que no es posible elaborar una lista de los principios aplicables en un sistema jurídico, porque aunque son importantes, los principios son discutibles, innumerables, y varían y cambian con gran rapidez (2002: 99); no obstante, le parece que cualquier juez (sin ser como su modelo de juez "Hércules"²⁴) puede resolver un caso conforme a principios. Según Dworkin, los desacuerdos son comunes en el derecho, y cuando se produce un desacuerdo acerca

²¹ Esto lleva a cuestionar la consistencia de sus afirmaciones respecto de la ontología de las normas y surgen dudas sobre la independencia de estas clases de principios.

²² Dice que mediante la interpretación el juez puede hacer que una regla funcione lógicamente como una norma, pero sustancialmente como un principio. (2002: 79)

²³ Para Atienza y Ruiz Manero los principios implícitos son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido, porque "si han de formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido", que para ellos, no es su justicia intrínseca (1993: 340).

²⁴ El juez Hércules es una ficción creada por Dworkin que representa un ideal en que el juez cuenta con ciertas capacidades especiales como son una capacidad intelectual ilimitada, conocimiento amplio del material jurídico, tiempo y paciencia ilimitados, un sentido moral muy desarrollado, y además de construir un esquema de principios para una justificación coherente, asume la visión del derecho como integridad. (2002: 177-178)



de los principios jurídicos, ya sea sobre su naturaleza o su sentido, esto se debe en buena medida a los antecedentes y temperamento de los jueces, es más, en su opinión discutir si el principio existe es absurdo (2002: 49). Pero en general, los jueces discrepan al aplicar principios no solamente sobre su naturaleza y sentido, sino también sobre su oportunidad, pero no sobre su obligatoriedad, pues ello está determinado por el sistema jurídico en la medida en que son considerados como fuentes del derecho, como es el caso de los principios generales del derecho en el sistema jurídico mexicano por ejemplo.²⁵

En resumen, podemos decir que en opinión de Dworkin, los principios no tienen la misma estructura lógica que las reglas, es decir condicional, pues no prevén consecuencias jurídicas que se siguen de los supuestos que establecen, además no prevén condición de aplicación (2002: 75). Es más, dice que ni siquiera parecen reglas y para reforzar su convicción de que la distinción es lógica señala que tienen una dimensión del peso o importancia (2002: 77). Según Guastini, esto puede entenderse como si la diferencia se encontrara en la estructura lógica de los principios, como un condicional “derrotable”, “derogable” o “superable”, que hace posible que admitan excepciones implícitas que derivan de otros principios, es por ello que las obligaciones que prevén los principios son consideradas como *prima facie* (1999: 150). Esto lleva a pensar que la diferencia entre regla y principio parece ser su fuerza. Esta idea de derrotabilidad se asemeja al mandato de optimización que en opinión de Alexy corresponde a la aplicación de los principios en caso de conflicto como se verá más adelante.

Un principio y su importancia pueden ser defendidos en opinión de Dworkin apelando a una serie de prácticas y principios en los cuales las implicaciones de la historia legislativa y judicial sean tomadas en cuenta junto con “referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios”.²⁶ No obstante, admite que “no hay un criterio válido que sir-

²⁵ El artículo 14 constitucional les confiere la calidad de fuente supletoria del derecho cuando la interpretación literal no sea suficiente para dar una solución a un caso.

²⁶ Para él, lo que cuenta son los hechos de una práctica consecuente. (2002: 89-90). Además, los principios se basan también en la historia institucional, mediante un juicio que enlaza el sentido de la justicia del juez con su comprensión de la historia (2002: 196-197).



va como prueba de la solidez” del peso o importancia de un principio, pues “es una cuestión de juicio” (2002: 90), por eso se entiende que sean discutibles. Más adelante, después de un minucioso análisis a efectos de desacreditar la regla de reconocimiento de Hart, señala que una vez que los principios son aceptados como derecho, es decir con la fuerza de “estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas”, se sigue en su opinión que las reglas creadas por el juez con motivo de un caso “deben su fuerza, al menos en parte, a la autoridad de los principios y directrices políticas” (2002: 98-99).

Las referencias explícitas a un principio en el derecho positivo reconocen según Dworkin “la fuerza de un principio en la determinación de derechos y deberes jurídicos, e intentan evaluar —y en ocasiones, mitigar— esa fuerza” (2002: 143) mediante su regulación. Esto es lo que hace que Atienza y Ruiz Manero consideren que los principios explícitos constituyen “razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) —que pueden constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido— ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional competente” (1993: 340).

No obstante, Dworkin reconoce que no tiene la fórmula para saber cómo un principio se convierte en principio jurídico ni como se puede fijar su peso (2002: 95), es más, no considera posible idear una fórmula que sirva para probar el apoyo institucional y la clase del mismo que se requiere para que esto ocurra. Dworkin sostiene que no es posible “*demostrar* la autoridad o el peso de un principio determinado” como se puede demostrar la validez (aplicabilidad) de una regla (2002: 89), ya que la demostración de la autoridad y peso de un principio requiere un ejercicio mucho más complejo en el que se ofrece la mejor interpretación de las decisiones del pasado de acuerdo al ideal de la integridad.²⁷ En este proceso además, los jueces pueden estar en desacuerdo.

²⁷ Vernengo señala que la consistencia de los principios se limita al conjunto de normas vigentes en un cierto momento, llamado orden jurídico positivo, pero la virtud de integridad “insiste en que el derecho contiene no sólo el estrecho contenido explícito de esas decisiones, sino también, más latamente, el esquema de principios necesarios para justificarlas” (1993: 17-44).



Para Dworkin, el reconocimiento de principios como jurídicos depende de la percepción moral de la relevancia del valor que los sustenta más que de su positivización, y forman parte del derecho por su relevancia para justificar la coacción, en otras palabras, son aceptados como principios jurídicos por su mérito. De modo que los principios (s.s.) son razones de moralidad política que orientan hacia un determinado resultado o acción; los entiende como exigencias de moralidad política en una comunidad.

Los principios cuando tienen respaldo institucional se revisten de legalidad y esto los refuerza. Según Dworkin de esta manera se puede demostrar su calidad de principio jurídico y su peso (2002: 95), aunque dicho respaldo está relacionado a su vez con otros principios relativos a las instituciones y su autoridad respaldados por principios generales de la moralidad política (2002: 96). En conclusión, considera que los principios jurídicos son vinculantes por sus propiedades morales más que por su origen. Considera además, que al tratar los principios como derecho se hace posible que una obligación jurídica sea impuesta tanto por un conjunto de principios como por una regla establecida (2002: 100). Dice Dworkin que una obligación jurídica existe, siempre que las razones a favor de dicha obligación que se sustentan en diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, sean más fuertes que los argumentos aducidos en contrario (2002: 100).

Al final del artículo de 1967, Dworkin plantea diversas preguntas relativas a la identificación de los principios y determinación de su relevancia que deja abiertas a pesar de considerar que es preciso investigar estas cuestiones. Para él, lo más importante, es admitir que los principios son fuentes de obligaciones al igual que las reglas, además de que en su opinión, esto hace posible construir un modelo de derecho más acorde a la complejidad y sofisticación de la práctica (2002: 100).

En conclusión, se puede decir que la distinción hecha por Dworkin no contribuye a la delimitación del significado del término “principio”, ni con un método que permita identificar los principios, aunque de manera general menciona cual es su función en el caso de un conflicto de normas. Todo parece indicar que la diferencia primordial se



encuentra en su forma de aplicación, ya que las reglas se aplican de una manera disyuntiva,²⁸ es decir, tal como se encuentran previstas, o no se aplican. De modo que los conflictos entre reglas se solucionan realizando consideraciones sobre su aplicabilidad (“validez” en palabras de Dworkin) en términos de otras normas del sistema jurídico, o recurriendo a los principios en que se fundan. Un principio en cambio, requiere de su ponderación (*balancing*), pues poseen una dimensión de peso o importancia variable, que ha de ser justificado con razones en cada caso (2002: 77-78). En cuanto a los principios, Dworkin menciona que su validez depende en ocasiones de su contenido, en la medida que el origen de los principios reside en un “sentido de conveniencia u oportunidad” vigente en la práctica y en la sociedad en la medida en que este sentido se mantenga (2002: 95).

Uno de los planteamientos discutibles es que los principios forman parte del derecho no por su origen, incluso en los casos en que son reconocidos por autoridades institucionales, ya que según Dworkin los principios no forman parte del derecho por su apoyo institucional, sino que obtienen dicho apoyo en virtud de su relevancia para justificar la coacción, por lo que en su opinión, el juez puede recurrir a “elementos no jurídicos” para la toma de decisiones jurídicas. Esta idea hace pensar que o bien los principios son extrajurídicos o que el juez está facultado para recurrir a las disposiciones de otros sistemas normativos para resolver un caso.

Para Dworkin, hay principios jurídicos que forman parte del derecho porque contribuyen a justificar una decisión dentro de una comunidad, aunque no hayan sido reconocidos por la autoridad. De modo que no solamente no hay certeza sobre los principios que puede invocar un juez en una decisión, sino que tampoco es posible saber cuales forman parte del derecho.²⁹ La solución a un caso depende de las facultades

²⁸ En opinión de Sieckmann el carácter de “todo o nada” de las reglas refleja una validez estricta, en consecuencia, la norma es válida para todos los casos en que es aplicable. (1990: 55-59)

²⁹ Según Vernengo, en el modelo dworkiniano de derecho como integridad, en el cúmulo de decisiones colectivas pasadas (leyes) y sentencias anteriores (precedentes), la consistencia no puede darse por supuesta *a priori*, sino que el juez debe escoger en el material justificatorio, el subconjunto de enunciados (principios, reglas) necesarios para justificar su decisión presente. Una de-



de un juez (discrecionalidad incluida) y de su sensatez (lo que evidencia cierta subjetividad), ya que solamente después de la decisión se sabe qué se consideró como derecho en el caso al revisar los argumentos presentados en la ponderación de los principios aducidos.

El concepto de principio en el derecho

Con fundamento en la distinción entre reglas y principios que propone Dworkin, numerosos juristas han revalorado la función de los principios al considerar que éstos tienen un papel importante en el derecho. Las tesis que sostienen que el derecho no es un modelo de reglas solamente, afirman que en el sistema jurídico existen distintos tipos de normas, como son los principios, y en ocasiones se ha llegado incluso a decir que en la aplicación del derecho también puede recurrirse a enunciados que no pertenecen al sistema, como por ejemplo, los principios morales. Un aspecto distintivo de estas propuestas es que el método de aplicación que corresponde a los principios es el de la ponderación.

Según Dworkin el positivismo asume que el derecho es un sistema que solamente prevé reglas, aunque Hart a su vez le responde en el *Post scriptum* que no es esa su concepción del derecho. Según Dworkin, el problema de concebir al derecho como un sistema de reglas es que los jueces no deben apartarse de la regla aplicable, ya que esto constituiría una infracción del derecho en esos casos, o bien, se entendería como un ejercicio de “discreción fuerte”.³⁰ Para Dworkin como los principios son estándares distintos de las reglas, el derecho es un sistema de reglas y principios, en que los principios jurídicos

cisión que no pueda justificarse, que sea incompatible con normas o principios anteriores, no sería derecho “íntegro”, esto es: buen derecho, derecho ontológicamente bien perfilado y moralmente justificado; (1993: 30-32).

³⁰ En su opinión, la discreción en sentido fuerte es una capacidad creadora de normas que no está sujeta a normas de derecho positivo, por lo que el juez es libre para dar una solución cuando no hay respuesta jurídica correcta. Para él, dejar la decisión a la discrecionalidad del juez en este sentido, sería tanto como no tomarse los derechos en serio. Dworkin admite sin embargo, que los jueces hacen uso de una “discreción” en sentido débil, entendida como el discernimiento o facultad para decidir en última instancia utilizado para razonar a partir de principios para determinar una consecuencia jurídica (2002: 84).



son igualmente vinculantes jurídicamente que las reglas, aunque no determinen una consecuencia jurídica particular —de ahí su cualidad “no conclusiva”—, de modo que el juez debe considerarlos cuando sean aplicables. El modelo de principios así entendido, es una teoría de la argumentación, pues para Dworkin el derecho como fenómeno social, es en gran medida un proceso argumentativo.

Dworkin contrapone las reglas y los principios, pero como ya se mencionó, no los distingue de manera precisa, ni utiliza el término de manera uniforme, aunque la distinción de los principios es un aspecto central del modelo de derecho como sistema de principios. No obstante, señala que la diferencia se percibe en su forma de aplicación ya que las reglas se aplican de un modo definitivo, mientras que los principios requieren de una operación previa pues tienen una dimensión del peso o la importancia (*vid.* Huerta 2007: 165). De tal forma que si las reglas se aplican de manera definitiva, son individualizadas mediante la subsunción, mientras que para determinar los derechos u obligaciones particulares respecto de un caso en que los principios son aplicables es preciso “ponderarlos” para determinar su peso antes de realizar la individualización. Según Dworkin, una vez decidido el caso, se puede decir que “el fallo crea una norma determinada” (2002: 80), esto es una regla que subsume los hechos del caso en la nueva norma, lo que hace posible la determinación de derechos u obligaciones a partir de principios.

La vinculación del modelo de principios a la teoría de la argumentación se hace notoria en la medida en que el método de aplicación de los principios, la ponderación, exige la explicitación de las razones y los argumentos que justifiquen el peso o importancia reconocido en el caso a cada principio.

Pero antes de discutir el proceso de determinación de derechos y obligaciones, vale la pena revisar el sentido del término “principio” en el derecho, ya que debido a la falta de precisión del lenguaje utilizado, la equívocidad del término y a los ejemplos que proporciona Dworkin, resulta necesario que nos planteemos la pregunta de a qué se refiere. En la teoría de Dworkin, los principios en ocasiones son pautas metodológicas para conducir la argumentación judicial a la solución



correcta, fuentes del derecho para colmar lagunas, o bien, postulados morales del sistema jurídico que sirven para resolver conflictos entre normas como señala Pérez Luño (1993: 131).

Este problema surge porque los juristas en general, no solamente Dworkin, utilizan el término “principio” de manera heterogénea sin considerar su ambigüedad.³¹ Así, se encuentran en el derecho referencias a principios, principios jurídicos, principios generales del derecho o principios derogatorios, por ejemplo, sin que sea claro que es lo que hace que cada una de estas entidades amerite la calificación de principio.³²

Se puede decir que en la teoría del derecho en general, el término “principio” se utiliza en cuatro sentidos:

1. axiológico, como valor o criterio valorativo de las normas,
2. jurídico, como institución propia del derecho,
3. funcional, como máximas cuya función es integrar el sistema jurídico, y
4. como tipo de normas.

En el primer sentido, el término “principio” refiere a una dimensión axiológica del derecho, ya sea como criterio conforme al que se desarrolla un sistema jurídico o que orienta la actividad jurídica, como la igualdad, la justicia, la equidad, la proporcionalidad o la dignidad de la persona, por ejemplo. En ocasiones, este tipo de principios son incluidos en el sistema jurídico expresamente,³³ normalmente, sin embargo, se conocen a partir de su explicitación y desarrollo por la actividad judicial principalmente, de modo que resultan de un acto de interpretación.

La función de los principios entendidos como valores es la de guiar y limitar la interpretación y aplicación de las normas en los casos de lagunas y conflictos entre normas, por lo que operan como un

³¹ Para Aarnio, la discusión sobre los principios requiere de una previa aclaración del concepto (1997: 20).

³² Es por ello que Atienza y Ruiz Manero hacen un análisis de la expresión “principio” antes de evaluar la tipología de Dworkin (1993: 329-331).

³³ Como es el caso del artículo 1º de la Constitución alemana que consagra la dignidad humana como principio rector del sistema jurídico, o el artículo 1º de la Constitución española que califica a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico, por ejemplo.



criterio. De modo que no guían la conducta, sino que en el proceso de toma de decisiones sirven para orientar al juez, es por ello que se pueden entender como cláusulas generales de orden teleológico. Hay quienes sostienen que se pueden identificar por su formulación que normalmente es breve, incluso se expresan mediante una o pocas palabras que refieren un sólo concepto, aunque en realidad la generalidad o la formulación de un principio son solamente indicativos (*vid.* Ruiz Manero, 1995: 149-159).

Como “principio jurídico” el concepto refiere instituciones jurídicas formadas por un conjunto de normas que operan como unidad orientadas por algún fin o criterio, y son propios del derecho exclusivamente, como los de legalidad, de seguridad jurídica, el debido proceso legal o la presunción de inocencia, por ejemplo.³⁴ Los enunciados que integran estas instituciones se encuentran previstos en el derecho positivo, su cualidad y formulación como principio derivan de la práctica y la doctrina. Así por ejemplo, el principio de legalidad es una institución propia del derecho y se conforma por una serie de normas jurídicas que regulan entre otras cosas la competencia y la obligación de fundar y motivar los actos. Los principios, entendidos como valores pueden ser utilizados como criterios de aplicación de los principios del derecho, así operarían como meta-normas respecto de los principios jurídicos para determinar su sentido y alcance.

Aragón señala que las categorías de *policies* y *principles* como son utilizadas por Dworkin son cláusulas generales, pero que los principios jurídicos tienen una función directiva, pues enuncian “modos de ser del derecho” que para Dworkin reflejan la dimensión jurídica de la moralidad, y considera que los principios jurídicos además de servir para la interpretación de una norma pueden tener “proyección normativa” como fuente subsidiaria, a diferencia de los valores que para él son fines (Aragón, 1989: 85,93). Para Aragón, en esta proyección normativa opera la discrecionalidad jurídica además de la política para descubrir la regla que se encuentra indeterminada en la formulación del principio (1989: 96-98).

³⁴ Una institución jurídica se integra por un conjunto de derechos y obligaciones operativos como unidad a los que subyacen las ideas de organización y orden, que tiende a lograr un objetivo (*vid.* Huerta, 2009: 66).



Las normas de solución de conflictos, algunas de las cuales se conocen como “principios derogatorios” como los de jerarquía, especialidad o temporalidad son principios jurídicos de tipo procedimental.³⁵ Estos clásicos principios normalmente son implícitos, aunque en los sistemas jurídicos se pueden encontrar otras disposiciones expresas de solución de conflictos, por ejemplo, el principio *pro persona* previsto en el artículo 1º de la Constitución mexicana, o el de distribución de competencia regulado en el artículo 124 de la misma. Estos principios, al igual que los principios generales del derecho se distinguen por su función.

Los principios generales del derecho son el típico género del principio del derecho, y son jurídicos por su naturaleza aun cuando el derecho positivo no los regule o prevea una lista de los mismos. Según Aarnio (1991: 131), son parte de la tradición jurídica que han pasado de una generación a otra a través de las decisiones y su justificación. De modo que para poder ser aplicados no necesitan ser formulados de manera expresa por las leyes, ya que pueden ser concretados por la autoridad judicial o administrativa en la justificación de una decisión. Su función es integradora o correctiva de las normas jurídicas, sirven para orientar la aplicación de las normas en casos de lagunas o de conflictos, por lo que su fuerza es supletoria o pueden ser utilizados como argumento de apoyo.

Los principios generales del derecho pueden ser considerados como máximas que sintetizan diversos enunciados normativos, o como fórmulas abreviadas del derecho. Se infieren del derecho vigente de manera más o menos directa a través de la práctica jurídica, principalmente de los órganos decisores, y expresan reglas jurídicas válidas, por lo que son fuentes del derecho cuando el sistema jurídico les reconoce esta cualidad. De ser así, el origen de los principios generales del derecho se encuentra en el derecho positivo, lo que los distingue de los valores que sustentan un sistema jurídico, ya que estos últimos tienen un origen de tipo societario, ya sea en el discurso

³⁵ Cabe aclarar que son reglas de solución de conflictos, por lo que su función consiste en guiar al operador jurídico en la aplicación de las normas, pero no se produce una derogación (s.s.) (*vid.* Huerta, 2009: 192-199).



político o en el social, por eso es confuso cuando Dworkin habla de principios en los ejemplos de Riggs y Henningsen.

Dependiendo del sistema jurídico, los principios generales del derecho pueden ser entendidos como fuentes del derecho autoritativas o substantivas en términos de Aarnio.³⁶ Las primeras son obligatorias en virtud de la autoridad normativa que las expide, por eso se pueden considerar como razones de autoridad. Las sustantivas en cambio, carecen de autoridad por lo que su uso es permitido solamente si no está prohibido por alguna disposición jurídica; por eso las considera como razones de apoyo y tienen un peso diferenciado en la argumentación. En este último grupo se encuentran los valores aun cuando en principio son propios de la moral, pero en su opinión pueden ser aplicados por el juez junto con otras fuentes para justificar sus decisiones o para integrar lagunas.³⁷

Esta es una de las funciones de los principios para Dworkin, que como vimos operan de manera más evidente en los casos difíciles, donde guían y restringen la decisión judicial en ausencia de reglas jurídicas. Es más, según Dworkin, reconocer la existencia de principios jurídicos vincula a los jueces a estándares del derecho en los casos difíciles también, por lo que estarían resolviendo conforme a normas del sistema. Cabe señalar que parte de la dificultad en la comprensión del significado del término “principio” radica en que para Dworkin los principios jurídicos y los valores se confunden, razón por la cual no distingue el sentido axiológico del jurídico del concepto de principio en el derecho.

Según Atienza y Ruiz Manero, “puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas

³⁶ Según Aarnio las fuentes del derecho pueden ser concebidas como razones para la argumentación, así se podrían clasificar en dos tipos: autoritativas (razones de derecho) y sustantivas (razones prácticas) (1991: 134-135).

³⁷ Aunque para Hannu Tapani Klami la función de las fuentes del derecho, así como de la doctrina es la de “eliminar el razonamiento acerca de principios y fines jurídicos de la moral subyacente” más que justificarla, con ello se refiere primordialmente a las fuentes autoritativas. Por eso, señala que las diferentes fuentes del derecho distan de ser homogéneas (1997: 41).



en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al por qué de su presencia en él, lo son, en todo caso. Sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos” (1993: 340).

Por último, el término “principio” se utiliza también para distinguir dos tipos de normas jurídicas según su operatividad o estructura, dependiendo de la teoría, en reglas y principios. Este sentido del término principio es producto de las teorías del derecho del siglo XX.³⁸ La distinción sirve para explicar dos procesos de concreción de derechos y obligaciones distintos, el de las reglas que se individualizan mediante la subsunción, y el de los principios que permiten distintos grados de aplicación, por lo que requieren de una ponderación previa a la subsunción. El problema surge de la dificultad para identificar el tipo de norma, pues en general la diferencia solamente se percibe en el caso de un conflicto entre normas y depende de la interpretación que el órgano aplicador haga del enunciado.³⁹

Esta distinción parte del supuesto de que reglas y principios pertenecen a una misma clase, la de las normas jurídicas, como formas de deber ser que dirigen la conducta de manera vinculante. En este sentido, el concepto de principio hace posible ofrecer una solución al tipo de conflictos que Dworkin denomina casos difíciles y que requieren de una justificación de la decisión de apartarse de la solución prevista en el sistema jurídico que deriva de la distinta forma de aplicación que corresponde a las reglas y a los principios. Para Aarnio esto no es tan simple, pues en su opinión, no hay límites claros entre reglas y principios, por lo que propone distinguir los principios que son parte de los valores ideológicos básicos del orden jurídico, de los

³⁸ Como bien señala Zagrebelsky, se trata de una aportación reciente a la discusión, ya que el positivismo jurídico tradicional no consideró una distinción conceptual entre regla y principio (1997: 117).

³⁹ Hay quienes consideran que no es necesario que se produzca un problema concreto de aplicación, según Guastini por ejemplo, los principios pueden colisionar en una interpretación “en abstracto” lo que produce un conflicto necesario (1999: 167).



principios jurídico-positivos (formalmente válidos, generalizaciones jurídicas y principios para la toma de decisiones) de los principios extra-sistemáticos.⁴⁰

La distinción entre reglas y principios como normas puede ser aplicada al análisis de las otras clases de principios mencionados que se encuentran en el derecho, de modo que los principios generales del derecho son normas que en términos de su estructura operan como reglas, de manera definitiva, como por ejemplo, “nadie puede beneficiarse de su propio ilícito”. Los principios jurídicos a su vez, parecen tener carácter definitivo, se integran por un conjunto delimitado de normas que pueden tener carácter de regla o principio, la posibilidad de que alguna de esas normas pueda ceder en su aplicación es lo que le confiere el carácter de principio. En el sentido axiológico, en virtud de su formulación genérica cuando expresan valores pueden ser considerados en su aplicación como principios, razón por la cual requieren de la ponderación.

La función de los principios en los conflictos entre normas

La noción de principio se explica hoy en día en primera instancia a partir de una teoría de los conflictos, una teoría completa de los conflictos entre principios, como señala Guastini, requiere de una tipología de los conflictos entre normas, un análisis de la estructura normativa de los principios y un análisis de los procesos interpretativos, entendidos en sentido amplio, que se utilizan en la solución de los conflictos (2007: 631). La tipología propuesta por Dworkin se analiza a continuación en términos de los conflictos entre normas, ya que él vincula los principios con el proceso de decisión judicial.

Dworkin habla de dos tipos de conflictos: entre reglas o entre principios. Para él, los conflictos entre reglas son posibles y considera que en un sistema jurídico serían situaciones de emergencia “que exigen una decisión capaz de alterar de manera espectacular el conjunto de estándares”, es más en caso de un conflicto moral, el “héroe

⁴⁰ Para Aarnio esta distinción es fundamental al análisis que le permite concluir que tras la interpretación “no es posible demostrar una diferencia entre estas categorías de normas”, esto es, reglas y principios (1997: 33).



moral” de su ejemplo ha de hacer de las normas principios y no reglas si se pretende un código moral coherente (2002: 137). Según él, los conflictos entre reglas se resuelven mediante otras reglas⁴¹ o bien, prefiriendo la regla que se funda en los principios más importantes (2002: 78).

Kelsen no distingue entre reglas y principios, simplemente analiza los conflictos entre normas, no obstante, afirma que existen dos modos distintos de resolverlos, sacrificando un interés para satisfacer el otro, o bien estableciendo alguna forma de compromiso entre ambos.⁴² En el primer caso, parece referirse a la solución que se da a un conflicto entre reglas, en el segundo, a uno entre principios, aunque él habla solamente de intereses y no de normas. La idea de solución de compromiso entre los principios concurrentes a aplicar se encuentra constantemente presente en la obra de Dworkin.

Para Alexy, una teoría satisfactoria del conflicto requiere de la distinción entre dos tipos distintos de normas: reglas y principios, que en su opinión se encuentra en el centro de la teoría de principios.⁴³ Alexy propone una teoría de los principios y el significado de la dimensión del peso tomando como presupuesto que estos tipos de normas son aplicables de manera distinta.⁴⁴ Esto significa que la forma de operar de las disposiciones jurídicas puede variar, esto hace que sea necesario utilizar métodos distintos de solución de conflictos.

Como bien dice Guastini, los conflictos normativos son para la doctrina tradicional una cuestión de interpretación, ya sea por ser el método mediante el cual se reconocen o se resuelven, aunque en

⁴¹ Estas reglas pueden ser explícitas o ser parte de la práctica jurídica, como por ejemplo *lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali* o *lex posterior derogat legi priori* establecen la prelación de la aplicación de las normas en caso de conflicto, y son llamadas “principios derogatorios” por la función que realizan.

⁴² “Regarded from the point of view of rational cognition, there are only interests, and hence conflicts of interests. They can be solved by an order that either satisfies one interest at the expense of the other, or seeks to establish a compromise between the two” (Kelsen, 194: 44-70).

⁴³ Según él, la teoría de principios es el sistema de implicaciones de dicha distinción (Alexy, 2009: 10).

⁴⁴ Alexy habla así de conflictos entre reglas y colisión de principios (1993: 87-88).



ocasiones, el conflicto resulta de la propia interpretación. En realidad, para él, el conflicto se resuelve mediante un acto de creación, como legislación negativa, que de interpretación (2007: 633-634). En su opinión, cuando en el proceso de interpretación se identifica un principio se realiza un acto discrecional que incide en el derecho positivo en la medida en que les reconoce la calidad de fuentes del derecho a principios no expresos, de modo que lo que se lleva a cabo es un acto de integración del derecho (2001: 138).

Los conflictos se pueden producir entre normas (sean reglas o principios), entre una norma y un principio (entendido como valor), o entre una norma y un principio general de derecho, entre principios de la misma o distinta categoría, e incluso entre metanormas.⁴⁵

Entre los principios se pueden producir colisiones, Dworkin habla de principios que se intersecan, y quien resuelve el conflicto “tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (2002: 77). “*Balancing*” refiere al proceso de ponderación que en opinión Dworkin es necesario cuando entran en juego principios. Según Dworkin cuando entran en conflicto, los principios se influyen recíprocamente y cada principio relevante para un caso proporciona una razón a favor de una cierta solución aunque no la determine (2002: 135), y prevalece el que tenga mayor fuerza de convicción. Hay que resaltar que habla de “pesos relativos”, es más señala que en este procedimiento no puede haber una medición exacta, y “el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia” (2002: 77-78). Esto sin embargo, no es un argumento válido para desacreditar la existencia o relevancia de los principios.

Cuando los principios entran en conflicto, su cualidad de estándar no concluyente expresa una razón que orienta hacia un determinado resultado o acción, pero para Dworkin no determina, sin embargo, ese resultado o acción. De modo que se pueden entender como razones para la decisión cuyo contenido determina cuándo deben aplicarse. Es

⁴⁵ Las reglas para resolver incompatibilidades pueden entrar en conflicto entre sí, pues en ocasiones pueden ser aplicados más de un criterio. Este es un problema de incompatibilidad entre meta-normas o de normas segundo grado, que se resuelve mediante otras reglas. (vid. Díez-Picazo, 1990: 70, 361-362; Guastini, 2000: 79-83).



el conjunto de principios aplicables a un caso y la ponderación de su peso relativo, lo que determina una solución jurídica en particular. Si el juez no hace una adecuada ponderación de los principios en cuestión, su decisión no será jurídicamente correcta. Dada su dimensión de peso requieren de la ponderación de otras razones del mismo carácter en el momento de determinar la respuesta jurídica en términos de las circunstancias particulares de un caso. Alexy sostiene que es propio de los principios que sean optimizados, esto significa que sus contenidos deben ser aplicados en la mayor medida posible (1993: 86-87).⁴⁶ Según él, el método idóneo para determinar la aplicabilidad y alcance de un principio es la ponderación, mediante la cual se pretende conciliar los principios en conflicto de manera óptima.

En "*The Model of Rules II*", Dworkin responde a las objeciones de Raz; la parte de la discusión de interés en este apartado es en la que Raz sostiene que hay un tercer tipo de problemas, los conflictos entre reglas y principios, cuando las reglas se confrontan a principios. Esta observación de Raz plantea un problema para la solución de los conflictos en términos de la distinción propuesta por Dworkin. Dworkin dice que una de las razones para establecer la distinción entre reglas y principios fue demostrar "cómo con frecuencia las reglas representan una especie de compromiso entre principios" concurrentes, cuestión que en su opinión puede demeritarse si se habla "demasiado libremente" de conflictos entre reglas y principios (2002: 142). Por eso es que al discutir el ejemplo de la usucapión, Dworkin sostiene que las reglas reflejan un principio más que entrar en conflicto con él, "porque son normas que tienen una forma diferente de la que habrían tenido si en la decisión no se hubiera asignado al principio peso alguno" (2002: 141). Para Dworkin esta situación se resuelve como si se tratara de un conflicto entre principios, mediante la ponderación del principio en colisión y el principio que subyace a la regla en conflicto. Esto implica una transformación o traducción de la regla aplicable en un principio para poder ponderar normas del mismo tipo, es decir, principios.

⁴⁶ Para Dworkin la dimensión del peso o importancia es parte esencial del concepto de principio (2002: 78).



Al explicar Dworkin la función de los principios en un conflicto parte de la afirmación de que son disposiciones que establecen derechos cuya obligatoriedad es un requerimiento de justicia o equidad, ya que en su opinión reflejan un aspecto de la dimensión moral del derecho (2002: 72). No obstante, los distingue de los valores que tienen como función orientar las conductas para lograr un fin, y sirven para guiar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas.⁴⁷ Para él, los principios forman parte de los procesos de toma de decisión en su carácter de razones para la acción, tanto de los individuos como de los legisladores y los órganos aplicadores del derecho. Uno de los ejemplos que Dworkin ofrece es el caso de *Henningsen*, en que el tribunal concluye para justificar su decisión sobre la responsabilidad del fabricante, que los principios a los que recurre para superar el principio sobre la libertad de contratación son de mayor importancia. Es más los jueces, según Dworkin, “se sintieron” vinculados por principios cuya autoridad jurídica derivaba de su contenido moral. Esto no implica para él ejercer la discreción fuerte, pues el juez no es libre para decidir ya que debe tener en cuenta los principios que van en contra de la reinterpretación de la regla (como los de seguridad jurídica, de legitimidad democrática, etcétera).

Como los principios no son concluyentes deben ponderarse con otros principios sustantivos que argumentan a favor de la reinterpretación. Cuando el juez hace la ponderación se encuentra vinculado tanto por los principios como por las reglas, por lo que no puede decidir según otros criterios o sus preferencias, pues ha de dar una respuesta jurídica que derive de la mejor interpretación. Para Alexy, una colisión de principios puede producirse como un conflicto de valores y viceversa, la diferencia consiste en que la solución a un conflicto de principios establece un deber definitivo, en el caso de los valores en cambio, responde qué es lo mejor (1997: 164).

A pesar de lo oportuno de la distinción hecha por Dworkin y de su análisis de la práctica jurídica en su país, su propuesta dista de

⁴⁷ Alexy sostiene que los principios tienen una dimensión “deontológica”, no obstante la distingue de la axiológica como reglas de valoración, de los criterios de valoración o valores en sentido estricto (1993: 141-147).



ser clara. Las imprecisiones de Dworkin se pueden superar en cierta medida si se complementan sus tesis con la teoría de Alexy, metodológicamente mejor desarrollada y con mayor sensibilidad analítica. Su definición de los principios como “mandatos de optimización” ha contribuido a la comprensión de la aplicación de los principios. Alexy, siguiendo a Esser,⁴⁸ parte del supuesto que las normas se dividen en reglas y principios (1993: 87-88), aunque para él, la diferencia no es tan sólo gradual sino cualitativa. Los principios como “mandatos de optimización” ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que los principios pueden ser satisfechos en distintos grados sin que se produzca una vulneración de los mismos o se afecte su validez. Los principios deben ser ponderados, puesto que la ponderación es una propiedad característica de su aplicación. Las reglas en cambio, en virtud de su carácter definitivo solamente pueden ser satisfechas o no en sus términos. Son normas que ordenan, prohíben o permiten una conducta de manera definitiva, o que atribuyen una competencia específica. Por ello es que se pueden considerar como “mandatos definitivos”; a diferencia de los principios que tienen una obligatoriedad *prima facie*, pues a pesar de que su contenido prevé una acción, es necesario además que se realice un acto de ponderación.⁴⁹

La explicación de la aplicación de las reglas es similar en Dworkin, dice Schapiro que dado que en opinión de Dworkin las reglas son estándares de “todo o nada” si una regla es aplicable a un caso se considera “conclusiva” o “dispositiva”, de modo que las reglas válidas son razones conclusivas para la acción. Esto es lo que en su opinión impide el conflicto, pues si se oponen, entonces al menos una de ellas no puede ser aplicable al caso, a pesar de que Dworkin admite expresamente que los conflictos entre reglas son posibles (2002: 137). Mientras que los principios como no ofrecen más que un apoyo justificatorio a

⁴⁸ Según Esser principios y reglas tienen una diferente estructura lógica, e igual que para Dworkin esta diferencia no es una cuestión de grado sino una estricta separación (1956).

⁴⁹ Ponderar consiste en establecer y justificar las condiciones de precedencia de un principio frente al otro, procurando que las normas en conflicto sean satisfechas en la mayor medida posible (*vid.* Huerta, 2007: 172).



la decisión, que no es necesariamente conclusivo, si pueden entrar en conflicto. Por lo que en la teoría de Dworkin, el juez ha de “seleccionar la posición que viene respaldada por los principios de mayor peso relativo” para resolver el conflicto (Schapiro, 2012: 151).

Siguiendo a Alexy, e incluso a Dworkin, las reglas y los principios pueden ser entendidos como tipos de normas distintos. Lo que no es claro, es si su estructura como enunciados normativos es diferente, o si a partir de su formulación se puede percibir su naturaleza. Dworkin sostuvo que la diferencia se puede percibir en ocasiones en su formulación, pero no siempre. Pero las normas, tanto las reglas como los principios, tienen la misma forma lógica (condicional) y estructura ideal (una conducta modalizada deónticamente)⁵⁰ cuya función es guiar la conducta,⁵¹ lo que no prevén los principios es una sanción coactiva. En general, los enunciados normativos que expresan reglas prevén un supuesto de hecho, una cópula y las consecuencias jurídicas, mientras que la formulación de los principios puede ser más vaga, conocerse como fórmulas abreviadas, o ser considerados como derechos o libertades. Si la diferencia consistiera en que los principios no prevén consecuencias jurídicas como dice Dworkin, o lo hacen solamente *prima facie*, entonces, esto debería poder percibirse en el enunciado normativo. Pero el carácter de regla o principio puede verse más bien como un comportamiento alternativo de las normas que depende de las circunstancias, de un conflicto específicamente, es por ello que el método de solución solamente se descubre con motivo de un conflicto específico.

Algunas reflexiones finales

No es necesario insistir en que la obra de Dworkin está plagada de imprecisiones, contradicciones y redundancias que dificultan la comprensión del concepto de principio a pesar de quedar claro el objetivo

⁵⁰ El carácter es una forma de deber que califica una conducta que constituye el contenido de la norma (Wright, 1979: 87-88).

⁵¹ Para Poscher, el análisis del tratamiento de los conflictos entre normas en un sistema jurídico indica que las reglas y los principios tienen la misma estructura y que en realidad se distinguen en el contenido contingente de una estructura unitaria (2007: 65).



último de su distinción entre reglas y principios: la justificación de un modelo de adjudicación acotado por la moral, menos formalista y más libre, pero no arbitrario, que el del positivismo que critica. La falta de criterios para poder distinguir y delimitar el alcance y función de principios, valores y fines, incluidos todos en las categorías no bien diferenciadas por Dworkin de *principles* y *policies*, es una gran deficiencia que afecta negativamente su postura sobre la relevancia de los principios en el derecho.

No distinguir los principios como valores de los principios jurídicos (s.s.) y de los principios generales del derecho, no solamente dificulta la comprensión de su propuesta para los lectores de las tradiciones de derecho escrito donde los principios tienen un papel relevante, sino que desvirtúa los ejemplos que da en su obra. Además, dificulta la comprensión de los roles que los principios juegan en los conflictos normativos. Los valores pueden funcionar como meta-normas respecto a los principios y como meta-meta-normas, o normas de tercer grado respecto a las reglas,⁵² porque un conflicto normativo puede requerir su traducción o transformación en una confrontación de distinto nivel para su solución.⁵³ Esto es así, porque como dice Pérez Luño, los valores se concretan en principios y éstos se incorporan en las disposiciones específicas del derecho (1984: 291-292).

Tanto reglas como principios pueden tener excepciones, y en el caso de ninguna de las dos categorías, se pueden identificar todas ellas. El carácter definitivo de las reglas no es una propiedad de todas las normas que Dworkin consideraría como reglas como se evidencia al hacer excepciones cuando menciona el uso de términos vagos, la posibilidad de que la regla opere sustantivamente como principio, que

⁵² Como meta-normas Pérez Luño señala que los principios tienen un significado metodológico en el que aparecen entendidos como *principia cognoscendi*, esto es, como reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las demás normas jurídicas (1993: 142).

⁵³ Al solucionar un conflicto se puede producir un conflicto de segundo nivel entre los criterios o normas de solución de los conflictos, entre los principios generales del derecho que se invoquen, o bien, entre los valores que se consideran que sustentan la norma. Entre los argumentos aducidos en la justificación también se puede producir un conflicto en los diferentes niveles de argumentación, esto es, entre normas, intereses o valores (*vid.* Huerta, 2007: 200).



principios y reglas pueden parecerse. Estas afirmaciones hacen manifiesta su falta de claridad y rigor, y ni siquiera consideró las normas cuyo supuesto de hecho no es de aplicación estricta.

Por otra parte, me parece que pensar que al resolver los jueces conforme a principios se supera el problema de la discreción fuerte es ingenuo. Dworkin defendió la posibilidad de un objetivismo moral frente a numerosos ataques, no obstante, es improbable que la apreciación valorativa por los jueces pueda ser objetiva (s.s.). Además de que con frecuencia parece confundir la discreción como facultad con la arbitrariedad. La ponderación no solamente es subjetiva, sino que como señala Guastini, “implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez”, pues es “una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios” en colisión, al igual que “la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver” (2007: 637). En general, la idea de una jerarquía de valores definida y determinada de manera absoluta no es aceptada.

Hubiera sido conveniente que Dworkin considerara la pluralidad de significados del término “principio” en el derecho, así como su capacidad para desempeñar distintas funciones para poder superar la falta de precisión en el uso del lenguaje. Además, hubiera sido deseable que en algún momento dedicara parte de su tiempo al análisis de los principios en términos de su primer periodo, ya que en su obra lo que se percibe es más bien un cambio de concepción que un desarrollo, pero no solamente no revisó esos primeros textos, sino que como él mismo confesó aquél día en la conferencia mencionada, nunca pensó en abundar en el significado del concepto de principio en términos de la distinción propuesta entre reglas y principios en esta fase de su obra.



Referencias bibliográficas

Aarnio, Aulis, (1991) *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

_____, (1997) "Las reglas en serio" en *La normatividad del derecho*. Barcelona, Gedisa.

Alexy, Robert, (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

_____, (1997) *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa. Traducción de Jorge M. Seña.

_____, (2009) "Die Konstruktion der Grundrechte" en *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Nomos Verlag.

Aragón, Manuel, (1989) *Constitución y democracia*. Madrid, Tecnos.

Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero, (1993) "Tres enfoques de los principios jurídicos" en *Revista de ciencias sociales, Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje*. Número 38, primer y segundo semestre. Chile, Valparaíso.

Calsamiglia, Albert, (2002) "Ensayo sobre Dworkin" en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.

Díez-Picazo, (1990) *La Derogación de las Leyes*. Madrid, Editorial Civitas.

Dworkin, Ronald, (1986) *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Gedisa.

_____, (2002) *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.

Dyzenhaus, David, (2012) "El imperio de la ley como imperio de los principios liberales" en Melero de la Torre, Mariano C. (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. México, Tirant Lo Blanch.

Esser, Josef, (1956) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, Mohr.

Guastini, Riccardo, (1999) *Distinguiendo*. Barcelona, Gedisa.



_____, (2000) *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, UNAM. Traducción de M. Gascón y M. Carbonell.

_____, (2001) *Estudios de teoría constitucional*. México, Fontamara.

_____, (2007) "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales" en *Palestra del Tribunal constitucional*, Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, número 8. Agosto 2007. Lima, Perú.

Hart, H.L.A., (1992) *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió.

_____, (2000) *Post scriptum al concepto de derecho*. Bulloch y Raz (eds.), México, UNAM. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.

Huerta, Carla, (2007) *Conflictos Normativos*. México, UNAM.

_____, (2009) *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México, UNAM.

_____, (2009) "Artículos transitorios y derogación" en *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*. México, UNAM.

Kelsen, Hans, (1941) "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence" en *Harvard Law Review*. Vol. 55, número 1. Noviembre 1941. pp. 44-70.

_____, (1979) *Allgemeine Theorie der Norme*. Viena, Manz Verlag.

_____, (2000) *Teoría pura del derecho*. Segunda edición. México, UNAM. Traducción de Roberto J. Vernengo.

Pérez Luño, Antonio-Enrique, (1984) *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos.

_____, (1993) "Las fuentes del derecho y la teoría de Ronald Dworkin" en *Revista de ciencias sociales, Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje*. Número 38, primer y segundo semestre. Chile, Valparaíso.

Poscher, Ralf, (2007) "Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie" en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Sieckamnn, (ed.). Baden-Baden, Nomos.

Ruiz Manero, Juan (1995) "Principios jurídicos" en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid, Trotta.



Schapiro, Scott J., (2012) "El debate "Hart-Dworkin": una breve guía para perplejos" en *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. Melero de la Torre, Mariano C. (ed.). México, Tirant Lo Blanch.

Sieckmann, (1990) *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden, Nomos.

_____, (2000) "Zum Verhältnis von Werten und Normen" en *Perspektiven der Analytischen Philosophie*. Meggle, Nida-Rümelin (eds.). Berlín, Nueva York, Walter de Gruyter.

Tapani Klami, Hannu, (1997) "" *Res ad ethicam venit*" Algunos comentarios acerca de reglas, principios y hechos" en *La normatividad en el derecho*. Barcelona, Gedisa.

Vernengo, Roberto, (1993) "El derecho como interpretación e integridad" en *Revista de ciencias sociales, Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje*. Número 38, primer y segundo semestre. Chile, Valparaíso.

Wright, H. von, (1979) *Norma y Acción, Una investigación lógica*. Madrid, Editorial Tecnos. Traducción de Pedro García Ferrero.

Zagrebelsky, (1997) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Segunda edición. Madrid, Editorial Trotta.

La crítica de Dworkin y los críticos de Dworkin

Víctor Rojas Amandi

El punto de partida filosófico

Dworkin califica su teoría como una teoría liberal del Derecho (1987: VII), y sostiene la idea que la Filosofía del Derecho y la Argumentación jurídica no pueden ser tratadas de manera independiente de la Filosofía Política (Bayles, 1992: 132). Partiendo de un individualismo ético, él sostiene un liberalismo determinado por los valores fundamentales democráticos y sociales, el que se complementa por la pretensión de una justicia distributiva y por la igualdad de recursos (Wolf, 1999: 13). De esta forma, Dworkin busca distanciarse del utilitarismo (Wolf, 1999: 367), la filosofía social dominante en los Estados Unidos. Sin embargo, en el prólogo de su obra *Los Derechos en Serio —Taking Rights Seriously—* Dworkin recurre a un fundamento utilitarista cuando sostiene que la de los derechos individuales que defendió en su obra no se fundamenta en una idea metafísica, sino en la teoría dominante, esto es, se le puede considerar como pariente del utilitarismo (Dworkin, 1987: XI). Pero esto sólo seguirá siendo relativo, puesto que la tesis de Dworkin en el sentido que a los seres humanos les asisten derechos, que existen independientemente y antes de su reconocimiento y puesta en vigor institucional, se encuentra en una contradicción abierta con el



utilitarismo económico según el cual los ciudadanos pueden legítimamente rechazar una decisión del legislativo si dicha decisión no contribuye al bienestar general (Dworkin, 1987: XI).

De manera alternativa y recurriendo a la teoría de la justicia de John Rawls (*vid.* Rawls: 2002), Dworkin coloca en el centro de una filosofía política al principio de la igualdad, que él define como el derecho fundamental y axiomático a una consideración y respeto iguales (Dworkin, 1987: XII).

La posición metódica de Dworkin es empírica (Bittner, 1988: 41) y su argumentación recurre a una mezcla de lógica, intuición y experiencia práctica y, según el caso, les concede mayor importancia en la construcción de sus conceptos o en la fundamentación de sus tesis (Guest, 1997: 2).

El contenido de la obra de Dworkin es, a menudo, difícil de entender, pues habiendo advertido contradicciones, cambió su terminología y dejó muchas cuestiones sin resolver (Dworkin, 1986a: 227-228). El desarrollo de su propia concepción del Derecho como integridad —*law as integrity*—¹ en el paso del tiempo nos recuerda a un camaleón, el que conserva en esencia su forma, pero que de acuerdo a cada situación puede cambiar su color (Raz, 1972: 851). Sus introducciones sumarias sobre el positivismo jurídico llegan a ser en ocasiones un tanto superficiales e imprecisas (Dworkin, 1987: 17). Quizá por eso Dworkin se definió así mismo más como un filósofo que como un científico (Guest, 1997: 7).

Para Dworkin no parece ser un tema ni la objetividad en el sentido de la libertad frente a los valores, ni la consecuencia lógica. Él, en cambio, pretende hacer valer sus argumentos concretos y reducir la pretensión de objetividad a la posibilidad de buscar las mejores o sólo mejores respuestas (Guest, 1997: 9).

La exigencia de disputas comunicativas parece evocar la teoría de la acción comunicativa de Habermas a cuyas tesis de conductas comunicativas recurre Dworkin expresamente en el marco de su

¹ Con el concepto de integridad Dworkin entiende tanto como completo, como íntegro en el sentido moral, aunque también se podría recurrir a la idea de coherencia (Dworkin, 1986a:94; Michaut, 1999:211).



teoría de la interpretación (Dworkin, 1986a: 420, 422). Sin embargo, no obstante que Dworkin fue de la idea que los juicios subjetivos y las percepciones personales son elementos esenciales de su teoría, renunció a aceptar una teoría relativista del conocimiento en el sentido postmoderno. Así mismo, mientras niega la posibilidad de la última verdad segura y sostiene como posibles diversas perspectivas, el concepto central de la teoría del Derecho de Dworkin es su tesis de la única respuesta correcta en los denominados casos difíciles —*right answer in hard cases*—.

Aunque algunos elementos de las tradicionales teorías del Derecho del Natural y del Derecho Positivo se encuentran muy cercanos a la teoría de Dworkin, ésta no se puede categorizar bajo ninguna de las dos corrientes. Tampoco resulta propio encuadrarla bajo una posición analítica de la Teoría del Derecho (Hoffe, 1999: 6). Dworkin mismo entiende a su teoría como una teoría diferente al Derecho Natural y a la teoría positivista del Derecho (Bittner, 1988: 18).

Para Dworkin el Derecho es Derecho en el caso concreto y como tal solo existe dentro de un ejercicio de interpretación —*exercise in interpretation*— (Dworkin, 1986b: 146), por lo que no considera posible establecer una frontera precisa entre la teoría y la praxis del Derecho (Dworkin, 1986a: 380, 410). Dworkin, por lo mismo, no establece un criterio para definir la diferencia específica del Derecho, pues lo que por Derecho se deba entender en un sistema jurídico es el resultado de un proceso permanente infinito de la actividad interpretativa de los jueces y no un simple conjunto de normas jurídicas impuestas de manera abstracta por la autoridad estatal.

El punto de partida para la Teoría del Derecho

La teoría de Dworkin parte de la afirmación que la teoría dominante de los derechos y obligaciones individuales —*legal rights*—,² a la que se

² En razón que Dworkin postula una teoría de los derechos cuya existencia no requiere de un proceso de creación y puesta en vigor por instituciones oficiales y que resultan de tal forma exigibles jurídicamente hablando, no se podría traducir dicho concepto textualmente como derechos legales o como derechos personales por lo que se ha preferido utilizar el término de simplemente derechos.



conoce como positivismo, por lo menos en su perspectiva política liberal, sólo permite dar cuenta de la realidad de una manera defectuosa (Dworkin, 1987: XII, 352), puesto que no permite considerar la relación empírica e indisoluble entre Derecho y Moral. Por lo mismo, Dworkin pretende superar dicho déficit con una nueva teoría más completa.

Dworkin plantea que el positivismo jurídico desconoce la esencia y función de los principios. Él desconoce el valor de las reglas básicas del positivismo, tales como la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart, como criterios idóneos para establecer la diferencia entre los derechos y las normas de otro tipo de sistemas normativos, principalmente el de la Moral. Dworkin considera a los principios como parte integral del Derecho aplicable y critica a la tesis de la discrecionalidad judicial, puesto que en el Derecho siempre será posible encontrar un principio aplicable. Así las cosas, el sistema jurídico es completo e incluso para los casos difíciles el juez podría encontrar una solución jurídica. De esta forma, no será necesario que en la praxis jurídica se tenga que inventar una solución recurriendo a la discrecionalidad y creatividad judicial.

Dworkin encuentra una interacción indisoluble entre la Moral, Política y el Derecho válido en el seno de una comunidad jurídica cuando en el curso de un proceso jurídico se deben aplicar los principios cuyo origen se encuentra en la Moral. De esta forma, Dworkin plantea una *Teoría de la Interpretación Constructiva* (1986a: 65), que permita considerar al sistema de valores morales de una determinada sociedad y cuya máxima suprema manda utilizar para la identificación de los derechos concretos a los principios que puedan óptimos de acuerdo al grado de desarrollo del sistema jurídico en cuestión, para así presentar a dichos derechos a la luz de su mejor perspectiva moral (Dworkin, 1986a: 47, 90). Por esto, según Dworkin el Derecho es un concepto interpretativo —*interpretive concept*—.³

La fuente más importante en que se inspira la teoría de Ronald Dworkin es la praxis de la familia del Derecho a la que se le denomina

³ Con la expresión *interpretive concept* Dworkin trata de referirse a una práctica profesional cuya esencia consiste en una actividad de interpretación continua a lo largo del tiempo (Dworkin, 1986a: 87).



Sistema Jurídico Angloamericano o de *common law*. Más concretamente, las tesis de nuestro autor se deben entender a la luz de la evolución y de la práctica actual del sistema jurídico de los Estados Unidos. En la práctica de este sistema jurídico, los abogados se confrontan argumentativamente para provocar convicción en los juzgadores, los que no deciden razonando con base en el modelo de la subsunción, sino que más bien descubren y adjudican derechos. Sobre la cuestión de si el derecho así adjudicado es creación de un nuevo derecho o, más bien, se aplican reglas y principios preexistentes, Dworkin precisa que la respuesta a esta interrogante es sumamente compleja, puesto que no sólo tiene que ver con la medida de la competencia judicial, sino también con las obligaciones morales y políticas de los particulares de respetar al Derecho judicial (Dworkin, 1987: 5).

De acuerdo con Dworkin, la Teoría del Derecho anterior, en razón que ha sido incapaz de considerar a los hechos, ha negado que en la praxis jurídica están presentes los principios morales y políticos y sostiene que se trata de cuestiones estrictamente jurídicas. Según Dworkin, una teoría del Derecho no puede ser exitosa si en la fundamentación de derechos y obligaciones individuales se excluye el tema de la Moral (1987:7).

¿En qué medida Dworkin ha sido influido por otros grandes autores?, es una pregunta que no resulta fácil de contestar. Hart y Rawls inspiraron en una forma importante a Dworkin (1987: IX, XII). También, Ludwig Wittgenstein y John Stuart Mill son citados con frecuencia en la obra de Dworkin. Otros autores que influenciaron la obra nuestro autor son Willard van Orman Quine, Bernard Williams y Gareth Evans (Guest, 1997: 4,6; Bittner, 1988: 17; Newen y Von Savigny, 1996: 140).

La crítica de Dworkin al positivismo jurídico

Dworkin elige al positivismo jurídico como objeto de su crítica por dos razones fundamentales. Por una parte, debido a que es una teoría que se caracteriza por su orden, claridad y elegancia. Por la otra, porque casi cualquier Filosofía del Derecho tiene que confrontarse con las máximas del positivismo (Dworkin, 1987: 16).



La argumentación de Dworkin se construye alrededor de los principios, los que según su punto de vista permanecen desconsiderados o, por lo menos, tratados de manera marginal en la teoría del positivismo. Así, la discrecionalidad judicial, concepto central del positivismo, pierde su importancia en razón que gracias al rol que juegan los principios en la práctica judicial el sistema jurídico carece de lagunas. Hablar de un sistema jurídico como un conjunto de reglas claramente diferenciadas de las de otros sistemas normativos, en especial, los de la Moral, tal y como lo hace el positivismo, no corresponde a una práctica profesional, en donde en muchas decisiones, la Moral incorporada en los principios es la que aporta los criterios de decisión judicial. Según Dworkin, en el marco de una teoría jurídica no es ni posible ni deseable entender al Derecho como un objeto separado de la Moral.

La teoría del Positivismo de Hart

El concepto de Derecho en H.L.A. Hart constituye el punto de partida para el modelo de Dworkin. Esto se debe a que éste eligió la Teoría de Hart como modelo para su crítica al positivismo jurídico. Sin embargo, como bien observa Hart, más que criticar al positivismo con base en los mismos presupuestos epistemológicos con que el mismo se construyó —esto es como una teoría general, descriptiva (Perry, 1998: 427-428) y valorativa del Derecho desde el punto de vista de un observador externo—, Dworkin analiza los resultados a que llega dicha teoría con base en un diferente paradigma epistemológico, el que se caracteriza por ser justificativo de cierto grupo de sistemas jurídicos, evaluativo, interpretativo y que parte de la perspectiva interna de los operadores del Derecho (Hart, 1997: 240-241).

El aspecto central en la Teoría de Hart consiste en la construcción de un sistema general y descriptivo con base en un análisis lógico-empírico de la estructura de los sistemas jurídicos nacionales (Hart, 1997: 240-241). De aquí se llega a un concepto de Derecho como un sistema complejo de reglas. La construcción del sistema en Hart es general, debido a que pretende delinear las estructuras de cualquier sistema jurídico históricamente dado. Es así mismo descriptivo, por



pretender ser moralmente neutral y por renunciar a propósitos justificativos (Hart, 1997: 241).

El Derecho como un sistema complejo de reglas

Hart entiende al Derecho como un sistema que se integra por reglas diferentes desde un punto de vista lógico. Según él cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada uno de ellos cumple. El primer grupo se integra por reglas que prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias —reglas imperativas— o que, autorizan o facultan —reglas imperativas— a éstos para llevar a cabo ciertas conductas —*normas primarias*—. Este primer grupo de reglas del sistema jurídico son del mismo tipo que las reglas que integran cualquier otro sistema normativo, tal y como serían las reglas de la Moral o de trato social.

El segundo grupo de reglas —*reglas secundarias*— son un complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las *reglas primarias*. Dentro de tales deficiencias encontramos la indeterminabilidad de su contenido, su carácter estatal y su ineffectividad social. El ámbito material de validez de las *reglas secundarias* son las *reglas primarias*, por lo que bien se puede decir que son *reglas sobre reglas*. Hart diferencia dentro de las *reglas secundarias*— (Hart, 1997: 79-99) tres grupos: *reglas de decisión* —*rules of adjudication*—; *reglas de modificación* —*rules of change*— y; *reglas de reconocimiento* —*rules of recognition*—.

En contra de la falta de efectividad de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que precisan de que forma se debe comprobar que una norma perteneciente al sistema ha sido quebrantada. Para el efecto, el sistema le atribuye competencia a ciertas personas a efecto de que de manera oficial y bajo ciertas condiciones declaren que dicho quebrantamiento en los términos establecidos por sistema jurídico se ha corroborado. Estas reglas a las que se les conoce como *reglas de decisión* cumplen dos funciones: por una parte, debido a que la violación de las *reglas primarias* en un sistema jurídico no se acredita de manera directa por



el afectado con la conducta lesiva, se requiere una decisión por una autoridad competente en los términos del sistema en el sentido de que una *regla primaria* con un contenido establecido de manera oficial ha sido violada. Este objetivo se cumple gracias a la existencia de las *reglas de decisión* (Hart, 1997: 96). Dicha función la expresó Hans Kelsen, en los siguientes términos:

Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que el hombre haya matado como condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico (1982:249).

La segunda función que cumplen las *reglas de decisión* consiste en el efecto que produce la declaración oficial de la aplicación de una sanción.

En contra de la estática de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con reglas que establecen de qué forma las reglas del sistema jurídico pueden ser modificadas o suprimidas y nuevas reglas pueden ser puestas en vigor —*reglas de modificación*— (Hart, 1997: 95). En los otros sistemas normativos o en un sistema jurídico primitivo, la existencia de las reglas de conducta —*reglas primarias*— se corrobora a partir de una observación exterior de la efectividad de las mismas. Éstas se viven y su contenido evoluciona sólo al ritmo natural de un proceso de evolución social. La mayor o menor rapidez del cambio de reglas antiguas a las modernas funciona sólo en un contexto de un proceso social evolutivo que queda fuera de la posibilidad de una dirección con base en un plan de acción. Cuando la organización política y los recursos técnicos de las sociedades evolucionan, se hace necesario el control planificado de la conducta de sus miembros. El medio como esto se hace posible, son en el lenguaje de Hart las *reglas de modificación*. Éstas determinan tanto la derogación de reglas existentes como la introducción de nuevas reglas al sistema.



Para evitar la indeterminabilidad —esto es, la incertidumbre que existe sobre si una regla pertenece o no al sistema normativo— que caracteriza a las reglas que integran otros sistemas normativos diferentes al sistema jurídico, éste dispone de *reglas de reconocimiento*. Éstas establecen qué criterios debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Las *reglas primarias* sólo debido al hecho de que han sido producidas con base en un procedimiento que se encuentra previsto por las *reglas secundarias de reconocimiento*, adquieren el carácter de reglas que forman parte del sistema jurídico y por ende de reglas jurídicas válidas. Para saber cuáles reglas pertenecen al sistema y cuáles no se debe aplicar un *test de procedencia* con base en una *regla de reconocimiento*. Dicho test tiene por objeto investigar el origen de la regla para comprobar que en el procedimiento que le ha dado nacimiento se han cumplido con todos y cada uno de los requisitos que una *regla de reconocimiento* establece como condición de su validez. Cuando un sistema jurídico es más evolucionado sus *reglas de reconocimiento* resultan más complejas. Por otra parte, un sistema jurídico evolucionado dispone para diferentes tipos de reglas de distintas *reglas de reconocimiento* (Hart, 1997: 94-95). Debido a que son las *reglas de reconocimiento* las que determinan cuáles reglas pertenecen y cuáles no pertenecen al sistema, las mismas son las *reglas secundarias* más importantes.

Entre los tres tipos de reglas secundarias existen relaciones de interdependencia recíproca. Esto debido a que la aplicación de *reglas de decisión* y de *reglas de modificación* presuponen una *regla de reconocimiento*. Las dos primeras presuponen la existencia de una regla fundamental básica (Ott, 1976: 95).

La regla de reconocimiento como la regla secundaria más importante

En el juego entre reglas primarias y secundarias las *reglas de reconocimiento* cumplen la función de reglas últimas. Ellas establecen los criterios de validez, sobre lo que debe valer como Derecho o, como parte del Derecho, en especial ante los tribunales (Kramer, 1988: 406-411).



Hart establece la diferencia entre un punto de vista interno y un punto de vista externo en relación con el significado de la expresión regla. Desde un punto de vista interno cada quien expresa lo que acepta como una norma para sus conductas. Con esto Hart describe una circunstancia interna y psicológica sobre lo dicho. Un punto de vista externo lo sostiene aquél quien verifica un criterio que valga para establecer una regularidad de conducta además de la aceptación de una sociedad determinada. El observador externo renuncia a hacer valer su punto de vista interno y psíquico. De esta forma, una regla de reconocimiento presenta dos aspectos. El aspecto exterior radica en la existencia de una praxis compleja, pero regularmente coordinada, de los tribunales, autoridades administrativas y personas privadas, cuando ellos con ayuda de determinados criterios objetivos identifican lo que vale como Derecho.

Junto al aspecto exterior, Hart hace énfasis en el aspecto interior de una *regla de reconocimiento*. Según ésta, una regla llega a ser una *regla de reconocimiento* cuando la misma se acepta por ciertas autoridades (Ott, 1976: 97). Hart no establece una distinción radical entre aceptación y aplicación de la *regla de reconocimiento*. El parece estar de acuerdo con que existe aceptación de dicha regla cuando la misma se aplica por las autoridades competentes (Eckmann, 1969: 96).

La validez de una norma presupone la existencia y la aplicación de una *regla de reconocimiento*. Debido a que ésta es la que establece criterios de validez para otras reglas, ella misma no puede ser ni válida ni inválida (Hart, 1997: 153). Su existencia descansa sólo en la circunstancia de que ella se acepte por los jueces y demás autoridades como una regla de identificación (Bittner, 1988: 142; Ott, 1976: 97). Con la *regla de reconocimiento* Hart ha fundamentado su concepción del Derecho en un concepto de validez normativo (Ott, 1976: 98).

El Concepto de Derecho de Hart como sistema de reglas

El análisis de Hart del Derecho moderno como un sistema consistente en dos tipos diferentes de reglas —*reglas primarias* y *reglas secundarias*— constituye, como lo hemos mencionado, el punto de partida de Dworkin para su crítica del positivismo.



Digno de análisis resultan las consecuencias del concepto de Derecho de Hart por lo que respecta tanto a la naturaleza de la estructura teórica, como por cuanto hace a la naturaleza de la teoría de la validez. Más concretamente nos referimos al Derecho como sistema cerrado de normas y a la regla como la única fuente posible del Derecho. El aspecto de la teoría de la validez lo ilustra el concepto de Derecho de Hart por cuanto hace a los criterios que debe cumplir una norma para adquirir carácter jurídico. Este aspecto nos lleva a un tercer elemento que Hart defendió: la necesaria separación entre Derecho y Moral.

El Derecho como sistema de reglas

La representación del Derecho como sistema de reglas se basa en un concepto de Derecho moralmente neutral (Hart, 1997:240) y fundamentado en exclusiva en criterios empíricos. Esto es, que renuncia a utilizar como fundamento de validez criterios morales. El sistema de reglas representa en la teoría de Hart una realidad tanto psíquica como física (Ott, 1976: 104).

Con la *regla de reconocimiento* Hart establece un procedimiento con el cuál el Derecho se puede reducir para un preciso momento histórico en un conjunto determinado de reglas —tanto *reglas primarias* como *reglas secundarias*—. De esta forma, sólo se puede comprobar lo que es Derecho con base en la aplicación de un método empírico que permite verificar la validez normativa a partir de hechos precisados por una *regla de reconocimiento* que son susceptibles de ser captados externamente mediante los sentidos. Es por esto por lo que la teoría de Hart se puede denominar positiva (Steiner, 1976: 137).

El procedimiento positivista que es susceptible de llevarse a cabo con base en criterios definidos por una *regla de reconocimiento* permite construir el concepto de Derecho positivo con base en la distinción entre reglas jurídicas y reglas no jurídicas. Cuando existen casos poco claros o reglas jurídicas contradictorias Hart no postula la necesidad de llevar a cabo valoraciones morales del Derecho desde adentro del sistema jurídico, más bien, considera que al juez le asiste la facultad para recurrir a criterios extrajurídicos. En dichos casos el juez ya no sería un aplicador del Derecho. Cuando comienza la va-



loración, termina el Derecho (Dreier, 1986: 892). Así, el sistema de reglas de Hart no pretende ser un sistema completo y sin lagunas. Por esto es por lo que algunas cuestiones legales deben ser resueltas con base en criterios extrajurídicos.

Las reglas como la única fuente del Derecho

Al lado del concepto del sistema cerrado del Derecho, la idea del Derecho como sistema de reglas de Hart comprende el concepto de reglas como la única y exclusiva fuente del Derecho (Hart, 1987a: 38). En el sistema de Hart la calificación de una norma como jurídica le corresponde en exclusiva a aquellas normas que funcionan como reglas (Steiner, 1976: 139).

El Derecho positivo incluye como sistema de reglas sólo normas que han sido puestas en vigor con base en procedimientos para producción de normas o que pueden ser establecidas en la práctica de los tribunales o de otras autoridades. En el sistema de Hart se concluye que sólo las reglas que cumplen los criterios que establecen las *reglas de reconocimiento* valen como normas jurídicas. El concepto de Derecho de Hart excluye aquellas normas que no funcionen en la forma de reglas como criterios jurídicos relevantes. A ellas no les corresponde ninguna autoridad jurídica, no son parte del Derecho válido.

La separación conceptual entre Derecho y Moral

El concepto de Derecho de Hart se puede hacer más claro bajo una consideración más amplia de su aspecto de validez. La validez de una regla, esto es su reconocimiento como norma jurídica representa solamente un juicio externo sobre el Derecho actual. La validez se determina sólo de acuerdo a factores físicos y psíquicos. La *regla de reconocimiento* no contiene ningún criterio de contenido esencial que debiera permanecer constante a lo largo de la historia. La independencia de la validez frente al contenido de la norma constituye una de las tesis generales de las corrientes positivistas (Dreier, 1986: 890). De aquí se deriva la conclusión de Hart que si bien existen muchas conexiones contingentes entre la Moral y el Derecho, no existe ningun-



na conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la Moral (Hart, 1997: 268).

También Hart, siguiendo a Bentham y a Austin, establece la diferencia entre el Derecho tal y como es, del Derecho como debería de ser (Hart, 1962: 3). Según Hart, la diferencia conceptual entre Derecho y Moral, tiene un doble significado. Por un lado, una violación de los principios de la Moral no conduciría automáticamente al resultado de que la norma jurídica perdiera su carácter jurídico. Por la otra, el objetivo moral que persigue una norma no resulta suficiente para garantizar su validez legal (Hart, 1962: 8).

Los aspectos teóricos de la validez de la norma aclaran el objetivo y el objeto de investigación del positivismo. Para los positivistas el Derecho es un fenómeno social que debe ser analizado en sus características externas susceptibles de ser observadas y comprobadas empíricamente. Se dice que es un punto de vista externo debido a que su objeto es la descripción de un sistema jurídico de una sociedad histórica y espacialmente determinada. En su labor el positivista debe alcanzar su objeto de conocimiento renunciando a introducir sus valoraciones personales, lo que significa que, debe procurar ser moralmente neutro. El positivismo investiga la existencia factual del Derecho en el sentido de su observancia, aplicación y reconocimiento social. La cuestión relativa a la obligatoriedad objetiva no la consideran los positivistas regularmente como un aspecto prioritario. Por lo mismo, no recurren a la expresión *validez jurídica* para indicar la obligatoriedad del Derecho, su validez como *deber ser*, sino con la misma tratan de significar su validez fáctica, en la que de acuerdo a su punto de vista se realiza la existencia del Derecho (Eckmann, 1969: 28). El concepto de Derecho de Hart es por esto independiente de la idea de corrección sobrepositiva o metafísica de las normas jurídicas. Esta posición resulta de esta forma contraria al concepto de Derecho de una Filosofía del Derecho iusnaturalista, que hace a su objeto de estudio al *deber ser* ideal o a la idea del Derecho (Hoerster, 1989: 25-26). No obstante que Hart no puso en tela de juicio la posibilidad de una fundamentación moral, de acuerdo con su teoría la misma sería incapaz de superar la diferencia conceptual entre Derecho y Moral.



Según Hart cuando es posible fundamentar moralmente una norma no significa que ésta de manera automática deba ser considerada como parte del Derecho (Ott, 1976: 108). Lo mismo sólo sería posible cuando dicha norma cumpliera los requisitos que establece la *regla de reconocimiento* como condición para poder ser parte del sistema jurídico. Esto no significa que, en la realidad social la Moral no ejerza una influencia factual sobre el Derecho (Eckmann, 1969: 35; Ott, 1976: 90). Si en cambio, esto significa que dicha influencia, por sí misma, es insuficiente para que una norma moral *ipso facto* adquiera el reconocimiento de jurídica.

Las diferencias entre Moral y Derecho en Hart, sin embargo, no resultan ser tan radicales como en otros autores positivistas. Esto lo podemos ilustrar con base en análisis de tres de los argumentos centrales de la tesis de la diferencia conceptual entre Derecho y Moral. De acuerdo con el primero, un concepto del Derecho neutralmente moral no descarta que el juez trabaje sin llevar a cabo valoraciones morales (Hoerster, 1989: 13). En sus decisiones el juez lleva a cabo valoraciones éticas y esto no sólo como parte del proceso de interpretación y subsunción de las normas generales, sino también por orden expresa de la ley.⁴ Lo que el positivismo como disciplina empírica exige es que el jurista pueda calificar a las normas generales o individuales como parte del Derecho atendiendo a criterios objetivos y empíricos que no impliquen a sus valoraciones morales de tipo personal. Esto debido a que, el objeto de estudio lo son las normas por sí mismas y no los motivos o causas morales que hayan tenido los autores de las mismas. De esta forma, se entiende que la producción del Derecho y el conocimiento y descripción del Derecho constituyen dos actividades fundamentalmente diversas (Hoerster, 1989: 13). Al respecto Hart señala que, los criterios extrajurídicos, como por ejemplo, ciertos objetivos y metas de carácter políticos, que el juez pudiera considerar, como criterios judiciales no siempre se identifican con la Moral (Hart, 1962: 37).

⁴ Este sería el caso cuando la ley le ordena al juez fallar conforme a las buenas costumbres o considerara la buena fe con que han procedido las partes.



En segundo lugar, la separación conceptual entre Derecho y Moral no descarta que, los sistemas jurídicos particulares renuncien a recurrir a principios y criterios de tipo moral para establecer el contenido de sus normas. Sin embargo, este hecho no significa que para todos los sistemas jurídicos valgan como fuente de inspiración los mismos principios y criterios de Derecho. El contenido del Derecho que se determina con base en principios y criterios morales es diferente para diferentes países y en diversas épocas. Para describir lo que es un sistema jurídico ningún jurista debería recurrir a valoraciones de tipo ético. La determinación del contenido de las normas jurídicas con base en principios de la Moral, no condiciona una relación conceptual entre Derecho y Moral (Hoerster, 1990: 28). Desde este punto de vista, el objetivo del positivismo jurídico sería poder construir una definición del Derecho que fuera válida para todo sistema jurídico real e histórico. Debido a que no es posible encontrar principios morales en que se hayan inspirado todos los sistemas jurídicos históricos, el positivismo debe renunciar a recurrir a la Moral para definir su objeto.

En tercer lugar, la separación conceptual entre Derecho y Moral, del Derecho como es y del Derecho como debería ser, no dice nada sobre la obligatoriedad interna del Derecho válido. La evidencia de que, ciertas normas de un sistema jurídico valen como Derecho, no significa, que las mismas tienen que ser observadas (Hart, 1987b: 70). El concepto de Derecho de Hart hace posible que determinadas normas se cumplan con base en una consideración de la moralidad o dignidad de su contenido. No obstante, para un positivista es evidente que, una norma jurídica posee por sí misma validez y obligatoriedad jurídica, Si una norma obligatoria y jurídicamente válida también aspira desde un punto de vista moral a adquirir obligatoriedad y observación, sería una cuestión irrelevante para el positivista (Hoerster, 1989: 17). La *regla de reconocimiento* de Hart establece los criterios de validez jurídica y con ello de su obligatoriedad externa. La obligatoriedad interna es una cuestión que sólo se puede determinar por cada uno de los seres humanos y por lo mismo no podría ser parte del concepto del Derecho (Eckmann, 1969: 38).

De esta forma, el concepto de Derecho del positivismo tal y como ha sido defendido por Hart pretende describir el fenómeno so-



cial denominado Derecho. Éste como objeto de estudio sólo puede ser considerado como un fenómeno externo independiente de valoraciones morales, no obstante que efectivamente recibe influencia de la Moral. Para determinados sistemas jurídicos los principios morales son parte del concepto del Derecho, pues si las normas jurídicas no cumplen ciertas exigencias morales no podrían ser consideradas como parte del sistema jurídico (Hart, 1997: 250). Sin embargo, dicha relación entre validez jurídica y validez moral no se presenta en todo caso de manera necesaria. El concepto del Derecho positivista sólo puede considerar las condiciones mínimas que una norma debería de cumplir para poder formar parte del sistema jurídico (Hoerster, 1990: 27).

Debido a que las reglas establecen los términos precisos sobre la forma en que deberá resolverse un caso, ofrecen una gran precisión en los términos y condiciones en que debe cumplirse una obligación y con ello garantizan la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben como debe resolverse un caso determinado, conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna o, no decidir. Este sería un problema que sólo se podría resolver en el caso de que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier caso que se pudiera presentar en el futuro, lo que desde luego no resulta humanamente posible. Este sería el déficit más grave del sistema jurídico que se basara exclusivamente en reglas. Por eso las reglas deben ser complementadas con principios.⁵

Crítica de Dworkin al concepto de Derecho de Hart

La regla de reconocimiento como criterio insuficiente para la calificación de las normas jurídicas

Dworkin describe la *regla de reconocimiento* de Hart como un test para identificar lo que es parte del Derecho, que atiende al origen de la norma —*pedigree*— y que no considera el contenido de la misma. La *regla de reconocimiento* serviría así para establecer la diferencia entre

⁵ Sobre los principios en el Derecho *vid.* Alexy, 2003: 93-137; Dworkin, 1986c: 127.



las reglas jurídicas válidas y las reglas que carecen de validez jurídica. En especial la misma pone a disposición el medio para diferenciar a las normas jurídicas de las morales (Dworkin, 1987: 17). Dworkin interpreta a los criterios de la *regla de reconocimiento* de Hart como de naturaleza factual pura (Bittner, 1988: 143).

La posición positivista del concepto de Derecho de Hart es criticada por Dworkin como muy estrecha (Schauer, 2004: 4, 9-10). Los estándares de la *regla de reconocimiento* serían, de esta forma, incapaces para proporcionar una representación completa del Derecho. A juicio de Dworkin, las normas jurídicas son algo más que el conjunto de reglas primarias que se pueden inferir de la aplicación de las *reglas de reconocimiento*. Para Dworkin junto a las reglas, tanto los principios —*principles*—, como las políticas —*policies*— forman parte del sistema jurídico. Sin embargo, éstas no se dejan derivar por las *regla de reconocimiento* como parte de dicho sistema.

En el concepto de Derecho de Hart sólo caben aquellas normas que surgen a través de una fuente jurídica reconocida, tal y como podría ser la ley, la jurisprudencia o los reglamentos administrativos. La inclusión de reglas morales en el sistema jurídico válido podría ser considerada sólo si las mismas se pudieran derivar mediante un *test de procedencia* haciendo uso de una *regla de reconocimiento* de una fuente jurídica formalmente reconocida como parte del sistema jurídico. Por lo mismo, Hart pensó que, las exigencias morales no son parte conceptual necesaria del Derecho válido, esto es, que no pertenecen a lo que en una sociedad se podría reputar como parte del Derecho desde un punto de vista externo. Ellas más bien pueden llegar a ser un criterio de validez adicional establecido por el mismo sistema jurídico válido. La *regla de reconocimiento* como un test de procedencia de las reglas jurídicamente válidas descarta la unidad conceptual necesaria entre Derecho y Moral. De esta forma, los criterios morales sólo cobran relevancia para el Derecho de manera indirecta (Schauer, 2004: 4, 9-10). Dworkin hace especial énfasis en que la *regla de reconocimiento* de Hart es una regla que sólo contiene criterios de validez fácticos.

Dworkin sostiene en la parte descriptiva de su *right thesis* que puede proporcionar una descripción adecuada del concepto del De-



recho que en la actualidad utilizan los juristas (Dworkin, 1987: 47). Dworkin es de la idea que, todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como Derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer al sistema jurídico prescriben las *reglas de reconocimiento*. Esto debido a que, los principios jurídicos que no pudieran ser reconducidos por cuanto hace a su origen a una fuente jurídica oficial, pero que sin embargo hubieran sido desarrollados por los juristas sólo con base en un sentido de propiedad o adecuación —*sense of appropriateness*— forman parte así mismo del sistema jurídico (Dworkin, 1987: 40). La adecuación o propiedad no representa para las *reglas de reconocimiento* de Hart fuente alguna de Derecho positivo, esto es, empírica y objetiva. Desde el punto de vista positivista algunos de los principios de Dworkin no serían parte del sistema jurídico. Esto debido a que no cuentan con un origen jurídico oficial (Dworkin, 1987: 40).

Las *reglas de reconocimiento* de Hart representan fundamentos de surgimiento institucional u oficial del Derecho. En el surgimiento y existencia del Derecho Dworkin encuentra otra objeción contra las *reglas de reconocimiento* de Hart. Éste se apartó de la posición de Austin que identificó al Derecho con las órdenes de un soberano y reconoció a la costumbre de una sociedad en su incorporación en una decisión judicial como parte del Derecho. De aquí, según Dworkin, se derivan ciertas dificultades debido a que Hart fue incapaz de proporcionar criterios de validez que resultaran conformes con el sistema. La cuestión que resulta relevante para el efecto sería: ¿qué criterio fáctico transforma la costumbre de una sociedad en costumbre jurídica?. Hart estableció que la existencia de la costumbre jurídica ya era parte del Derecho aún antes de que existiera una decisión judicial que la incorporara (Dworkin, 1987: 42). La concepción popular según la cual la costumbre se obedece debido a que se le considera moralmente vinculante no la podría reconocer Hart como criterio de validez jurídica. Esto debido a que, en este caso ya no sería posible diferenciar entre reglas morales y jurídicas. Las *reglas de reconocimiento* no pueden ser interpretadas en el sentido de que alguien respeta y obedece a las reglas de la costumbre sólo debido a que las considera jurídicamente



obligatorias. Esta interpretación de las *reglas de reconocimiento* significaría que, las reglas de derecho serían aquellas que se aceptaran como obligatorias por los miembros de la comunidad. De esta forma, se desatendería el objetivo más importante de las *reglas de reconocimiento*, a saber, eliminar las inseguridades que podrían derivarse cuando no se cuenta con un criterio objetivo que nos permita saber con precisión cuáles son las reglas jurídicas y cuáles las no jurídicas (Bittner, 1988: 145).

Las consideraciones anteriores muestran que Dworkin rechaza las *reglas de reconocimiento* como test de identificación de las reglas jurídicas. Dworkin va todavía más lejos, en cuanto que el descarta definitivamente la posibilidad de poder formular un test de ese tipo para el Derecho (Bittner, 1988: 146). Su crítica a las *reglas de reconocimiento* evidencia que, el mismo no rechaza el concepto de Derecho del positivismo debido a que con base en el mismo el Derecho no podría ser identificado (Dworkin, 1987: 47). Los criterios de procedencia de Hart resultan suficientemente precisos para poder establecer una distinción entre Derecho y No Derecho (Bittner, 1988: 146). Más bien, Dworkin rechaza el concepto de Derecho de Hart con base en una evidencia de tipo normativa que consiste en que con base en el mismo no pueden reconocidas como parte del Derecho las normas que tengan el carácter de principios jurídicos (Bittner, 1988: 147).

La idea de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles — *hard cases* —

El positivismo recurre para los casos difíciles, esto es, para aquellos casos para los que el sistema jurídico no dispone de una regla explícita que establezca el criterio para solucionarlos, a la discreción judicial (Hart, 1997: 183). Según Hart la labor creativa que implica la discreción judicial se ve confirmada por la práctica judicial e ideas de jueces tan brillantes como Oliver Wendell Holmes y Cardozo en los Estados Unidos y Lord Macmillan y Lord Radcliffe en Inglaterra (Hart, 1997: 274). Una decisión con base en la discreción judicial se fundamentaría con base en criterios extrajurídicos.



Dworkin no acepta la idea de la discrecionalidad judicial debido a que su óptica del concepto del Derecho resulta diferente a la que propone Hart. Para Dworkin la praxis judicial como un todo representa la interpretación de una concepción del Derecho, esto es, expresa una determinada concepción de la naturaleza y esencia del Derecho. En la base de la teoría de Dworkin, que el mismo propone como una teoría alternativa al positivismo, se encuentra la firme idea de que los principios que se suelen utilizar en la argumentación judicial son al igual que las reglas parte esencial del Derecho. Esta suposición en el sentido de que también los principios que surgen con base en el sentido de adecuación o propiedad forman parte del Derecho, lo llevan a concluir que, aún en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso él mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

El hecho de que el juez en la concepción positivista para casos difíciles no se encuentre obligado por el Derecho no significa para Dworkin que el juez pudiera actuar arbitrariamente. Esto debido a que, también en los casos difíciles un juez en el sentido del positivismo estaría obligado por los criterios de racionalidad y de imparcialidad. Una decisión de este tipo sólo sería objetable cuando no se observaran los criterios de racionalidad e imparcialidad (Dworkin, 1987: 33). Esto podría parecer como un contradicción de la idea de Dworkin según la cual una decisión en casos difíciles se norma por principios y con esto que se trata de una simple aplicación del Derecho ya existente y de ninguna forma de la formación de nuevo Derecho.

La idea de la obligación jurídica en Hart

La tercera línea crítica que Dworkin hace valer contra la teoría del Derecho de Hart se dirige a la concepción de la obligación jurídica de éste. Hart sostiene que los derechos y obligaciones sólo se pueden derivar de una regla social (Hart, 1997: 124). Esto significa de que antes que se introduzcan las reglas sociales que aprueben con éxito el test de la *regla de reconocimiento* no pueden existir ni derechos ni



obligaciones. De esta forma, en el lenguaje kelseniano se puede decir que, en Hart el *deber ser* se deriva de un *ser*, esto es, de la existencia de un regla.

Según la teoría de Hart existe una obligación del juez de aplicar la *regla de reconocimiento* para identificar las reglas que pertenecen al Derecho con base en criterios que se sustentan en situaciones empíricamente comprobables: la existencia de la *regla de reconocimiento*. La praxis conforme a la *regla de reconocimiento* que llevan a cabo determinadas personas a las que se les confía la aplicación del Derecho, constituye también el fundamento de la obligación judicial de observar dicha praxis. Dworkin incluye en su crítica contra Hart a la *regla de reconocimiento* como una obligación que establecen reglas sociales (Bittner, 1988: 150-151).

La *regla de reconocimiento* como praxis de las personas que aplican el Derecho significa también una coincidencia con los criterios que prescribe dicha regla. De esta forma, se puede decir que existe uniformidad con relación a la obligación de los jueces sobre como ellos deben reconocer al Derecho. De esta forma, la existencia de una regla es no solamente constitutiva para la existencia de una obligación sino que ella define también su contenido (Dworkin, 1987: 57).

Dworkin piensa que este concepto de la obligación resulta incompleto, para lo que hace valer dos razones. En primer lugar, debido a que resulta con sentido hablar de obligación aún y cuando no exista una regla (Dworkin, 1987: 52). En segundo término, debido a que una *social-rule theory* no puede ofrecer explicación alguna en razón de que circunstancia, aun existiendo una regla, —por ejemplo una *regla de reconocimiento*— existe a menudo poca claridad sobre el alcance de una obligación que en la misma supuestamente se encuentra prevista (Dworkin, 1987: 54).

La diferencia que establece Hart entre el punto de vista externo y el interno como dos aspectos de una regla social, le sirve a Dworkin como instrumental conceptual de su crítica. El la formula como una diferencia entre *reglas sociales* —afirmación de un observador externo que comprueba la existencia de una regla— y *reglas normativas* —afirmación de un participante que expresa la aceptación de una regla existente (Dworkin, 1987: 50).



En la primera línea de crítica lo anterior significa que, para un vegetariano en un medio ambiente no vegetariano podría tener sentido sostener una regla que obligue a los miembros del grupo a ser vegetarianos, no obstante que en la sociedad en cuestión claramente no exista una correspondiente regla social (Dworkin, 1987: 52). Dworkin considera las concepciones de Hart para fundamentar la existencia de una obligación como incorrecta, pues con ellas la apelación al deber —*appeal to duty*— no podría ser aclarada (Dworkin, 1987: 53). La teoría de la regla social haría posible que el vegetariano designe el uso del concepto de obligación como falso (Dworkin, 1987: 53). Dworkin critica el fundamento de una obligación mediante una regla social, debido a que ella no aclara la existencia de una *regla normativa* a la que no se le pueda fundamentar en alguna *regla social*. Según Dworkin, la existencia de una *regla social* es en efecto un fuerte argumento para la existencia de una obligación, sin embargo, la misma de ninguna manera es su origen (Dworkin, 1987: 57). Si aplicamos esto a la *regla de reconocimiento* significaría que una praxis coincidente de las autoridades que aplican el Derecho no tendría la capacidad de fundamentar por sí misma la obligación de observar dicha praxis.

La crítica de Dworkin se apoya además en un segundo punto. La teoría de la regla social, no puede aclarar, por que causa no obstante la praxis coincidente con la *regla de reconocimiento* de las autoridades aplicadoras del Derecho, cuando se aplica una regla siempre surgen para el caso concreto inseguridades por cuanto hace al ámbito material preciso que cubren las obligaciones previstas en la misma (Dworkin, 1987: 54).

Hart aclara el fenómeno anterior explicando que las palabras encierran un concepto esencial y un ámbito del concepto. El concepto esencial es el significado de una palabra que se considera como irrefutable por la mayoría de las personas. Sin un concepto esencial no sería posible que los seres humanos pudieran entablar comunicación (Hart, 1997: 176). En cambio, el ámbito del concepto representaría el campo en donde reina la falta de certeza sobre si un significado cae bajo el concepto o no. Esto impacta la *regla de reconocimiento* y trae como consecuencia que, aún existiendo un test de identificación reconocido



podiera existir falta de certeza sobre si una conducta se encuentra regulada o no por una regla jurídica. De ser este el caso no existe una única respuesta correcta sino varias posibles (Hart, 1997: 183).

El hecho de que la *regla de reconocimiento* no constituya un test que ofrezca una absoluta seguridad, no significaría para Dworkin una flexibilización de la *regla de reconocimiento*, sino más bien, una prueba sobre la no existencia de tal regla. La inseguridad inherente de la *regla de reconocimiento* sería para Dworkin incompatible con la existencia de una regla social (Hart, 1997: 62).

Tal y como se ha mostrado en las consideraciones relativas a la discrecionalidad judicial, para Dworkin existe también en casos difíciles una obligación jurídica de los jueces. Si la *regla de reconocimiento* no es una regla social y en consecuencia no puede prever una obligación, en consecuencia no existe para el juez positivista obligación alguna en casos controvertidos. El juez tiene en consecuencia que decidir con base en su razonada discreción. A esta consecuencia se opone radicalmente Dworkin.

Dworkin encuentra el fundamento más importante para establecer la insuficiencia de la *social-rule-theory* en la identificación del contenido de una praxis coincidente con la regla normativa que el juez hace valer (Dworkin, 1987: 58). Debido a que Dworkin califica la existencia de una praxis social como un posible argumento para fundamentar la corrección de una regla normativa y no como su regla originaria, puede aclarar las diferencias de opinión sobre el campo de aplicación de dichas reglas normativas. Ellas representan solamente diferentes posibilidades interpretativas, para las que se puede encontrar un apoyo en la praxis social. Según Dworkin las pretensiones normativas y las obligaciones sólo pueden ser encontradas por una vía interpretativa, esto es, no encuentran su fuente, como es en el caso en Hart, en una praxis fáctica (Bittner, 1988: 153-156).

Positivismismo como Teoría semántica

Dworkin caracteriza a las teorías del Derecho Natural, del Derecho Positivo y del Realismo Jurídico como teorías semánticas. Él sostiene que dichas teorías, tal y como han sido entendidas regularmente, son



inútiles, porque se encuentran infectadas por el aguijón semántico —*semantic sting*— (Dworkin, 1986a: 45-68).

Según Dworkin, en el positivismo se descubre a las normas del sistema jurídico vigente haciendo uso de una regla fundamental, la que se aplica de manera uniforme por todos los juristas, jueces y, en general, por toda la sociedad. Todos ellos entienden a dicha norma de igual manera y le dan automáticamente el mismo significado, de aquí su valor semántico. El sentido de las reglas fundamentales es incontrovertible, pues depende del significado propio de la regla y no del intérprete. De esta forma, en dichas teorías se habla de la regla fundamental pero se desconocen los criterios y presupuestos de su aplicación. El concepto de Derecho Positivo así como el concepto mismo del Derecho, se construyen, en cuanto a su contenido, con base en dicha regla. Así las cosas, la verdad de las disposiciones jurídicas descansa sobre una praxis homogénea de los operadores del Derecho sobre lo que coincidentemente y de manera casi evidente se reconoce como Derecho. En un positivismo puro de hechos —*plain fact view of the grounds of law*— (Dworkin, 1986a: 7) dentro del que Dworkin ubica a Hart este reconocimiento del Derecho descansa sólo en hechos históricos. Las diferencias de opinión sobre lo que el Derecho manda para cada situación concreta se tiene que limitar a una simple disputa sobre definiciones lingüísticas comunes para calificar hechos comunes. En la idea del positivismo, una disputa sobre el contenido del Derecho mismo sería ilusoria y debería ser entendida, más bien, como una discusión encubierta sobre su contenido de “deber ser” (Dworkin, 1986a: 31).

Dworkin sostiene que la concepción positivista del Derecho no coincide con la realidad. Para justificar sus argumentos el recurre, entre otras cosas, al ejemplo del homicidio que perpetrara el heredero en contra del autor de la sucesión y que, no obstante que la ley no castigará al homicida con la pérdida de sus derechos hereditarios, el testamento fue anulado en razón que existe un principio jurídico según el cual nadie puede sacar provecho de su propia violación al Derecho (Dworkin, 1986a: 15; Maki y Kaplan, 1980: 118-119). Precisamente, en este caso los jueces no tuvieron ni ley ni precedentes



disponibles en los que pudieran fundamentar su decisión con base en hechos históricos —proceso de emisión de la ley o sentencias—. Por esta causa, un positivista debería considerar, para ser consecuente, que dicha decisión no vale como Derecho. Sin embargo, resultaría contradictorio entender la falta de unanimidad entre los jueces como cuestión litigiosa sobre lo que debe ser el Derecho y no como expresión de las interpretaciones divergentes existentes o del Derecho válido (Dworkin, 1986a: 37).

El concepto positivista que parte fundamentalmente de la unanimidad sobre lo que el Derecho es y que, no obstante, no descarta casos excepcionales, es considerado por Dworkin como insultante, puesto que deja abiertas cuestiones, que en especial, en dichos casos frontera revelan principios fundamentales y no sólo marginales del Derecho. Para Dworkin se trata de casos esenciales, y no de casos frontera, con base en los cuales se puede aclarar y comprender la problemática de la verdad de las disposiciones jurídicas (Dworkin, 1986a: 39).

La aplicación congruente de reglas para la determinación de lo que es Derecho se presupone en el positivismo y sólo de esa forma puede tener lugar una discusión sobre el Derecho. Sin la posibilidad de dicha identificación y definición coincidente de conceptos jurídicos, una discusión sobre el funcionamiento del Derecho sería imposible y sin sentido (Seiffert, 1996: 326). Estas premisas, que según Dworkin descansan sobre una falsedad fundamental son designados por él como *el agujón semántico*, en razón que la diferencias entre juristas en la praxis del Derecho son sobre el contenido y la naturaleza del Derecho, más no sobre el origen de la validez de las normas (Dworkin, 1986a: 43).

Con base en estas argumentaciones sobre la naturaleza semántica del origen de la teoría del Derecho, Dworkin se propone exponer otra justificación más de su rechazo a la tesis de la separación entre Derecho y Moral que defiende el positivismo (Hart, 1997: 244-245). Él piensa que el Derecho no se deja entender conceptualmente partiendo del presupuesto que el Derecho y la Moral son dos sistemas normativos independientes el uno del otro. En cambio, él sostiene que



el objeto de conocimiento denominado Derecho hace necesaria una actitud interpretativa —*interpretative attitude*— (Dworkin, 1986a: 47) la que por una parte, busca indagar el sentido, objetivo y características fundamentales de las instituciones jurídicas y, por la otra, autoriza modificarlas bajo la consideración del significado o de la función de las reglas o principios ante circunstancias cambiantes.

Positivismo como convencionalismo

Como parte de su posición del Derecho como una praxis interpretativa, Dworkin le da un giro al positivismo jurídico para presentarlo como una forma de interpretación a la que él denomina convencionalismo. Esta forma hipotética del positivismo bajo la óptica de una teoría de la interpretación le permite a Dworkin obtener ciertas conclusiones positivas sobre dicha teoría. Él, sin embargo, le reprocha al positivismo su incapacidad para ofrecer una respuesta satisfactoria al objetivo central del Derecho tal y como la misma lo plantea: el control y la fijación de límites al poder público.

En el convencionalismo, tal y como Dworkin lo describe, se diferencian el Derecho funcional de otros sistemas normativos sociales con base en una convicción coincidente en el sentido que el Derecho proviene de una decisión política cuyo contenido le resulta accesible a toda persona y puede ser corroborado claramente (Bittner, 1988: 37). Los derechos y las obligaciones existen sólo en la medida que nacen explícitamente a partir de decisiones políticas y con base en procesos de creación normativa preestablecidos, los que son objeto de esta convicción común (Dworkin, 1986a: 116). Como correlato a esto, el positivismo postula que los criterios para la aplicación del poder público son claramente identificables. Así el positivismo muestra al Derecho bajo una perspectiva idealizada, puesto que gracias a su función el poder público resulta previsible, lo que por otro lado nos lleva a que su justificación moral descansa en el ideal de expectativas ciudadanas garantizadas por dicho sistema normativo (Dworkin, 1986a: 117).

Según Dworkin, la deducción de derechos y obligaciones a partir exclusivamente de acontecimientos históricos es una representación restrictiva de aquella forma de coincidencia sobre el contenido y validez



de una decisión de la autoridad emitida en el pasado. En el convencionalismo, la Moral Política no exige consideración alguna del pasado, de tal forma que el juez, para el caso en que el peso del convencionalismo no aplique, tendrá que encontrar una fundamentación de su decisión totalmente justificada por el futuro (Dworkin, 1986a: 117).

Aquí confirma Dworkin su tesis que al juez lo obligan derechos y obligaciones de un sistema normativo que incluye no sólo reglas jurídicas sino también todos los principios morales y políticos propios de una sociedad determinada. Mientras que según el positivismo los jueces cuando deban aplicar su discrecionalidad para resolver un caso no previsto por la ley pueden fundamentar su decisión para el caso concreto en sus propias consideraciones morales y políticas o en las posibles consecuencias para el futuro, en la concepción del Derecho como integridad también se aplican consistentemente y coherentemente los principios jurídicos bajo la consideración de las decisiones políticas del pasado.

Los críticos de Dworkin

Como toda teoría exitosa, la de Dworkin es una teoría que cuenta con muchos críticos. En el presente capítulo se expondrán algunas de las posiciones críticas de la teoría de Dworkin que han tenido mayor resonancia. Sin embargo, no será posible un análisis detallado de cada una de ellas, puesto que excedería el propósito del presente trabajo.

Las observaciones que se han hecho a la crítica del positivismo de Dworkin han aparecido en múltiples publicaciones y han adoptado todo tipo de posicionamientos, que van desde severas refutaciones hasta amigables confirmaciones. Aquí sólo se expondrán las más relevantes objeciones o confirmaciones de las tesis de Dworkin.

Jean-Claude Wolf sostiene que Dworkin se vale de criterios contradictorios del concepto de regla como una simple ficción y a partir de ahí analiza la definición de Dworkin del concepto de regla. Por un parte, Dworkin exige de una regla que prevea un criterio que permita formular, por lo menos teóricamente, todas sus posibles excepciones. Por la otra, Dworkin piensa que otro criterio manda que una regla sea aplicable independientemente de las circunstancias particulares. Se-



gún Wolf ambos criterios son incompatibles entre sí, debido a que mientras el criterio de las excepciones presupone que para aplicar excepciones se lleven a cabo ponderaciones y valoraciones sobre las consecuencias, el segundo criterio prohíbe llevar a cabo valoraciones para decidir si resulta oportuna la aplicación de la regla. En razón que según Dworkin no existe regla alguna que se pueda formular de manera completa o absoluta, resulta que conforme al criterio de las excepciones una regla llegaría a funcionar en forma similar a la de los principios, pues supone llevar a cabo valoraciones y ponderaciones concretas, por lo que en la práctica una diferencia clara entre reglas y principios apenas y sería posible. Con esto, Wolf trata de demostrar que la diferencia que plantea Dworkin entre reglas y principios sólo adquiere una naturaleza gradual y no tiene un valor en términos absolutos (Wolf, 1999: 364).

El mismo Dworkin se ve obligado a reconocer que su propuesta para establecer una diferenciación conceptualmente clara entre las diferentes especies de normas fracasa debido a que su teoría carece de un test de procedencia, no obstante que cuando analiza la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos llega a una conclusión diferente cuando sostiene que se le puede tratar ya sea como una regla, o bien como un principio. Con este ejemplo, Dworkin implícitamente confirma la existencia potencial de principios codificados, los que bien pueden ser identificados con base en un test de procedencia positivista como jurídicamente relevantes. Lo mismo sucede cuando Dworkin sostiene que una regla de reconocimiento no resulta apta para dar cuenta de todos los aspectos relevantes a considerar (Dworkin, 1986a: 72).

Que los principios en el sentido de normas indeterminadas han sido introducidos de manera consciente en las culturas jurídicas evolucionadas del Derecho legislado moderno como un medio que permite flexibilizar a los sistemas jurídicos es una realidad que apenas y podría ser controvertida (Raz, 1972: 845). Las máximas abiertas obligan a los tribunales y permiten, a la vez, considerar circunstancias diversas y cambios sociales, sin que para cada caso particular deba el legislador diseñar una regla particular. En términos generales, bien



se puede decir que la discreción judicial existe en cualquier sistema jurídico, incluidos aquellos que pertenecen a la familia del sistema jurídico angloamericano, aún y cuando, como cuando Dworkin sostiene que la actividad interpretativa judicial incorpora una discrecionalidad suave. Según Kent Greenawalt la diferencia que postula Dworkin entre discrecionalidad suave y dura resulta incompleta y es inaplicable en la práctica (Greenawalt, 1975: 365). Según Greenawalt, cuando es posible encontrar más de una única decisión y pueden ser tomadas y consideradas como correctas y oportunas ambas por parte de un órgano de decisión, en razón que los criterios adoptados no pueden ser fácilmente identificables por el juzgador, no es posible encontrar un fundamento racional para apartarse en el marco de una referencia jurídica del concepto de discrecionalidad (1975: 365).

En la medida en que Dworkin argumenta que sería imposible exponer un catálogo completo de criterios para que las instituciones estén en la posibilidad de inferir un número suficiente de principios y que así mismo no es posible diferenciar entre principios morales y jurídicos, también parece negar la diferencia entre aplicación y validez como presupuesto de aquella (Dworkin, 1986a: 41; Bittner, 1988: 156). Aun cuando Dworkin le retira a los principios criterios de validez de procedencia en razón de evidencias empíricas, la validez es un atributo obligatorio de aquellos principios, que para la fundamentación de derechos y obligaciones conforme a algún proceso de selección resulta relevante para su aplicación en un caso concreto. No todo principio moral es jurídicamente relevante⁶ y, por lo mismo, también la teoría del derecho de Dworkin presupone alguna forma de procedimiento de prueba de validez, aunque no sea de tipo genealógico.⁷ Por eso, Wilfried Waluchow concluye que las cualidades de validez y de peso no resultan contradictorias entre sí. Cuando es posible identificar un principio con base en una regla de reconocimiento como principio válido, su validez no se extingue, no es privada de su fuer-

⁶ Este sería el caso del principio moral que manda ayudar al necesitado.

⁷ Viene al caso mencionar que Ronald Dworkin evita incluir en su teoría de la praxis interpretativa el concepto de validez. Sin embargo, el consenso que debe existir en la fase preinterpretativa implica cierta forma de prueba de validez.



za jurídica cuando en un caso determinado viene en aplicación otro principio en razón que existen circunstancias diferentes de aquellas para las que resultan aplicables. Esto vale tanto para los principios codificados como para aquellos no codificados (Waluchow, 1994: 170; Waluchow, 1985: 187).

Lo esencial en el debate sobre reglas y principios no es la diferencia ontológica de ambos conceptos sino su instrumentalización para negar una discrecionalidad judicial. La misma tiene como propósito, según Dworkin, sobre todo, la representación de los distintos tipos que de ahí resultan de la argumentación jurídica y, en especial, de la judicial, ya que él para la justificación empírica hace valer su rechazo de la discrecionalidad positivista y repite para comprobar su propia teoría (Dworkin, 1986a: 71).

La idealización de la retórica tradicional ha sido fuertemente cuestionada por los críticos de Dworkin.⁸ Así por ejemplo, se le ha reprochado a Dworkin que limita su teoría a una casta jurídica y atribuye a su sistema jurídico la cualidad de contar con una descripción lingüística y verdadera del mismo. Según sus críticos, él no considera que el lenguaje jurídico está impregnado de un componente justificativo e ideológico. Así mismo, afirman que Dworkin no proporciona una respuesta racional a la cuestión sobre la causa por la que debería ser considerado el punto de vista judicial como exclusivo o, por lo menos, fundamental para la teoría del Derecho. De acuerdo con Philip Soper, Dworkin defiende la idea que sus afirmaciones reflejan las convicciones y modelos de razonamiento reales de los jueces, sin embargo sostiene que también las tesis positivistas de una regla de reconocimiento corresponden a la praxis de los funcionarios de un sistema jurídico para comprobar la naturaleza de las reglas y normas que se aplican como Derecho (Soper, 1977: 18).

Por su parte, Joseph Raz, a diferencia de la regla de reconocimiento de Hart, precisa que un sistema jurídico consiste no solo de una regla de costumbre (Raz, 1972: 80) sobre las normas institucionalmente aplicadas como Derecho y reconocidas por aquella, sino

⁸ Entre otras, podemos mencionar las siguientes críticas en ese sentido: Soper, 1977: 473-519; Greenawalt, 1975: 383; Hunt, 1992: 21; Raz, 1972: 78.



sobre todo, de reglas y principios de costumbre de las instituciones encargadas de aplicar el Derecho y de todas las normas reconocidas por aquella (Raz, 1972: 80). La falta en la teoría de Hart de una regla de costumbre no es suficiente para aceptar que resulta imposible un método adecuado para diferenciar principios jurídicos de los que no lo son (Wesche, 1999: 267). Tales criterios no proporcionarían ningún test de procedencia para el caso concreto (Wolf, 1999: 362). Sin embargo, en la perspectiva de Raz, para los casos difíciles parece como si Dworkin desarrollara una especie de test de procedencia que debería aplicar el juez ideal, un juez al que le llama Hércules (Raz, 1972: 82). Además, Raz opina que el Derecho es un sistema normativo institucional y que la circunstancia que para su aplicación existan determinadas organizaciones sociales es lo que la diferencia de otros sistemas normativos (1972: 80).

Raz estima que la única diferencia esencial entre la teoría de Dworkin y de la de los positivistas consiste en que éstos últimos consideran exclusivamente como Derecho a las fuentes oficiales, por lo que los principios morales que no estén integrados al sistema mediante la ley, precedentes, o alguna fuente jurídica de otra especie, no pertenecen al derecho. Por el contrario, según Raz, Dworkin estima que las normas morales que efectivamente son aplicadas por los jueces son parte integrante del Derecho (1972: 85).

Bajo las anteriores premisas, la posición de Dworkin respecto a la discrecionalidad judicial resulta incompatible con la idea del positivismo. Sin embargo, sus críticos piensan que dicha incompatibilidad puede resultar irrelevante para la praxis del Derecho (Soper, 1977: 473-519; Greenawalt, 1975: 359-360; Waluchow, 2001: 161-162) como enseguida se expondrá.

Si tal y como el positivismo lo postula, la aplicación de determinados principios tiene lugar en el marco de una discrecionalidad judicial limitada, o bien, tal y como lo postula Dworkin dichos principios deben ser entendidos como producto de un proceso de génesis y de concreción diverso del Derecho, dicha diferencia podría tener poca importancia para la decisión judicial. Tampoco cambia en nada para el juez la tarea que Dworkin le asigna de encontrar la única respuesta correcta



(Soper, 1977: 16). Cada aplicación de un principio, o de una regla, se debe justificar en las motivaciones de la decisión, lo que presupone que el juez considere al principio como jurídicamente relevante. Su relevancia jurídica para el positivismo se fundamenta en la validez propia del principio en consideración al supuesto jurídico que regula el mismo, o debido a la existencia de una laguna jurídica a partir de la discrecionalidad judicial. Para aquellos principios que se encuentran previstos en la ley, en los precedentes o en el Derecho de la costumbre se cumple la fundamentación de la validez del principio con base en las fuentes jurídicas en donde se prevé el mismo, en cambio, para el caso de la laguna jurídica vale como fundamentación la justificación que el principio se aplicó razonablemente, esto es, sin arbitrariedad y observando los criterios de proporcionalidad y oportunidad. Cuando Dworkin estima que entre los principios de Derecho y aquellos de la Moral Política no existe una diferencia, bien se podría plantear en una sociedad pluralista sujeta a cambios de valores la pregunta sobre cuál principio de Moral Política tendría la preferencia en caso de la existencia de principios contradictorios. La relación de preferencia no se puede derivar de los principios mismos y sólo quedan los argumentos en que se pueda justificar la elección. Esta es la fundamentación o justificación que Dworkin pone en el centro de su teoría con la interpretación constructiva (Dworkin, 1986a: 67).⁹ Es difícil saber si un juez para un mismo caso pudiera decidir diferente si adoptara las ideas del positivismo, o bien, si se sintiera Hércules y buscara la única respuesta correcta. Seguramente para los denominados casos difíciles habría en ambos casos decisiones diferentes. Sin embargo, las diferencias entre ambas teorías se basan en cuestiones tan filosóficas y adquieren matices tan sutiles que se han quedado en la discusión académica, sin que en la práctica judicial se puedan reconocer tendencias claras con base en las cuales sea posible distinguir las ideologías de los jueces que deciden sobre casos concretos.

⁹ Greenawalt sostiene al respecto que en la valoración de las fundamentaciones de la jurisprudencia, así como posibilidad que ofrece el lenguaje de reformularse desde diferentes puntos de vista el juez en efecto tiene un poder de discrecionalidad que no puede pasar desapercibido (1975: 379).



Para el reconocimiento de los principios no codificados como principios jurídicos Dworkin postula una tesis de justificación según la cual existe un principio cuando éste se puede presentar como verdadero con base en la teoría de la justificación más precisa de las instituciones existentes de un sistema jurídico (Dworkin, 1986a: 66). A este proceso de justificación se le exige una corroboración del principio con base en tradiciones políticas y morales de la sociedad, de tal forma, que permita superar el cerrado ámbito de un simple test de procedencia tal y como lo postula la teoría positivista (Dworkin, 1986a: 68). Sin embargo, se ha sostenido que esta postura de la tesis de la justificación resulta insuficiente para refutar al positivismo. En la medida en que una teoría sirva sólo para justificar a las instituciones existentes esto sólo lo podrá hacer sobre la base del material jurídico empíricamente dado (Ott, 1976: 183). Con esto, sólo se confirma, en forma similar a lo que hace el positivismo, la coincidencia del Derecho positivo con los principios que forman parte de su estructura más profunda;¹⁰ o como lo diría Del Vecchio que los principios son al Derecho como el alcohol al vino. Cuando, por el contrario, se pone en duda por una teoría un sistema jurídico existente y sus instituciones habría una diferencia entre lo que postula esa teoría y el material jurídico existente. Precisamente, en dicha situación resulta para Walter Ott importante la tesis de la separación entre Derecho y Moral, esto es, la diferencia entre el Derecho positivo tal y como el mismo es y el Derecho tal y como debería ser con base en una teoría de la justificación (Ott, 1976: 183).

Respecto a la tesis de la separación Ott piensa que la crítica de Dworkin de la realidad no es sostenible (1976: 185). Si, por ejemplo, consideramos que hasta marzo de 2010 valía en el Distrito Federal un Derecho de Familia con base en la estructura de la familia heterosexual, en donde el matrimonio era la unión libre de hombre y mujer. Un cambio de concepciones morales sobre la sociedad dio lugar a una reforma legislativa aprobada por la Asamblea Legislativa de dicha entidad el 21 de diciembre de 2009 y en vigor en marzo de 2010, la

¹⁰ Ott, por ejemplo, sostiene que en el Derecho de Suiza las normas sobre la libertad contractual tienen sus raíces más profundas en el principio de la autonomía de la voluntad (Ott, 1976: 183).



que permitió las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. Este ejemplo ilustra la idea de Ott de la tesis de la separación en la versión de una separación entre el Derecho positivo, tal y como el mismo es, y un Derecho que debería ser con base en la Moral positiva, esto es, conforme las concepciones morales válidas en cada sociedad (Ott, 1976: 186).

La clara separación temporal entre Derecho y Moral que plantea Ott se complica cuando un juez debe aplicar las normas jurídicas que oficialmente hayan sido declaradas en vigor y dejar de aplicar aquellas a las que la autoridad legislativa haya privado de vigor. Sin embargo, en razón que la ley vigente, como presupuesto para su aplicación, debe ser interpretada y valorada, las concepciones morales de los jueces que resuelven casos concretos interfieren y dejan sentir su peso en la aplicación de la ley (Keller, 1970: 113; Dworkin, 2003: 11). En la jurisprudencia en cualquier país podemos encontrar múltiples ejemplos de concepciones morales que sirven de fundamento a los jueces para aplicar la ley en este o en aquel sentido. De esta forma, en la jurisprudencia existe una unión indisoluble entre el Derecho positivo y la Moral positiva, lo que confirma la tesis de Dworkin.

También Steffen Wesche nos remite a las estructuras profundas del denominado Derecho positivo en las que se manifiestan, principios de justicia como otros principios de origen moral, tanto en la Constitución, como en las denominadas cláusulas generales previstas en la legislación, así como en la jurisprudencia (Ott, 1976: 183). Según Wesche la inevitable interpretación jurídica de los principios previstos en la Constitución por parte de todos los juzgadores en un Estado moderno de Derecho, hace necesario y no sólo posible que casi cualquier principio jurídico o moral se pueda derivar con base en una regla de reconocimiento a partir de una norma que el constituyente ha puesto en vigor de manera oficial previamente a la decisión de cualquier caso concreto. Si se consideran las obligaciones del juez moderno de aplicación directa de las normas de la Constitución mediante el control difuso, así como indirectamente mediante el principio de interpretación conforme, parecería como si para la praxis jurídica resultara innecesario un debate sobre la discrecionalidad judicial. Mediante el



análisis de las estructuras profundas de un sistema jurídico con base en la actividad interpretativa según Wesche se evidencia que el objeto del Derecho no puede ser definido con toda precisión y que la diferencia entre el Derecho tal y como es y el Derecho como debe ser se diluye, cuando se lleva a cabo, una actividad interpretativa compleja.

En efecto, los operadores jurídicos se encuentran obligados a respetar una historia institucional y no pueden abandonarla, sin embargo, la falta de disposición expresa los obliga a interpretar con base en valores y conforme a objetivos y motivos normativos. Mediante una interpretación teleológica, o como diría Dworkin constructiva, así como mediante la ponderación de los principios políticos ideales que permiten concederles a los resultados interpretativos un carácter normativo, es como según Wesche fracasa la idea positivista del test de procedencia. Por eso, él está de acuerdo con Dworkin en que una versión semántica del positivismo debe ser rechazada. Como lo esencial destaca Wesche que resulta suficiente que la concretización de normas cumpla con todos y cada uno de los requisitos que exige una teoría de la interpretación moderna (1999: 274). Su resultado bien puede ser que una decisión judicial adquiere la pretensión de ser parte del Derecho (1999: 264). Con esto Wesche considera que la Tesis de los Derechos —*rights Thesis*— de Dworkin ha sido refutada. Cuando el Derecho surge como el resultado de la interpretación de normas que previamente han sido puestas en vigor por la autoridad competente, el juez no descubre los derechos de las partes, sino más bien, construye dichos derechos con base en las fuentes oficiales y, más concretamente, a la luz del objeto, motivo y fin de las mismas. Aun en el caso que los principios del Derecho, tal y como podría ser una máxima de justicia, se encuentren anclados en la estructura más profunda de un sistema jurídico, para cada caso concreto valen relaciones de preferencia las que no se pueden derivar del mismo sistema jurídico, pues no existe sistema jurídico que pueda reglamentar su propia aplicación, así como tampoco los principios regulan sus propias relaciones mutuas (Wesche, 1999: 283).

Con la interpretación no se indaga solamente un ser, su resultado comprende también la concretización de un deber ser. La tesis de



los derechos de Dworkin debe ser comprendida, en el mejor de los casos, como un principio heurístico (Wesche, 1999: 284).

Si bien es cierto que la argumentación de Dworkin sobre la diferencia entre principios y reglas que planteó en el marco de su crítica al positivismo ha sido objeto de fuertes críticas, su idea de superar al positivismo con la exigencia de no analizar al Derecho aisladamente de la Política y de la Moral ha sido, en general, muy bien recibida por la crítica. Sin embargo, la crítica duda que su teoría de los derechos como integridad pueda ofrecer una alternativa a la tesis de la separación positivista.

Alan Hunt estima que el propósito de Dworkin de trascender al positivismo y al iusnaturalismo no se logra, pues en su teoría se encuentran, más bien, elementos de ambas posiciones que permiten leerlo en unas ocasiones como positivista y en otras como iusnaturalista, por lo que concluye que la teoría de Dworkin resulta difícil de comprender e insatisfactoria (Hunt, 1992: 2).

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert, (2003) "Sobre la estructura de los principios jurídicos" en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, pp. Traducción de Carlos Bernal Pulido.

Bayles, Michael, (1992) *Hart's Legal Philosophy, an Examination*. Dordrecht, Springer Science & Business Media.

Bittner, Claudia, (1988) *Recht als interpretative Praxis, Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts*. Berlin, Walter de Gruyter.

Dworkin, Ronald, (1986a) *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press.

_____, (1986b) *Law's Empire*. Londres, Peral Duckworth & Co. Ltd.

_____, (1986c) *La filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica. Traducción de Javier Sainz de los Terreros.

_____, (1987) *Taking rights seriously*. Quinta edición. Londres, Peral Duckworth & Co. Ltd.



Eckmann, Horst, (1969) *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts*. Tesis de Doctorado, Berlin.

Guest, Stephen, (1997) *Ronald Dworkin*. Edinburgh, Edinburgh University Press.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, (1962) *Derecho y Moral, contribución a su análisis*. Buenos Aires, Depalma. Traducción de Genaro R. Carrió.

_____, (1987a) "Comment" en Gavison (comp.), *Issues in contemporary legal philosophy*. Oxford, Oxford University Press.

_____, (1987b) "Akzeptanz als Basis einer positiven Rechtsordnung" en Hoerst, Norbert, *Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie*. Stuttgart, C.H. Beck, pp.

_____, (1997) "Postscript" en *The concept of law*. Segunda edición. Oxford, Oxford University Press.

_____, (1997) *The concept of law*. Segunda edición. Oxford, Oxford University Press.

Hoerster, Norbert, (1989) "Verteidigung des Rechtspositivismus, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie" en *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.

_____, (1990) "Zur Verteidigung des rechtspositivistischen Trennungsthese" en Dreier, R. (comp.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Recht*. Stuttgart, C.H. Beck, pp.

Höffe, Otfried, (1999) "Vorwort", en Wesche, Steffen y Zanetti, Véronique (comp.), *Dworkin in der Diskussion*. Paderbon, Mentis Verlag, pp.

Hunt, Alan, (1992) "Law's Empire or Legal Imperialism" en Hunt, Alan (comp.), *Reading Dworkin Critically*. Oxford, Oxford University Press, pp.

Kelsen, Hans, (1982) *Teoría pura del derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, UNAM.

Mackie, John, (2001) "The Third Theory of Law" en Cohen, Marshall (comp.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres, Rowman & Allanheld.



Michaut, Françoise, (1999) "Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin" en Wesche, Steffen y Zanetti, Véronique (comp.), *Dworkin in der Diskussion*. Paderbon, Mentis Verlag, pp.

Newen Albert y Eike von Savigny, (1996) *Analytische Philosophie, Eine Einführung*. München, Fink.

Ott, Walter, (1976) *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Rawls, John, (2002) *Teoría de la Justicia*. Segunda edición. México, Fondo de Cultura Económica. Traducción de María Dolores González.

Seiffert, Helmut, (1996) *Einführung in die Wissenschaftstheorie 2*. München, Ed. Beck.

Waluchow, Wilfried, (1994) *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Clarendon Press.

Wesche, Steffen, (1999) "Auslegung, Fortbildung oder Schöpfung des Rechts? Überlegungen zur juristischen Interpretation anhand der Theorie Ronald Dworkins" en Wesche, Steffen y Zanetti, Véronique, (comp.), *Dworkin in der Diskussion*. Paderbon, Mentis Verlag, pp.

Wolf, Jean-Claude, (1999) "Gesetzesregeln und Gesetzesprinzipien" en Wesche, Steffen y Zanetti, Véronique (comp.), *Dworkin in der Diskussion*. Paderbon, Mentis Verlag, pp.

Hemerografía

Dworkin, Ronald, (2003) "The judge's new role: should personal convictions count?" en *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 1, pp. 4-12.

Dreier, Ralf, (1986) "Der Begriff des Rechts" en *Neue Juristische Wochenschrift*. Stuttgart, número 39, pp. 890-896.

Greenawalt, Kent, (1975) "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Fetters that Bind Judges" en *Columbia Law Review*. Vol. 75, pp. 359-399.



- Keller, Max, (1970) "Die einverständliche Scheidung" en *Juristen Zeitung*. Vol. 66, pp. 347-351.
- Kramer, Matthew, (1988) "The rule of misrecognition in the Hart of Jurisprudence" en *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 8, pp. 401-433.
- Maki, Linda y Alan Kaplan, (1980) "Elmer's Case Revisited: The Problem of their Murdering Heir" en *Ohio State Law Journal*. Vol. 41, número 4, pp. 905-957.
- Perry, Stephen, (1998) "Hart's Methodological Positivism" en *Legal Theory*. Vol. 4, pp. 427-467.
- Raz, Joseph, (1972) "Legal Principles and the Limits of Law" en *Yale Law Journal*. Vol. 81, número 5, pp. 823-845.
- Schauer, Frederick, (2004) "The limited domain of the law" en *Virginia Law Review*. Vol. 90, número 7, pp. 1909-1956.
- Soper, Philip, (1977) "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart Hart/Dworkin Dispute" en *Michigan Law Review*. Vol. 75, pp. 473-519.
- Steiner, Joseph M., (1976) "Judicial discretion and the concept of law" en *Cambridge Law Journal*. Número 35, pp. 135-157.
- Waluchow, Wilfried, (1985) "Herculean Positivism" en *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 5, pp. 187-210.

El camino del erizo. Dworkin y la Filosofía del Derecho¹

Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Dworkin es una de las figuras más importantes de la filosofía jurídica anglosajona de la segunda mitad del siglo XX, pero también una de las que ha generado mayores polémicas. Gran parte de ellas se deben posiblemente a su estilo de filosofar. Sus tesis parecen estar en un permanente cambio, lo que ha conducido a que su posición filosófica resultara difícil de clasificar utilizando los criterios tradicionales con los que los juristas solían distinguir las teorías positivistas de las teorías del derecho natural. Sin embargo, estas características no han impedido que, aún aquellos que se han mostrado en total desacuerdo con sus tesis, reconocieran su importancia casi desde el inicio de su producción académica. Es más, hay quienes han considerado que son precisamente esas características las que hacen a Dworkin un pensador interesante.

En este capítulo ofreceré una visión panorámica de la filosofía de Ronald Dworkin. Para ello me valdré de un enfoque diacrónico y haré hincapié en sus aspectos más polémicos. Luego de exponer

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2013-47662-C2-2-R financiado por el MINECO y FEDER, a partir de materiales previamente publicados.



sucintamente los datos biográficos de Dworkin (sección 1), presentaré de forma cronológica sus trabajos más representativos, mencionando especialmente su polémica con Hart y el desarrollo de su concepción igualitaria del liberalismo (sección 2). A continuación haré un análisis de cuál ha sido el verdadero desafío que Dworkin ha intentado plantear al positivismo jurídico (sección 3). Finalmente, haré una breve alusión a aquellos pensadores que más han influido en su pensamiento, y a la influencia que el propio Dworkin ha ejercido sobre la filosofía del derecho anglosajona (sección 4). De esta manera el lector interesado podrá encontrar en estas páginas una herramienta útil para adentrarse en el estudio en profundidad de su obra. El apartado bibliográfico presentará por separado las obras de Dworkin citadas en el texto y se complementará con una breve bibliografía recomendada.

El hombre

Ronald Myles Dworkin nació el 11 de diciembre de 1931, en la ciudad de Worcester, ubicada en el estado de Massachusetts (EEUU), y murió el 14 de febrero de 2013 en Londres, UK. Después de obtener el grado de *Bachelor of Arts* (BA) en Harvard College (1953) y Oxford University (1955), estudió derecho en Harvard Law School. Tras graduarse, trabajó como asistente del famoso juez Learned Hand entre 1957 y 1958. Ejerció la abogacía como miembro de la firma Sullivan y Cromwell de la ciudad de Nueva York desde 1958 hasta 1962. En ese año comenzó su carrera académica como profesor de Derecho en la famosa Yale Law School, que lo llevaría a obtener la cátedra (*Chair of Jurisprudence*) Wesley N. Hohfeld en 1968.

En 1969 le fue concedida la prestigiosa cátedra de teoría jurídica en Oxford, la misma que ocupara H. L. A. Hart desde 1952. En 1975 fue nombrado profesor en la Escuela de Derecho y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Nueva York. Ha desarrollado labores docentes durante diferentes lapsos de tiempo en las universidades de Harvard, Cornell y Princeton. Desde 1984 es profesor visitante en la Universidad de Londres. Así mismo, es miembro de la Academia Británica y de la Academia Americana de Artes y Ciencias.



En el inicio, su producción principal se canalizó en artículos publicados en diferentes revistas, posteriormente agrupados en dos compilaciones *Taking Rights Seriously* [*Tomarse los derechos en serio*] (Dworkin, 1977a, en adelante *TRS*) y *A Matter of Principle* [*Una Cuestión de Principios*] (Dworkin, 1985a, en adelante *AMP*). La primera etapa de su pensamiento esta marcada por una profunda crítica al positivismo jurídico representado por H. L. A. Hart, y por su oposición al utilitarismo como teoría política, principalmente a través del desarrollo de una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos. En una segunda etapa, a partir de la segunda mitad de la década de los setenta, comenzó a dar forma a una teoría alternativa del derecho (*vid.* Dworkin, 1975). A la que dotó de fundamentos, claramente diferenciables de los de sus oponentes, recién en la tercera fase de su pensamiento, marcada por la defensa de una concepción interpretativa de la teoría jurídica, y expuesta de forma sistemática en *Law's Empire* [*El Imperio del Derecho*] (Dworkin, 1986, en adelante *LE*).² Su última y ambiciosa obra, en la que pretende construir una concepción unificada del dominio normativa de conocimiento acaba de ser publicada con el título *Justice for Hedgehogs* [*Justicia para erizos*] (Dworkin, 2011).

Dworkin se ha preocupado siempre por aplicar sus ideas teóricas sobre el derecho y la moralidad política a diferentes problemas generados por la práctica constitucional norteamericana. Las cuestiones relacionadas con la pornografía y la libertad de expresión, por ejemplo, lo han preocupado desde la primera mitad de los sesenta. En uno de sus primeros artículos (Dworkin, 1966) discutió dos de los argumentos con los que Lord Devlin intentó justificar el castigo penal a la homosexualidad en Inglaterra en 1959. La persecución de la homosexualidad, esta vez en los Estados Unidos, volvió a preocuparlo a raíz del caso *Dronenburg* y de su polémica con Bork (*vid.* Dworkin, 1985e). Mientras que su posición frente a la pornografía volvió a ser analizada en uno de los mejores artículos, de los dedicados a cuestiones de moralidad pública, que integran *AMP*. Me refiero a "Do We Have a Right to Pornography?" (Dworkin, 1981e). Esto, a su vez, dio

² Esta distinción tripartita puede verse también en Raz 1986: 1104-1118, Stick 1986: 375, y Allan 1998: 257.



lugar a una interesante disputa con la eminente feminista Catharine MacKinnon (*vid.* Dworkin, 1993d, 1994b, 1995b). Otros problemas sobre los que Dworkin ha asumido una clara posición liberal son el de la desobediencia civil (Dworkin, 1968a, 1985c), el de la discriminación inversa (Dworkin, 1976a, 1976c, 1977g, 1978d, 1978f), el de las subvenciones estatales a la labor artística (1985d, 1985g), y el alcance a dar a la libertad académica (1994e, 1996c). Pero la causa que más le preocupó, sin lugar a dudas, fue la defensa de la regulación constitucional norteamericana respecto del aborto, establecida en la década del setenta en el famoso fallo *Roe v. Wade* (Dworkin, 1989a, 1989b, 1992a, 1992b). En *Life's Dominion [El dominio de la vida]* (Dworkin 1993, en adelante *LD*), agrupó sus escritos relativos a la controvertida cuestión del aborto, insertándolos en un marco más amplio, lo que le permitió afrontar otras cuestiones relacionadas con el valor de la vida, como la eutanasia. Gran parte de sus artículos posteriores a 1986 se encuentran recogidos en la compilación titulada *Freedom's Law [El Derecho de la Libertad]* (Dworkin, 1996a, en adelante *FL*), entre los que resaltan aquellos en los que defiende su teoría de la interpretación en el ámbito constitucional (sobre esta cuestión, ver también Dworkin, 1994f, 1997a).

En el campo de la filosofía política, Dworkin ha propuesto una concepción igualitaria del liberalismo, que ha desarrollado en varios trabajos, entre los que cabe destacar la serie de cuatro artículos dedicados a la noción de igualdad (Dworkin, 1981a, 1981b, 1987e, 1987f) y las conferencias Tanner dictadas en 1990 (Dworkin, 1990c). Todos ellos recopilados en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000). Su pretensión es construir una fundamentación del liberalismo mediante una estrategia que no requiera aislar la política de la concepción de la buena vida, tal como ocurre en la obra de otros pensadores liberales contemporáneos como Rawls (1971) o Ackerman (1980, 1995).

Dworkin ha sido caracterizado como un pensador socrático y multitemático (Scanlon, 1993), porque a lo largo de su carrera ha protagonizado una gran cantidad de debates sobre las más diversas cuestiones. Son de destacar: (1) el que mantuvo con los principales



representantes del llamado “análisis económico del derecho”;³ (2) el intercambio con Michael Walzer en torno a la forma en que debe ser elaborada una teoría de la justicia;⁴ (3) los debates en torno a las nominaciones de jueces para ocupar cargos en la Corte Suprema de los Estados Unidos;⁵ y (4) la disputa que a mediados de los ochenta inició con el crítico literario Stanley Fish.⁶ Pero el más famoso y relevante para la teoría jurídica es, sin lugar a dudas, el que mantuvo durante más de veinte años con Hart. La discusión se desarrolló en una serie de trabajos publicados principalmente en las década del setenta y del ochenta⁷ y culminó con la publicación póstuma de la segunda edición de *The Concept of Law* (Hart, 1994, en adelante *TCL*) conteniendo un Postscript en el que Hart contestó a las principales críticas de Dworkin.⁸ Este, a su vez, dedicó un trabajo a analizar esta crítica póstuma de Hart (incluido en la compilación *Justice in Robes [La Justicia con toga]* del año 2006). En realidad cuando afirmo que la polémica culminó con estos trabajos sólo me refiero a lo que a sus protagonistas privilegiados respecta, pues en la filosofía jurídica todavía se sigue discutiendo la cuestión. Dworkin ha analizado los trabajos críticos producidos por los defensores positivistas de Hart, en sus distintas variantes, en un artículo titulado “Thirty Years On...” [*Treinta años después*] (Dworkin, 2001), también incluido luego en *Justice in Robes* (2006).

³ Vid. Dworkin 1980a, 1980b, LE: cap. 8; Calabresi 1970, 1980; Posner 1977, 1980, 1981, 1995.

⁴ En un breve artículo publicado en *The New York Review of Books* (Dworkin, 1983c), Dworkin plantea una dura crítica a la propuesta de una teoría basada en la idea de “igualdad compleja” defendida por Michael Walzer en su libro *Esferas de la Justicia* (Walzer 1983a). La respuesta de Walzer (1983b) no se hizo esperar, y tampoco la réplica de Dworkin (1983e).

⁵ Vid. Dworkin, 1984, 1985f, 1987b, 1987c, 1987g, 1987h, 1990b, 1991b, 1992d.

⁶ Las críticas de Fish a la teoría de la interpretación constructiva son posiblemente las que más han preocupado a Dworkin (vid. Fish, 1982, 1983, 1987, 1991; Dworkin, 1983a, 1985b, 1986, 1991c). Sobre el debate Dworkin-Fish (vid. Bonorino, 2010, Marmor, 1992: 73-81, Stavropoulos, 1996: 165).

⁷ Los trabajos de Dworkin relacionados con esta polémica son: Dworkin, 1967, 72, 1977a, 1977c, 1977d, 1986, 1987d. Los de Hart son: Hart, 1976, 1977, 1979, 1987, 1994: PS.

⁸ Ver la traducción y el ensayo introductorio de Rolando Tamayo y Salmorán en Hart (2000).



La introducción de su pensamiento a gran escala en el mundo hispano, se produce a partir de la traducción de algunos de sus primeros artículos en la serie *Cuadernos de Filosofía*, publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero es principalmente a partir de la publicación de su primera compilación de artículos en 1984, con el título *Los Derechos en Serio*, cuando sus ideas adquieren mayor difusión. Hasta el momento se han traducido de forma completa sus libros, a veces con resultados muy poco satisfactorios, con el título de *El imperio de la justicia* (Dworkin, 1986), *El dominio de la vida* (Dworkin, 1993), y *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político* (Dworkin, 2008). Muchos de los artículos de AMP fueron traducidos en distintas compilaciones (1977d, 1978a, 1982a), así como algunos de sus trabajos sobre teoría política (1989c, 1990c), la compilación completa acaba de ser traducida (2012). Entre las últimas compilaciones traducidas se encuentran *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. (2003) y *La justicia con toga* (2007). Sus últimos dos libros, *Justicia para erizos* (2014) y *Religión sin Dios* (2014).

La obra

En esta sección presentaré el contenido de las principales obras de teoría jurídica de Dworkin, agrupándolas según las tres etapas de su pensamiento que he señalado anteriormente. Finalmente, dedicaré algunas líneas a presentar sus trabajos de filosofía política.

Primera fase (1963-1976)

Su primer artículo (Dworkin, 1963), dedicado al tema de la discrecionalidad judicial, se publicó en *The Journal of Philosophy* en 1963. En él se pueden detectar muchas de las características definitorias de su filosofía. Una crítica marcada al utilitarismo y un tratamiento pormenorizado del razonamiento jurídico.

Después de una serie de artículos menores (Dworkin, 1964, 1965, 1966), en la mayoría de los cuales realizaba reseñas de otras obras, llegó el trabajo que le haría ganar gran parte de su prestigio. En "The Model of Rules" (*El modelo de reglas*) (Dworkin, 1967) —tam-



bién conocido como “Is Law a System of Rules?” (¿Es el derecho un sistema de reglas?— plantea una de las críticas más importantes e influyentes a la obra de H. L. A. Hart. Dworkin sostuvo en ese artículo que el positivismo jurídico (ejemplificado por la versión de H.L.A. Hart) es un modelo de y para un sistema de reglas. Esto es así pues su creencia central en una prueba fundamental para identificar el derecho (doctrina de la regla de reconocimiento), lleva a perder de vista el importante papel que desempeñan los principios en el razonamiento jurídico. Para dar cuenta de la función que los principios cumplen en el derecho, y con ello poder comprender el uso de los conceptos de obligación y derecho jurídico mediante una teoría que describa la situación social de manera más adecuada, el positivismo jurídico debería ser abandonado. La clave del éxito de este artículo no se debe buscar en la originalidad de las tesis defendidas (*cf.* Fuller, 1956, 1958), ni en la novedad de los conceptos involucrados (*i. e.* “principios”). Sino en la brillantez de su exposición y en la solidez de sus argumentos.

El libro *The Concept of Law* (1961, en adelante *TCL*) de Hart tuvo un gran impacto en el panorama iusfilosófico anglosajón, por su rigor, claridad y por introducir el análisis del lenguaje ordinario como herramienta de la reflexión filosófica. Características que resaltaban aún más si se tiene en cuenta la situación agónica en la que se encontraba la teoría jurídica anglosajona en las primeras décadas de este siglo (*vid.* Guest, 1992:2, MacCormick, 1981:18, Raz, 1986:2). Por eso no sorprende que las tesis de Dworkin en dicho artículo hayan acaparado tanta atención. Lo que sí puede sorprender es que dos años después, y sin otro trabajo de similar importancia publicado, Dworkin sucediera a Hart en la cátedra de teoría jurídica de Oxford.

En 1970 publicó otro de sus más conocidos artículos *Taking Rights Seriously (Tomar los derechos en serio)* (Dworkin 1970). En él realizó el primer esbozo de su concepción de los derechos individuales frente al gobierno como *cartas de triunfo*. Esto es, como derechos que el Estado no puede limitar apelando a objetivos o metas sociales consideradas valiosas. El Estado sólo puede interferir en los derechos fundamentales de los individuos apelando a la defensa de otros derechos individuales (concebidos como derechos de individuos



y no de colectivos), o bien a razones de emergencia actual y de gran magnitud. Ninguna fundamentación basada en objetivos colectivos o derechos de la sociedad, o de las mayorías, puede ser utilizada para justificar una limitación a estos derechos fundamentales. El punto de partida de su argumentación es el análisis del lenguaje relativo a los derechos, y su núcleo consiste en mostrar que la idea misma de derecho individual frente al gobierno (derecho fundamental en su terminología) implica la imposibilidad del Estado de limitar su ejercicio apelando al bienestar colectivo.

“Social Rules and Legal Theory” (*Reglas Sociales y Teoría Jurídica*) (1972a), es un artículo árido y complejo. Prácticamente no representa ningún avance en la teoría de Dworkin. En él respondió a las principales críticas que suscitó su anterior trabajo sobre Hart (Dworkin, 1967) agregando una crítica importante a la teoría de las reglas sociales que éste expusiera en *TCL*. Esta da lugar a un argumento independiente contra el positivismo, tanto en lo que respecta a su teoría de la decisión judicial como a su teoría de la regla de reconocimiento. Algunos autores consideran que es recién en este trabajo cuando Dworkin empieza a erosionar ciertas distinciones conceptuales establecidas por Hart, que hasta ese momento había utilizado en sus críticas (*vid.* Hund, 1989: 469, nota 12).

En 1975 Dworkin realizó la primera presentación sistemática de la concepción del derecho que venía esbozando en sus anteriores trabajos. En “Hard Cases” (*Casos Difíciles*) (1975) unificó su teoría de la decisión judicial y su teoría de los derechos individuales. En este artículo hace su aparición el Juez Hércules, instrumento metodológico al que apela Dworkin para exponer su concepción de la teoría jurídica. Este trabajo es una versión modificada de la disertación inaugural que realizara al asumir su cargo en Oxford, en el año 1971.

Para comprender tanto el aspecto crítico de las tesis de Dworkin, como su propuesta alternativa, conviene realizar previamente una sucinta presentación de la propuesta teórica que Hart formula en *TCL*.⁹

⁹ En lo que sigue presentaré brevemente sólo algunos de los rasgos más salientes de la posición de Hart. La teoría jurídica de Hart se encuentra desarrollada principalmente en *TCL* (Hart 1961, 1994), y en algunos artículos anteriores



Hart comienza reconstruyendo la teoría que explica el derecho como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas, emitidas por un soberano (independiente y supremo) generalmente obedecido (*TCL*: capítulo 2). Esta teoría fue defendida principalmente por John Austin (1790-1859) en las clases que dictara en la Universidad de Londres en el período comprendido entre 1829 y 1832. Las mismas fueron recogidas en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832. Este trabajo fue posteriormente reeditado, con el agregado de nuevos materiales, hasta 1885 (fecha de la quinta edición), con títulos diversos como *Lectures on the Philosophy of Positive Law* o *Lectures on General Jurisprudence*. A pesar de las diferencias que el propio Kelsen señala con la obra de Austin (Kelsen, 1941), Hart considera que, en lo que a la concepción básica de las normas jurídicas respecta, su reconstrucción refleja también la posición de Hans Kelsen. Luego dedica los dos capítulos siguientes de su libro a mostrar las deficiencias de este tipo de teorías.

Las distintas críticas que Hart formula a este “modelo simple”, le permiten presentar las nociones teóricas con las que elucida el concepto de derecho:

- (1) La necesidad de dar cuenta de las diferentes funciones sociales que cumplen las reglas en un sistema jurídico (cap. 3) conduce a la distinción entre reglas primarias y secundarias como elemento esencial a la hora de describir el derecho (cap. 5). El argumento general es que los sistemas jurídicos reales incluyen normas que, por su contenido, origen o ámbito de aplicación, no pueden ser explicadas correctamente mediante el modelo de órdenes respaldados por amenazas. Si tenemos en cuenta el contenido de las normas, veremos que en los sistemas

y posteriores (*vid.* 1982, 1983). La bibliografía secundaria, relacionada con las tesis jurídicas de Hart, es prácticamente imposible de listar de forma exhaustiva. Una exposición detallada de toda su teoría jurídica, con referencias a los principales textos críticos, puede hallarse en los textos de Neil MacCormick (1981) y Michael Bayles (1992). Dos recopilaciones de ensayos dedicados expresamente a analizar la obra de Hart, resultan particularmente recomendables: Raz y Hacker (1977) y Gavison (1987a).



jurídicos reales existen normas que otorgan potestades públicas o privadas, esto es que establecen la forma en que los particulares pueden generar nuevos derechos y obligaciones, o la manera en que los funcionarios pueden dictar o aplicar normas. Estas normas no pueden ser explicadas en el modelo simple sin (a) asimilar nulidad con sanción o bien (b) considerarlas fragmentos de normas genuinas. Ninguna de estas alternativas resulta aceptable, pues el resultado obtenido sería la deformación de las diferentes funciones sociales que cumplen los distintos tipos de reglas. Las objeciones que pueden plantearse si se consideran el origen y el ámbito de aplicación de las normas en los sistemas jurídicos reales, son dos: (a) algunas normas se originan en la costumbre, no son creadas, y (b) las normas jurídicas se aplican aun a las mismas autoridades que las emiten. Según Hart, tampoco estas dos características pueden ser explicadas satisfactoriamente con el modelo simple de órdenes generales respaldadas por amenazas (*vid. TCL: Cap. 5*).

(2) Las insuficiencias de la noción de hábito para explicar el derecho y las diferencias señaladas entre hábitos y reglas (cap. 4), es lo que justifica la distinción entre punto de vista interno y externo, y la correspondiente diferencia entre enunciados internos y externos (cap. 5). El capítulo cuatro resulta de gran importancia porque en él se encuentra por primera vez en el texto (a) una defensa explícita de la distinción entre hábito y regla en términos wittgenstenianos, aludiendo expresamente a la distinción entre el punto de vista interno y externo frente a las reglas, y (b) la necesidad de contar con una regla última para resolver las cuestiones relacionadas con la existencia e identificación de un sistema jurídico, ya que la misma se encontraría presupuesta en muchas de las explicaciones que podrían derivarse del modelo simple para estas cuestiones.

(3) La respuesta insatisfactoria que brinda el modelo simple a los problemas relativos a la existencia e identificación de un sistema jurídico, muestra la necesidad de una



regla última para dar cuenta de los mismos (cap. 4). Esto lleva a la teoría de la *Regla de Reconocimiento*, la que posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno como externo (caps. 5 y 6). El modelo simple explica la identidad o unidad de un ordenamiento jurídico mediante la introducción de la idea de un soberano, independiente y supremo, generalmente obedecido, del que emanan todas las ordenes generales que componen un sistema jurídico. Una norma forma parte del derecho cuando ha sido emitida por el soberano o bien por alguien a quien el soberano haya delegado parte de su poder normativo. La existencia de diferentes soberanos supremos e independientes es lo que permite explicar la existencia de diferentes sistemas jurídicos. El soberano es un sujeto o conjunto de sujetos a los que la población obedece habitualmente, y que no tienen a su vez el hábito de obedecer a ninguna autoridad normativa. Hart crítica este aspecto del modelo porque no permite explicar (a) la continuidad de un sistema jurídico cuando el soberano debe ser reemplazado, (b) la persistencia temporal de las normas emitidas por un soberano cuando es sucedido por otro, y (c) porque en los sistemas jurídicos reales no puede identificarse ningún soberano independiente y supremo habitualmente obedecido, ya que las legislaturas o el electorado, únicos candidatos posibles en las modernas democracias, no pueden entenderse en esos términos.

Usando la terminología de Raz (1970), podemos decir que con estos elementos Hart reflexiona y funda su respuesta a los problemas de la existencia, identidad, estructura (caps. 5-6) y contenido (caps. 8-9) de un sistema jurídico nacional. La teoría de Hart contiene, en consecuencia, una teoría analítica completa del sistema jurídico nacional, dentro de la que podría detectarse la presencia de una definición adecuada de "sistema jurídico nacional". Las dos descansan sobre la crucial noción de "Regla de Reconocimiento", pues con ella se resuelven los problemas de existencia e identidad del sistema jurídico que les son comunes. Sin embargo, el tratamiento que hace Hart de la



misma resulta sumamente impreciso (*TCL*: cap. 5, 6), lo que ha dado lugar a no pocas polémicas y discusiones en torno a los problemas que genera su interpretación.

La teoría de la decisión judicial contenida en *TCL* (cap. 7), parte del análisis del significado de los términos con los que se deben necesariamente formular las reglas jurídicas. Para que el derecho pueda cumplir con su función básica de regular la conducta de los sujetos mediante reglas, éstas deben ser formuladas en el lenguaje natural utilizado en la comunidad. Para Hart, el significado de las palabras-concepto en las que deben ser formuladas las reglas, depende del uso que se haga de ellas en dicha comunidad. Existen casos en los que la aplicación del término no resulta problemática, estos constituyen el núcleo del significado de la expresión. Pero existen otros casos en los que existen desacuerdos sobre si el término se aplica o no. En esos casos se debe apelar a consideraciones extralingüísticas para fundar la decisión de aplicar o no el término en cuestión. Estos casos constituyen la zona de penumbra del significado de toda palabra-concepto perteneciente a un lenguaje natural.

Por ejemplo, la palabra-concepto “vehículo” posee un núcleo de significado claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla “vehículo”. Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver, o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término “vehículo”. Todas las palabras-concepto del lenguaje natural poseen un grado ineliminable de indeterminación.

Las reglas jurídicas, en consecuencia, permiten resolver sin inconvenientes los casos que caen dentro del núcleo de significado de las palabras-concepto con que se formulan. Esto son los denominados casos fáciles. Pero existen casos que caen dentro del área de penumbra, los denominados casos difíciles. En estos casos, la regla no determina por sí sola la solución, y el juez debe elegir entre distintas alternativas apelando a consideraciones extrajurídicas. La existencia inevitable de estos casos en la práctica de aplicación judicial del dere-



cho, constituye el fundamento de la llamada “tesis de la discrecionalidad judicial” (*TCL*: Cap. 7).¹⁰

Podemos reconstruir el principal argumento crítico de Dworkin, tomando como base “The Model of Rules” (Dworkin, 1967), de la siguiente manera:

(1) Una teoría jurídica debe brindar respuesta a la pregunta qué es una obligación jurídica, lo que hace necesario responder a la pregunta qué es el derecho. Dichas respuestas deben mostrar cómo usamos en la realidad esos conceptos, y qué compromisos conceptuales nos trae aparejado dicho uso.

(2) No es una cuestión meramente verbal determinar cuál de las posibles teorías jurídicas que nos proponen respuestas a estas preguntas es la correcta. De lo que se trata es de determinar cuál de ellas describe de manera más adecuada la situación social.¹¹

(3) El esqueleto del positivismo como teoría jurídica está constituido por unas pocas proposiciones centrales:¹²

(3.1) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por esa comunidad, directa o indirectamente, con el propósito de determinar cuáles son las conductas que serán punidas o coaccionadas mediante el poder público. Estas reglas se identifican mediante criterios específicos, especies de pruebas (*test*), en los que no se tiene en cuenta el contenido de las reglas sino su *pedigrí*, esto es la forma en que fueron adoptadas o

¹⁰ La distinción entre casos fáciles y difíciles resulta crucial para las posiciones positivistas. Es lo que permite afirmar que la interpretación, en tanto que actividad parcialmente creativa, constituye una actividad excepcional en la tarea de aplicar judicialmente el derecho. La distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser requiere diferenciar las actividades de aplicar el derecho (casos fáciles) y de crearlo (casos difíciles) (cf. Marmor, 1992a: 124, Marmor, 1992b, Schauer, 1985). Pero también lo es para la posición de Dworkin, como han señalado acertadamente Hutchinson y Wakefield (1982).

¹¹ El contenido de las premisas [1] y [2] de la reconstrucción propuesta, ha sido analizado en detalle por Philip Soper (1977).

¹² La forma en la que Dworkin caracteriza al positivismo jurídico, ha sido ampliamente discutida (*vid.* Bell, 1972, Burton, 1984, Carrió, 1980, Lyons, 1977, Nino, 1980, Waluchow, 1985).



desarrolladas. Estas pruebas permiten distinguir las reglas jurídicas válidas de las espurias, y también de otros tipos de reglas sociales (por lo general reglas morales) que la comunidad sigue, pero no forzada por la amenaza del poder público.

(3.2) El conjunto de estas reglas jurídicas válidas constituye todo el derecho de forma exhaustiva, por lo que si algún caso no queda claramente cubierto por una de estas reglas, ese caso no puede ser decidido mediante la aplicación del derecho. Estos casos deben ser decididos por algún funcionario, por ejemplo un juez, ejerciendo su discreción, esto significa buscando más allá del derecho algún tipo de pauta (*standard*) que lo guíe en la creación de una nueva regla jurídica, o en la tarea de modificar alguna de las ya existentes.

(3.3) Decir que alguien tiene una obligación jurídica es decir que su caso cae bajo una regla jurídica válida que le exige hacer o abstenerse de hacer algo (brevemente, decir que alguien tiene un derecho jurídico es afirmar que otros tienen actual o hipotéticamente la obligación legal de actuar o no actuar de cierta manera respecto de él). En ausencia de tales reglas jurídicas válidas, no hay obligaciones jurídicas, de lo que se sigue que cuando el juez resuelve una cuestión mediante el ejercicio de su discrecionalidad, no está imponiendo un derecho jurídico.

(4) Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en casos difíciles, hacen uso de pautas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios. Estos principios, que pueden ser principios en sentido estricto, directrices políticas u otro tipo de pautas, se diferencian de las reglas por su estructura lógica y por poseer la dimensión de peso. Son estos principios los que permiten entender la labor judicial en los casos controvertidos, como la aplicación de los derechos u obligaciones que las partes tenían con antelación a la decisión institucional.



(5) Existen dos formas de entender los principios jurídicos: (1) considerando que forman parte del derecho al igual que las reglas y que por ende obligan de la misma manera que éstas, o (2) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerándolos en consecuencia como por encima del derecho.

(6) La segunda forma de entender los principios jurídicos resulta inaceptable pues ninguno de los argumentos que pueden dar los positivistas en su apoyo es aceptable, y porque, además, lleva a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria.

(7) Decir que alguien “tiene discrecionalidad” en el lenguaje ordinario tiene sentido sólo en contextos en el que alguien tiene la carga de tomar decisiones en materias reguladas por pautas establecidas por una determinada autoridad. Se pueden distinguir tres sentidos del término “discreción”: (a) sentido débil₁: por alguna razón las pautas que el funcionario debe aplicar no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren el uso de opiniones (*judgment*); (b) sentido débil₂: algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión y la misma no puede ser revisada ni revertida por ningún otro funcionario; (c) sentido fuerte: en algunas cuestiones el funcionario no se encuentra obligado o vinculado por las pautas establecidas por la autoridad de que se trate.

(8) La doctrina de la discrecionalidad judicial que defienden los positivistas (*vid. supra* 3.2) es o bien trivial, si se entiende la expresión “discreción” en sentido débil₁, o bien, entendida en un sentido fuerte de la expresión, resulta infundada, pues se compromete con el segundo enfoque de los principios jurídicos (*vid. supra* 6).

(9) Si adoptamos la primera forma de entender los principios, entonces debemos abandonar, además de la doctrina de la discrecionalidad en sentido fuerte, la doctrina positivista de la *prueba de pedigrí* (*vid. supra* 3.1). Pues no se puede relacionar los principios con actos institucionales de promulgación, ni se los puede asimilar



al tratamiento que se le da a la costumbre ni se los puede considerar como formando parte de la propia regla de reconocimiento.¹³

(10) Sin las anteriores tesis la tercera tesis positivista, en la que se formula la doctrina de la obligación jurídica (*vid. supra* 3.3), tampoco puede ser defendida. Pues una vez abandonada la teoría de la discrecionalidad, y reconocido que los principios son parte del derecho, nada impide considerar que las obligaciones jurídicas puedan surgir de constelaciones de principios, además, que de reglas establecidas.

(11) El positivismo (ejemplificado por la versión de H.L.A. Hart) es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una simple prueba fundamental para el derecho nos fuerza a perder de vista el importante papel que desempeñan los principios (en sentido genérico) en el razonamiento jurídico.

(Conclusión) Para dar cuenta de la función que los principios cumplen en el derecho, y con ello poder comprender el uso de los conceptos de obligación y derechos jurídicos, mediante una teoría que describa la situación social de manera más adecuada, el positivismo jurídico debe ser abandonado.

La forma en que los distintos pensadores positivistas han intentado evitar las objeciones que surgen de este argumento de Dworkin, ha marcado el desarrollo posterior de la corriente en el mundo jurídico anglosajón (*vid. infra* sección 3, punto 3.1).

Por lo general se acepta que el núcleo de la teoría jurídica de Dworkin, en esta primera fase, se encuentra desarrollado en tres de los artículos antes mencionados: "The model of Rules" (1967), "So-

¹³ En un artículo posterior Dworkin desarrolla un argumento independiente para rechazar la prueba de pedigrí (Dworkin, 72). En él rechaza la teoría de las reglas sociales de Hart como fundamento de la obligación de los jueces de aplicar el derecho, situándola en el campo de la moralidad convencional (previo distingo entre moralidad concurrente y convencional). Una crítica a este argumento puede verse en Soper, 1977: 488-489.



cial Rules and Legal Theory" (1972), y "Hard Cases" (1975).¹⁴ Es principalmente en este último donde Dworkin presenta, explícitamente y de forma comprehensiva, una concepción del derecho alternativa a aquella defendida por el positivismo jurídico.

Es importante comprender los puntos centrales de su teoría en esta primera versión, porque todos los desarrollos posteriores del pensamiento de Dworkin pueden entenderse como un intento para hallar una forma de justificar mejor sus viejas tesis (*cf.* Stick, 1986: 372, Raz, 1986). La base de su teoría la constituye la aspiración de que los "derechos sean tomados en serio." Esto significa preservar los derechos individuales frente a cualquier intento de avasallamiento por parte del Estado. Todas sus tesis específicamente jurídicas, como la teoría del razonamiento judicial y la tesis de la respuesta correcta, son desarrolladas para defender su concepción liberal del derecho (*cf.* Gabel, 1977, Stick, 1986).

La tesis central, en torno a la que se articula todo su pensamiento, es la llamada "tesis de los derechos" o "tesis del derecho a una decisión." Sólo se puede afirmar que los sujetos tienen derechos, si los jueces, al decidir los litigios que surgen en relación con su existencia o alcance, deben tomar sus decisiones sobre la base de esos derechos. Decir que un individuo tiene un derecho jurídico significa afirmar que tiene el derecho a una decisión jurídica favorable en caso de controversia (*cf.* Dworkin, 1970, 1975).

De ella se deriva la necesidad de defender la llamada "tesis de la respuesta correcta." Para que se pueda afirmar que un sujeto tiene el derecho a una decisión judicial favorable en ciertos casos, y al mismo tiempo sostener que es la existencia de ese derecho la que sirve de base para dicha decisión, resulta necesario que el material normativo dé una respuesta correcta para todos los casos, principalmente para aquellos que generan controversias (*cf.* Dworkin, 1975).

¹⁴ Ver en el mismo sentido Mackie, 1977, Raz, 1986, Soper, 1977, Stick, 1986. En contra se han expresado Hutchinson y Wakefield (1982: 87, nota 8), quienes sostienen que el núcleo de la teoría de Dworkin en esta primera etapa de su producción se encuentra expresado en "The Models of Rules", "Hard Cases" y "Can Rights be Controversial?" (1977f).



Para que los jueces puedan hallar estas “respuestas correctas”, se les deben otorgar herramientas más flexibles para desarrollar los razonamientos que les permitan justificar jurídicamente esas decisiones. Los principios jurídicos son los instrumentos que permiten explicar cómo los jueces pueden hallar una respuesta correcta en todos los casos, aun en los llamados casos difíciles. Pero la defensa de los derechos individuales exige que esos principios sean entendidos de forma restrictiva, excluyendo aquellas pautas que establecen metas consideradas valiosas para la comunidad. Por ello Dworkin considera que los únicos fundamentos aceptables para las respuestas judiciales correctas en cuestiones jurídicas controvertidas, son los principios jurídicos y no las directrices políticas. La razón es que estas últimas pueden ser satisfechas de diversas maneras, lo que no permitiría fundar la “tesis de la respuesta correcta” (cf. Dworkin, 1975).

Por todo ello, su posición lleva a rechazar la distinción tradicional entre derecho y moralidad. La labor de Hércules, el juez ideal que utiliza en su exposición, es hallar la teoría que mejor explique y justifique el derecho establecido. Esa teoría consiste en el conjunto de principios de moralidad subyacentes en el material normativo que mejor se adecúe al mismo. Con ayuda de esta teoría no resulta difícil hallar respuesta para aquellas cuestiones no resueltas explícitamente por el derecho establecido. La labor de Hércules consiste en encontrar la mejor justificación moral para los materiales jurídicos, y al hacerlo, debe él mismo formular juicios morales sustantivos. Su labor no se puede limitar a describir la moralidad convencional, aquella que surge de ciertas reglas sociales ampliamente aceptadas (cf. Dworkin, 1972a, 1975a).

Dworkin sostiene que la teoría jurídica no es más que la parte general de toda decisión judicial (cf. Dworkin 1964). La tarea de Hércules representa la consecución del programa ideal de dicha teoría, en la que conviven elementos descriptivos y valorativos. Es esta mezcla de aspectos descriptivos y normativos en la teoría de Dworkin, tal como surge de la reconstrucción esquemática que he presentado, lo que ha generado dificultades a la hora de clasificarla (cf. Soper, 1977: 474). Frente a la dicotomía tradicional entre teorías conceptuales o



descriptivas del derecho (positivistas) y teorías prescriptivas (iusnaturalistas), la propuesta de Dworkin combina elementos de ambas. Esto ha llevado a algunos autores a considerarla un tercer tipo de teoría jurídica (Mackie, 1982, MacCormick, 1982), y a otros a considerarla una variante sofisticada de positivismo (Bell, 1972) o de iusnaturalismo (Richards, 1977, Waluchow, 1989).

Segunda fase (1977-1985)

Hubo que esperar a la publicación de *TRS* para ver reunidos los principales ensayos escritos por Dworkin entre 1967 y 1976. La introducción fue escrita por Dworkin especialmente para ese volumen. La recopilación recoge 13 artículos, de los cuales dos no habían sido publicados previamente (“What rights do we have?” [¿Qué Derechos Tenemos?] (1977e) y “Can rights be controversial?” [¿Pueden los derechos ser controvertidos?] (1977f)).

Inmediatamente después de su publicación especialistas de todo el mundo dedicaron artículos y reseñas a analizar y criticar sus ideas. En la segunda edición, realizada en 1978, al año siguiente de la primera, Dworkin amplía el ensayo “Seven Critics” (*Siete Críticas*), que había publicado en *Georgia Law Review* (1977c), y lo incorpora como apéndice titulado “A reply to critics” (*Una réplica a las críticas*) (Dworkin, 1978b).

Es interesante destacar que el importante ensayo “No right answer?” (¿No hay respuesta correcta?) (Dworkin, 1977d, en adelante *NRA*) no forma parte de *TRS* a pesar de haber sido publicado en 1977 en un volumen colectivo en homenaje a Hart (Hacker y Raz, 1977: 58-84). Sin embargo, algunas de las réplicas que realiza Dworkin en el apéndice se refieren a ciertas críticas suscitadas por lo afirmado en dicho artículo. Este trabajo constituye otro hito importante en la producción de Dworkin, y es considerado por muchos como uno de sus mejores escritos. En él se defiende la denominada *tesis de la respuesta correcta* en los casos jurídicos controvertidos, cuyo alcance y fundamentos todavía es objeto de discusiones.¹⁵

¹⁵ En realidad la tesis de Dworkin es mucho más modesta de lo que se suele



Además de la introducción para *TRS* y *NRA*, Dworkin escribió una breve introducción para una compilación de textos de filosofía del derecho publicada por Oxford University Press (1977b). En ella se pueden encontrar algunas de las ideas con las que Dworkin guiará su producción académica en los años subsiguientes. Me refiero específicamente a la preocupación por dar sentido a las proposiciones jurídicas de manera diversa a como lo hace el positivismo jurídico (cf. Patterson, 1996).

En “Political Judges and the Rule of Law” (*Jueces políticos y Estado de Derecho*) (Dworkin, 1978c) y “The Forum of Principle” (*El Foro de los Principios*) (Dworkin, 1981c) afirmó que los jueces deben tomar decisiones políticas al resolver cuestiones controvertidas, mostrando que esta tesis no se opone a ninguna concepción plausible de la democracia. Esto lo llevó a entablar un debate interesante con algunos constitucionalistas y filósofos políticos, entre los que destaca John Ely.

En “Principle, Policy, Procedure” (*Principio, Directriz Política, Procedimiento*) (1981d), Dworkin exploró cuál es el tipo de razones que se pueden hacer valer en el campo del derecho procesal (penal y civil) toda vez que las razones de principio o las de directrices políticas se muestran *prima facie* implausibles para justificar por sí solas las instituciones procesales. Indagó cuáles son los derechos procesales en el terreno del derecho penal y cuáles en el del derecho civil, a partir del concepto de perjuicio moral. Esta ampliación de su teoría de los derechos resulta sumamente interesante, toda vez que Dworkin no ha vuelto a considerar la cuestión en trabajos posteriores.

En otro hito importante en su producción, “Law as Interpretation” [*Derecho como Interpretación*] (Dworkin, 1982a, en adelante

considerar, al menos en este trabajo. Afirma que la tesis que niega la existencia de una respuesta correcta en los casos jurídicos controvertidos es mucho más limitada de lo que creen sus defensores en nuestros propios sistemas jurídicos. A lo largo de su exposición pretende haber demostrado que no existen argumentos para negar que en realidad existen respuestas correctas en la mayoría de los casos difíciles. Tal como afirma Stephen Guest (1992) la tesis de la respuesta correcta constituye una maniobra defensiva por parte de Dworkin, quien no parece comprometido en su defensa sino más bien en frenar los intentos de rechazarla apelando a supuestas razones de sentido común.



LAI),¹⁶ Dworkin presentó su concepción de la interpretación desarrollándola a partir de una analogía con lo que ocurre en el arte. Esta es la base de la concepción de la práctica jurídica como práctica esencialmente interpretativa que constituye el núcleo del giro hermenéutico que llevará a cabo en *LE*. Dworkin debió defender de inmediato su propuesta, ante los embates críticos de Stanley Fish (Dworkin, 1983a).

En 1985 se publica la segunda recopilación de artículos, *AMP*, que además de los trabajos antes mencionados, reúne algunos otros que anticipan el giro hermenéutico que caracterizará a la tercera etapa de su producción. Los diecinueve trabajos que componen la compilación se encuentran distribuidos por temas de la siguiente manera: (1) las bases políticas del derecho (Dworkin, 1978c, 1981c, 1981d, 1985c); (2) el derecho como interpretación (Dworkin, 1977d, 1982a, 1985b); (3) liberalismo y justicia (Dworkin, 1978a, 1983b, 1983c, 1985d); (4) la visión económica del derecho (Dworkin, 1980a, 1980b); (5) discriminación inversa (Dworkin, 1977g, 1978d, 1979a); y (6) censura y libertad de expresión (Dworkin, 1978e, 1980c, 1981e).

La edición casi simultánea de *LE* impidió que se desarrollara una discusión independiente en torno a estos trabajos, similar a la que sobrevino después de la publicación de *TRS*.¹⁷ Entre los pocos trabajos dedicados específicamente al contenido de esta compilación, destacan los que escribieran Joseph Raz (1986) y Jessica Lane (1987).

Tercera fase (1986-2011)

En 1986 Dworkin publicó la obra en la que presenta de forma sistemática su pensamiento iusfilosófico: *Law's Empire*. En un primer momento la obra generó cierta desilusión. El tono en el que estaba escrita resultaba poco técnico y riguroso, más apropiado para una obra de divulgación que para lo que los especialistas esperaban de ella (*vid.*

¹⁶ En *AMP* se incorpora con el título "How law is like literature". La traducción al castellano toma como base esa edición, por lo que este artículo se titula "Cómo el derecho se parece a la literatura" en la deficiente edición colombiana de 1997.

¹⁷ La escasa distancia temporal entre ambas ediciones hizo que Kent Greenawalt, por ejemplo, escribiera una reseña conjunta de ambas obras (*cf.* Greenawalt, 1987).



Fentiman, 1986, Hutchinson, 1987, Stick, 1986). También sorprendió la despreocupación expresa de Dworkin por hacer compatibles sus viejas tesis con los nuevos fundamentos que ofrecía en su libro (*LE: VIII*). Pero de inmediato se reconoció su importancia, y actualmente es considerada una de las obras más importantes de la filosofía jurídica anglosajona de este siglo.¹⁸

El argumento que Dworkin desarrolla y defiende en *LE* se puede resumir de la siguiente manera:

(1) Las teorías semánticas del derecho, como el positivismo que defiende Hart, deben ser rechazadas porque no permiten explicar adecuadamente los desacuerdos entre juristas en los casos difíciles. El concepto de derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deben determinar lo que es el derecho en cada caso, interpretando la práctica de otros jueces cuando deciden lo que es el derecho. Las teorías generales del derecho constituyen a su vez interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial (*LE: Cap.1*).

(2) Interpretar significa mostrar al elemento interpretado haciendo de él lo mejor que puede ser. Por ello, el resultado de dicha actividad debe ajustarse al elemento interpretado y al mismo tiempo debe justificarlo, esto es debe mostrarlo en su mejor perspectiva (*LE: Cap. 2*).

(3) Las diferentes interpretaciones generales de nuestra práctica constituyen distintas concepciones que pretenden explicar y justificar el uso que en nuestra práctica se hace de la fuerza pública (*LE: Cap. 3*).

(4) Tanto el convencionalismo como el pragmatismo (versiones interpretativas del positivismo y del realismo respectivamente), deben ser rechazadas porque no se ajustan ni justifican adecuadamente nuestra práctica jurídica. (*LE: Cap. 4 y 5*).

(5) La tercera concepción del derecho, defendida por Dworkin, se denomina "derecho como integridad". Se

¹⁸ Las discusiones en torno a *LE* todavía siguen acaparando la atención de los especialistas (*vid. Kramer, 1999a, Kress, 1999a, Marmor, 1999*).



basa en la consideración de la integridad como virtud política en igual plano que la justicia, la equidad y el debido proceso. Esto se encuentra justificado por el hecho de ser esa virtud la que permite concebir a nuestra comunidad política como una asociación de principios (LE: Cap. 6).

(6) El derecho como integridad se articula en torno al principio judicial de integridad. Este principio exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, en algún conjunto coherente de principios respecto de los derechos y los deberes que tiene la gente en esa comunidad. Esta concepción presupone la existencia de una respuesta correcta y verdadera en los casos difíciles, que los jueces deben buscar, aunque su verdad no pueda ser demostrada y siempre constituya una cuestión controvertida (LE: Cap. 7).

(7) El derecho como integridad no sólo justifica nuestras prácticas, sino que también se ajusta adecuadamente a la forma en que los jueces argumentan en los casos difíciles. Dworkin apuntala esta afirmación mostrando la forma en la que Hércules (juez hipotético que acepta el derecho como integridad y que sólo tiene en cuenta los compromisos con el derecho) resolvería casos que caen en la esfera del *common law* (LE: Cap. 8), de diferentes estatutos (LE: Cap. 9) y de una constitución escrita (LE: Cap. 10).

(8) Finalmente, Dworkin sugiere que se debe distinguir entre integridad inclusiva e integridad pura. La integridad inclusiva se encuentra sujeta a los constreñimientos que la equidad y el debido proceso imponen al decidir lo que es el derecho. Es la que determina el contenido actual de nuestro derecho y constituye la guía en la labor de los jueces y juristas. La integridad pura, por otra parte, sólo toma en cuenta la dimensión de la justicia. Lo hace para mostrar cuál es el camino que debe seguir la práctica jurídica en su desarrollo, a los efectos de reformarse y



acercarse al ideal de justicia que sólo parcialmente plasma. Esta tarea es la que constituye la principal labor de los filósofos políticos (LE: Cap. 11).¹⁹

Los trabajos sobre teoría jurídica publicados por Dworkin en la década de los noventa no implican cambios sustanciales en las tesis básicas que fijara en *LE*. Muchos de ellos constituyen aplicaciones a problemas específicos surgidos en la práctica jurídica anglosajona. Otros, en cambio, pretenden defender su concepción del derecho, principalmente en el terreno de la interpretación constitucional, de las innumerables críticas a las que fuera sometida.

En *Life's Dominion* Dworkin reelaboró parte de sus escritos sobre la cuestión del aborto, desarrollando un marco genérico que permite entender mejor las acaloradas controversias que ha generado. Al mismo tiempo que le brinda la posibilidad de fundar la respuesta liberal a la cuestión. No entraré en detalles respecto de los argumentos que Dworkin presenta en este libro, pues será el ejemplo que ocupará por completo la atención en los apartados 3 y 4 de este trabajo. Pero ellos constituyen una muestra más de la agudeza argumentativa de Dworkin y de su gran interés por tomar partido en los debates más candentes.

Freedom's Law contiene 17 trabajos dedicados a cuestiones muy concretas suscitadas en la práctica norteamericana. Se encuentran agrupados en tres grandes secciones denominadas: (1) vida, muerte y raza; (2) expresión, conciencia y sexo, y (3) jueces. Entre ellos destaca la introducción, en la que Dworkin sintetiza su posición respecto de la interpretación constitucional y la defiende de la principal crítica que se le ha formulado: su aparente oposición con el principio mayoritario requerido por la idea misma de democracia.

En 1996 se publica un trabajo relacionado con la posibilidad de defender con éxito posiciones escépticas en cuestiones valorativas: "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It" (*Objetividad y Verdad: Es mejor que lo crean*) (Dworkin, 1996b, en adelante *OT*). En él Dworkin se enfrenta nuevamente con las posiciones que niegan la posibi-

¹⁹ La literatura crítica sobre *LE* resulta inabarcable. Ver los ensayos contenidos en las recopilaciones de Hunt (1992), Burley (2004) y Hershovitz (2006).



lidad de que exista una respuesta correcta en las cuestiones interpretativas controvertidas, pero esta vez lo hace de una manera más general y completa. Tal como hiciera en su momento en *LE* (76-85), argumenta en contra de las dos formas de escepticismo que considera defendibles: el escepticismo externo y el escepticismo interno. El escepticismo interno se caracteriza por negar la existencia de la verdad objetiva respecto de un grupo de afirmaciones valorativas apoyándose para ello en otros enunciados valorativos. Como constituye una posición moral sustantiva tiene implicaciones para la acción. El escepticismo externo, por el contrario, se caracteriza por su austeridad y neutralidad. La austeridad significa que este tipo de escepticismo pretende fundarse en argumentos no-morales, no requiriendo en consecuencia la aceptación de ningún tipo de juicios valorativos. La neutralidad implica que esta forma de escepticismo no requiere tomar partido en las controversias valorativas.

Dworkin sostiene que el escepticismo externo, o arquimediano, posee grandes ventajas respecto del escepticismo interno. En el terreno popular es preferible pues favorece la tolerancia. En el plano técnico-filosófico puede ser mejor defendido pues permite evitar fácilmente la imputación de auto contradicción, de la que suele ser objeto el escepticismo interno. Pero a pesar de estas ventajas aparentes, Dworkin afirma que esta forma de escepticismo constituye una posición filosófica errónea e indefendible. Para ello argumenta en contra de las dos supuestas características que lo definen mostrando, como conclusión, que el único escepticismo que puede ser defendido en cuestiones interpretativas debe ser alguna variante del llamado escepticismo interno.

Dworkin termina el artículo mostrando cómo la defensa de este tipo de escepticismo en el campo del derecho requiere la construcción de teorías abstractas mucho más complejas y arraigadas en las características del dominio jurídico que las que de hecho existen. Toda apelación al sentido común o a la practicidad en su apoyo resulta más cómica que persuasiva. El título del artículo resume de alguna manera la estrategia general de Dworkin en lo que atañe a la objetividad en cuestiones valorativas: si hay algo en lo que no podemos evitar creer,



lo mejor es creerlo. Esta línea es la que lo ha llevado a desarrollar una ambiciosa argumentación con el fin de unificar sus argumentos en la obra recientemente publicada *Justice for Hedgehogs* (Dworkin, 2011).

Los fundamentos del liberalismo (1978-2011)

El liberalismo no es una doctrina monolítica, sino un conjunto de teorías políticas que poseen entre sí lo que Wittgenstein denominó un "aire de familia". Esto significa que poseen similitudes y diferencias que se entrecruzan como ocurre con los rasgos en los miembros de una familia (cf. Ackerman, 1995). Según Rosenkrantz podemos identificar, a pesar de las diferencias, un conjunto de ideas sobre cómo organizar las instituciones políticas y sobre cómo fundamentar estas posiciones, que caracterizarían a toda teoría política liberal. Las ideas referentes a la organización política son (1) la afirmación de que el gobierno debe ser limitado, (2) la concepción de los derechos subjetivos como barrera a la interferencia estatal; y (3) la insistencia en la democracia como forma de gobierno. Las ideas filosóficas sobre las que se asientan son principalmente dos: (1) el ecumenismo, porque intentan justificar el orden social liberal frente a todos los sujetos determinados a vivir en él; y (2) la independencia, porque intentan justificarlo sin presuponer ninguna concepción sobre el valor de la vida.

La necesidad de justificar la tolerancia liberal ha llevado a distintos intentos filosóficos de fundamentar las teorías liberales de la justicia de forma discontinua, o independiente, respecto de cualquier forma de ideal ético en particular. El objetivo es elaborar una teoría de lo correcto en materia política capaz de ser compartida por gente que disienta profundamente en sus creencias particulares respecto de lo que es correcto en la esfera individual. Por ello, muchos filósofos han considerado que la única manera de lograr este objetivo es independizando la teoría liberal de cualquier tipo de idea respecto del mejor modo de vivir (cf. Rawls, 1971, 1995).

En esta línea se enmarca el primer trabajo importante en el que Dworkin se planteó el problema de hallar una fundamentación adecuada para el liberalismo político: "Liberalism" (*Liberalismo*) (Dworkin,



1978a). En él sostuvo que el liberalismo podía ser caracterizado por poseer una moral política constituyente, consistente en una concepción particular de la igualdad. Ella exigiría que el gobierno, para tratar a sus ciudadanos como iguales, se mantuviese neutral respecto de las distintas concepciones en torno a lo que constituye un buen plan de vida. Esto es lo que permitiría identificar y distinguir al liberalismo de otras teorías políticas, entre ellas el conservadurismo.

Dworkin rechazó con posterioridad explícitamente los argumentos vertidos en este trabajo, por considerar que en ellos confundió un axioma del liberalismo con uno de sus teoremas (Dworkin, 1983b). Sin embargo, la idea de que el núcleo del liberalismo reside en una concepción particular de la igualdad continuó siendo una de las tesis definitorias de su concepción liberal de la justicia (*vid.* Dworkin, 1981a, 1981b, 1987e, 1987f, y 1990c: 45).

De los últimos trabajos publicados por Dworkin sobre esta cuestión (Dworkin, 1989c, 1990c, 1991a), podemos inferir que su teoría de la justicia presentará dos características principales. En primer lugar consistirá en un refinamiento de la noción de igualdad, en el sentido que puede apreciarse en la serie de cuatro artículos que Dworkin ha dedicado al tema (1981a, 1981b, 1987e, 1987f). La justicia exige al Estado que trate a los individuos con igual respeto y consideración. Elucidar lo que esto implica constituye, por ende, un primer paso esencial en la construcción de una teoría de la justicia.

La segunda característica se relaciona con la estrategia de fundamentación a utilizar. En las *Conferencias Tanner* editadas en 1990 (Dworkin, 1990c), Dworkin ha abandonado el intento de justificar al liberalismo político de forma discontinua. Actualmente sostiene que la teoría política liberal debe ser defendida enlazándola con la ética, esto es mostrando su dependencia respecto de la aceptación de determinada concepción abstracta del significado de una buena vida (1991a).

Según Dworkin, el liberalismo se caracteriza por insistir en que la libertad, la igualdad y la fraternidad, son aspectos complementarios de una concepción unificada de la política, por lo que no podemos entender ninguno de ellos con independencia de los demás. Considera un rasgo definitorio del liberalismo la tesis que afirma que el gobierno



debe ser tolerante respecto de las diversas y antagónicas convicciones que tienen sus ciudadanos sobre la manera correcta de vivir. Esto es que el gobierno debe mantenerse neutral respecto de los distintos planes de vida que la gente escoge vivir. Sin embargo, disiente respecto de la estrategia que los filósofos liberales han seguido hasta el momento para fundamentar al liberalismo. La tesis de Dworkin es que se lograría una mejor fundamentación si se intentara vincular las tesis políticas liberales con una concepción definida acerca de la naturaleza y carácter de la buena vida. Ya que esto permitiría establecer una continuidad entre los principios de moralidad política liberales y una concepción atractiva acerca de la buena vida (Dworkin, 1991a). Dworkin compiló todos sus trabajos sobre teoría política en el libro *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000).

¿Cuál fue el verdadero desafío de Dworkin?

Dworkin inició *Law's Empire* (Dworkin 1986, en adelante *LE*) con un enigmático cuestionamiento al positivismo jurídico: el llamado "argumento del agujón semántico", que se puede reconstruir de la siguiente manera:

- (1) Toda teoría jurídica debe poder explicar la mayoría de los desacuerdos importantes que se producen en la práctica jurídica como casos de "desacuerdos genuinos" (presupuesto₁).
- (2) Para que un desacuerdo sea considerado "genuino", los términos en los que se formulan las posiciones enfrentadas deben significar lo mismo para cada uno de los contendientes. Cuando esto no ocurre, el desacuerdo entre ellos es meramente verbal: creen que discuten pero en realidad están utilizando las palabras con diferentes significados y, en consecuencia, están hablando de cosas diferentes (presupuesto₂).
- (3) Para enfrentar con éxito el análisis de estas cuestiones, resulta de vital importancia determinar previamente qué se entiende por "significado". La semántica es la disciplina filosófica que se ocupa de responder la pregunta "¿qué



es el significado?" En consecuencia, toda explicación de los desacuerdos jurídicos presupone necesariamente alguna afirmación semántica, y cuando una explicación resulta poco satisfactoria debemos buscar las razones de esta falla en dichos presupuestos (presupuesto₃).

(4) Las teorías semánticas del derecho consideran que el significado de los términos está determinado por los criterios establecidos por las reglas compartidas que rigen su uso. En consecuencia, no se pueden concebir desacuerdos genuinos en relación con lo que Dworkin llama "casos centrales" (*pivotal cases*) a los se aplican dichos términos. Los desacuerdos respecto de casos centrales no pueden ser considerados disputas genuinas, según la teoría semántica que Dworkin está cuestionando, porque dichos desacuerdos implican una disputa sobre los criterios mismos que determinan el significado de los términos que en ellos se emplean, y no sobre su aplicación en ciertos casos marginales. En estos casos, quien adopte una semántica basada en criterios, debe afirmar que quienes discuten o bien están hablando idiomas diferentes o bien uno de los dos no puede ser considerado un hablante competente del lenguaje en el que se desarrolla la disputa. Las dos alternativas conducen a la misma conclusión: una discusión de ese tipo constituiría un típico ejemplo de seudodisputa verbal (LE: 42).

(5) Las disputas entre juristas en los llamados "casos difíciles," esto es aquellos casos frente a los que expertos en cuestiones jurídicas difieren a la hora de determinar su solución, constituyen lo que Dworkin denomina "desacuerdos teóricos" respecto del derecho. Estos desacuerdos teóricos surgen en torno a la verdad de ciertas proposiciones jurídicas, fundamentos del derecho (*grounds of law*), que dependen, en última instancia, de la forma en que se responda a la pregunta "¿qué es el derecho?." Estas disputas versan sobre casos centrales de aplicación de "derecho," y en consecuencia constituyen discusiones sobre los criterios de aplicación de dicha expresión (LE: 44).



(6) Las teorías semánticas del derecho, en concordancia con los supuestos que adoptan respecto del significado expresados en (4), son aquellas que han intentado responder a la pregunta “¿qué es el derecho?” explicitando cuáles son los criterios con la que los juristas emplean la expresión “derecho” (LE: 32).

(7) Según las teorías semánticas del derecho, los desacuerdos de los juristas en los casos difíciles deben ser explicados como ejemplos típicos de seudodisputas verbales (LE: 44).

(Conclusión) Las teorías semánticas del derecho resultan inaceptables porque ofrecen una explicación extravagante de los desacuerdos teóricos que se producen de forma corriente en la práctica jurídica (LE: 44).

La forma imprecisa en la que Dworkin identificó el blanco al que apunta con este argumento, aludiendo a ciertas posiciones filosóficas preocupadas por explicar el significado de la palabra “derecho”, ha llevado a muchos a subestimar su importancia. El propio Hart consideró que la propuesta que expusiera en *El concepto de derecho* (Hart, 1994, en adelante *TCL*) no se veía afectada por el argumento de Dworkin, toda vez que su pretensión no era la de explicar el significado de la palabra “derecho”. Sostuvo también que su posición y la que éste defendía en *LE* podían ser entendidas como complementarias (*TCL*: 246-247). Esta interpretación, no reñida con el propio texto de Dworkin, es la que llevo a Hart a no considerar necesario responder al argumento del aguijón semántico en el escrito en el que se encontraba trabajando antes de su muerte. Me refiero al *Postscript* publicado en la segunda edición de *TCL*. En el trabajo que Dworkin dedicó a analizar este borrador póstumo de Hart, insiste con la caracterización de la teoría de Hart como una teoría semántica, pero hace la salvedad de que lo que le impide dar cuenta de los desacuerdos teóricos es el tipo de teoría semántica que presupone. El problema residiría en que Hart suponía una semántica basada en criterios (*criteria semantics*) (Dworkin, 1994: 9-16).²⁰

²⁰ En esta sección, la referencia a Dworkin (1994) hace alusión al texto “Hart’s



La defensa de Hart, en otras palabras, consistió en sostener que su teoría no podía ser considerada una "teoría semántica del derecho" porque en ningún lugar de su obra podían encontrarse elementos que permitieran atribuirle la afirmación (6). Sin embargo, la forma en la que Dworkin entiende la propuesta de algunos de los filósofos del derecho contemporáneos no deja de tener cierto viso de verosimilitud. Recientemente se han publicado dos réplicas al argumento del aguijón semántico (Endicott, 1998 y Raz, 1998), las que resultan particularmente interesantes pues consideran que el argumento de Dworkin es mucho más importante y destructivo que lo que el propio Hart creía. En ambos casos la estrategia crítica consiste en cuestionar la forma en la que Dworkin entiende los presupuestos semánticos de la teoría de Hart (premisa 4) y, en consecuencia, rechazar la conclusión de su argumento.

En esta sección trataré de mostrar: (1) que las críticas que formula Endicott resultan insatisfactorias, pues se apoyan en una interpretación problemática de los presupuestos semánticos de *TCL*, y porque las razones que aporta no son suficientes para mostrar que con dicha interpretación la posición de Hart resultaría claramente preferible a la de Dworkin; (2) que la réplica de Raz constituye una refutación aceptable, pero que lleva a darle la razón a Dworkin cuando sostiene que la labor de elucidación conceptual no puede concebirse como una tarea exclusivamente descriptiva, (3) que ambas posiciones comparten un punto de partida común: el convencionalismo, y una debilidad común: no interpretan el argumento del aguijón semántico como un ataque al propio convencionalismo. Una vez comprendido de esta manera el desafío de Dworkin, queda en evidencia que la manera más eficaz de enfrentarlo es cuestionando los propios fundamentos semánticos de su propuesta, lo que requiere analizar y criticar su peculiar concepción de la interpretación.

Posthumous Reply", (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 22 de septiembre de 1994, 30 pp.), no incorporado en la bibliografía por ser un borrador. Parte de estas reflexiones se integraron en las publicaciones posteriores de Dworkin.



El aguijón desviado

Endicott (1998) sostiene: (1) que los argumentos de Dworkin son críticas poderosas para una teoría que adopte una semántica basada en criterios, pero que Hart no defiende ninguna afirmación semántica que pueda entenderse de esa manera, y (2) que las tesis semánticas que Hart en realidad defiende en *TCL* no sólo no resultan vulnerables a ninguna de las críticas que pueden extraerse de *LE*, sino que, además, ofrecen mejores explicaciones que aquellas que se derivan de la semántica interpretativa de Dworkin, por lo que deben ser preferidas a estas.

En relación con la primera cuestión, Endicott afirma que Hart no posee una teoría semántica basada en criterios (ni ninguna teoría semántica articulada) sino que sus afirmaciones semánticas son mucho más simples y modestas. Para Hart, la extensión de un concepto sólo podría expresarse mostrando como sus instancias de aplicación se relacionan con los casos centrales o paradigmáticos en los que se utiliza. Estas relaciones son analógicas, y la analogía nunca puede ofrecer pruebas incontrovertidas para determinar la aplicación de un concepto (Endicott, 1998: 286). Si esta interpretación fuera correcta, la teoría de Hart podría dar cuenta tanto del acuerdo como del desacuerdo en torno al concepto de derecho. La comunicación estaría garantizada por el carácter indiscutible de los paradigmas, mientras que los desacuerdos serían explicables por las distintas posibilidades que existirían a la hora de establecer relaciones analógicas entre dichos paradigmas y otros casos a los que se pretendería aplicar el mismo concepto. De acuerdo con esta interpretación de las tesis semánticas de Hart, se debe aceptar que *TCL* no puede ser considerado el blanco del argumento del aguijón semántico tal como lo formula Dworkin.

Los argumentos que Endicott brinda en apoyo de esta primera afirmación se reducen a una interpretación de los presupuestos semánticos de la obra de Hart que no es compartida por aquellos que se han dedicado a analizar en detalle los presupuestos de sus trabajos (*cf.* Bayles, 1992, MacCormick, 1981, Hacker, 1977, Baker, 1977), y que en muchas ocasiones resulta forzada (Endicott, 1998: 288-290). No obstante, creo conveniente no cuestionar el argumento de Endicott en este



punto, pues la atribución de tesis semánticas a Hart que realiza se basa exclusivamente en una interpretación de las imprecisas afirmaciones que aquel formula o presupone en *TCL*. Discutirlas requeriría ingresar en disputas exegéticas en torno a un texto que no aborda directamente esta problemática. Por otra parte, esta maniobra argumentativa para mantener a Hart a salvo del aguijón semántico, parece reducirse a mostrar que su teoría en realidad no constituye el blanco del argumento de Dworkin. Entendida de esta manera, parecería una mera sofisticación (menos convincente) de la forma en la que Hart respondió al argumento del aguijón semántico (*vid. supra*). Sin embargo, no es esta la intención de Endicott. Lo que en realidad está proponiendo es redefinir el objeto del debate entre Hart y Dworkin reduciéndolo a una sola cuestión: ¿pueden ser indiscutibles los paradigmas? (Endicott, 1998: 285). Para tener éxito debe mostrar que Dworkin está equivocado cuando defiende una respuesta negativa a este interrogante, y a ello se dedica en la segunda parte de su argumentación.

Endicott sostiene que los conceptos abstractos poseen casos centrales de aplicación o paradigmas que son indiscutibles, por lo que Dworkin estaría equivocado cuando afirma que los casos paradigmáticos no constituyen verdades conceptuales, sino afirmaciones contingentes con "aroma conceptual" (*conceptual flavor*), que gozan de una situación privilegiada en la práctica interpretativa pero que no son inmunes a la revisión (*LE*: 72). Existen ciertos paradigmas persistentes de conceptos abstractos. Son ejemplos de este tipo de paradigmas la *Odisea* respecto del concepto abstracto "poesía épica"; *El Danubio Azul* en relación con "música" y *el potro* (the rack) correlacionado con "castigo cruel". A su entender, ninguna concepción o teoría sobre estos conceptos abstractos que no tuviera en cuenta los paradigmas mencionados serviría para dar cuenta de las otras instancias de aplicación del concepto. Esto significa que no podría ser considerada ni siquiera como una teoría o concepción de ese concepto. Por lo tanto, Dworkin debería reconocer que ciertos paradigmas resultan indiscutibles, y que en ese sentido resultan verdades conceptuales, y no aseveraciones interpretativas con "aroma conceptual" (*conceptual flavor*) como afirma en *LE* (Endicott, 1998: 294).



Una posible réplica de Dworkin podría consistir en sostener que, si alguien dijera algo como “*El Danubio Azul* no es música”, su teoría semántica permitiría explicar que comprendiéramos su afirmación y que al mismo tiempo pudiéramos considerarla falsa, por ser el producto de una mala teoría interpretativa de nuestras prácticas artísticas actuales. Estas afirmaciones extravagantes (*crazy claims*), como las llama Endicott, constituirían en cambio un grave problema para la semántica modesta de Hart. Si el significado del concepto *M* consiste en las características salientes del objeto *d*, quien afirmara “*d* no es *M*” estaría sosteniendo un enunciado sin sentido. El dilema surgiría porque un enunciado sin sentido carece de significado y no puede ser considerado ni verdadero ni falso. Sin embargo, Dworkin tiene razón cuando dice que en realidad podemos comprender las afirmaciones extravagantes y considerarlas falsas (Endicott, 1998: 295).

Endicott sostiene, en primer lugar, que las afirmaciones extravagantes, aún siendo sin sentidos, pueden ser consideradas significativas si se aceptan las tesis semánticas modestas. “*El Danubio Azul* no es música”, por ejemplo, podría ser entendida como una afirmación con sentido figurado, con la que se pretendería afirmar “*El Danubio Azul* es una mala pieza musical”. Estos usos parasitarios de un concepto, en realidad son significativos por el carácter indiscutible de los casos paradigmáticos que aparentemente ponen en discusión. En segundo lugar, para que sea posible la comunicación Hart requeriría la existencia de un acuerdo general respecto de los casos paradigmáticos. Pero dicho acuerdo no necesitaría ser absoluto, lo cual permitiría considerar como hablantes competentes a quienes emitiesen una afirmación extravagante genuina (Endicott, 1998: 296-297).

La descripción de Dworkin de la situación que estamos considerando, consistiría en atribuir a quien emite una afirmación extravagante como la mencionada anteriormente, una teoría o concepción errónea respecto del concepto abstracto. Para probar este error, un interpretativista debería desarrollar una teoría que compita con la mala teoría y que permitiera mostrar con éxito porque la misma no puede ser considerada una concepción satisfactoria del concepto en cuestión. Endicott cree que el problema de esta explicación radica en que



lo que en ella se considera una mala teoría sobre un concepto, en realidad no podría ser considerada una teoría sobre dicho concepto. Una teoría que permitiera apoyar la afirmación “*El Danubio Azul* no es música”, no podría ser considerada una teoría que utilizara el concepto de “música” que actualmente poseemos. Esto no significa que mañana no pueda cambiar la situación y que, por ejemplo, *El Danubio Azul* pudiera dejar de ser considerado música. Pero en ese caso deberíamos decir que ha cambiado el concepto de música en relación con el que poseíamos, y no que se ha desarrollado una nueva concepción o teoría sobre el mismo (Endicott, 1998: 295-296).

Endicott cree que, teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede concluir que las tesis semánticas modestas permiten ofrecer mejores explicaciones de los desacuerdos que las tesis semánticas interpretativas que supuestamente defendería Dworkin. Sin embargo, esto no resulta tan claro. El objetivo de Endicott en este tramo de su argumentación es mostrar que las tesis semánticas modestas que le atribuye a Hart son preferibles a aquellas que le atribuye a Dworkin. El éxito de su argumento depende, en primer lugar, de que se acepte que el proceso interpretativo que describe Dworkin constituye su teoría semántica para dar cuenta de conceptos abstractos, como “derecho”. Esto implica entender las críticas que formula a las “teorías semánticas” en *LE* como dirigidas únicamente a las “teorías que adoptan cierta posición semántica”. En segundo lugar, requiere admitir que la lectura de la posición de Dworkin que realiza Endicott resulta la mejor interpretación posible de la misma. Lo primero puede ser concedido (*vid.* Dworkin, 1994), pero para poder tomar posición en relación con el segundo punto, deberíamos considerar la plausibilidad que cabe asignarle a la teoría general de la interpretación constructiva que defiende Dworkin (*vid.* Dworkin, 1985 y 1986). En ningún momento de su exposición Endicott se detiene a analizar en detalle esta cuestión. Sólo presenta una descripción acartonada de la forma en la que un supuesto interpretativista dworkiniano se enfrentaría a una afirmación extravagante. En tercer lugar, se debería aceptar que es preferible atribuirle sentido a una afirmación extravagante considerándola el producto de un acto de habla indirecto que como derivada de



una concepción errónea del concepto en cuestión, ya que de esta manera se podrían explicar mejor los desacuerdos que pueden surgir en torno de dichas afirmaciones. Analizar en detalle las razones que Endicott esgrime en su defensa requeriría reconstruir y evaluar la teoría interpretativa de Dworkin, pues en realidad se trata de una crítica a los fundamentos de su propuesta, entendidos como tesis semánticas.

Dworkin sostiene que el significado de los “conceptos interpretativos” sólo puede ser determinado interpretando la práctica social en la que se emplean. Interpretar consiste, en todos los casos, en mostrar al objeto interpretado en su mejor perspectiva. Toda interpretación debe ajustarse a los rasgos relevantes del objeto a interpretar y debe mostrarlo como lo mejor que puede ser dentro de su género. Existe, en consecuencia, una estrecha conexión entre ofrecer una interpretación y asumir una posición respecto de ciertas cuestiones controvertidas sobre lo que hace valioso al objeto interpretado. Dos especialistas competentes que posean distintas convicciones sustantivas sobre el valor a dar a los objetos de su dominio, podrían estar en desacuerdo, por esa razón, aún sobre la manera en que identifican el objeto a interpretar.

Según Dworkin, no se puede entender la labor de la filosofía como un análisis neutral de los conceptos fundamentales que se utilizan en el seno de una práctica social. ¿Qué es lo que puede ofrecer entonces el filósofo a los participantes de estas prácticas? Dworkin sostiene que existen al menos dos cuestiones respecto de las cuales la filosofía puede dar una visión de una práctica social más general que la que suelen ofrecer las teorías que se utilizan en ella. Estas cuestiones están relacionadas con el grado de acuerdo del que gozan ciertas proposiciones en el seno de la práctica. Es imprescindible que exista acuerdo en torno a ciertas creencias (sobre ciertos contenidos y características de la práctica) para que puedan surgir los desacuerdos interpretativos en torno a otras creencias (relacionadas con su valor). Estos acuerdos son contingentes, y cualquier informe que se haga de los mismos también lo será. Teniendo en cuenta estas características básicas, Dworkin considera que son dos las labores principales de las que pueden ocuparse los filósofos. La primera, es aislar los conceptos



centrales de la práctica, aquellos que permitan entender las disputas como enfrentamientos entre diversas concepciones sobre dichos conceptos. La segunda, es identificar ciertos paradigmas, esto es, ciertas exigencias de la práctica que en un momento determinado de su desarrollo constituyen rasgos no controvertidos que permiten poner a prueba las nuevas interpretaciones que se propongan (*LE*: 68-70).

Endicott sostiene que el punto de desacuerdo entre Hart y Dworkin es el carácter indiscutible de los casos paradigmáticos de aplicación de los conceptos abstractos. Sin embargo, Dworkin no pretende explicar con su "semántica interpretativa" el significado de todos los términos del lenguaje, sino sólo de aquellos a los que denomina "conceptos interpretativos". Dworkin considera que el significado de ciertos conceptos (a los que llamaré "ordinarios" para diferenciarlos), como "libro", puede ser entendido como proviniendo del conjunto de reglas que establecen los criterios de uso correcto (*LE*: 68, 72). Pero esta forma de entender el significado resulta inadecuada para otros, entre los que se encuentra "derecho", a los que denomina "conceptos interpretativos".

La pregunta que debemos hacernos es: ¿el desacuerdo entre Endicott y Dworkin es genuino? ¿Son lo mismo los "conceptos abstractos" a los que se refiere Endicott en su argumento y los "conceptos interpretativos" cuyo significado pretende explicar Dworkin? Endicott no aclara a que llama "conceptos abstractos", sólo hace una enumeración al inicio de su exposición. Allí afirma que "poesía épica", "música" y "castigo cruel" son ejemplos de conceptos abstractos. El último de ellos sería considerado por Dworkin un "concepto interpretativo" sin lugar a dudas (*vid.* Dworkin, 1997). Pero "poesía épica" y "música", por el contrario, no parecen guardar diferencias relevantes con el concepto "libro", que Dworkin expresamente considera fuera del alcance de la expresión. Un elemento característico de los "conceptos interpretativos" es su carácter esencialmente valorativo, uno de los rasgos que Dworkin parece haber adoptado del trabajo de Gallie al que remite en este tramo de su exposición (*vid.* Gallie, 1956). Su preocupación es explicar los desacuerdos que surgen en torno a enunciados formulados empleando "conceptos interpretativos"



(o que dependen de la verdad de proposiciones en los que se utilizan dichos conceptos), no pretende dar cuenta del significado de todas las expresiones del lenguaje que también se utilizan en el marco de un desacuerdo.

El problema reside en que ciertos conceptos, como “música”, pueden ser empleados de las dos maneras. Puede utilizarse como “libro”, para aludir en general a cierto tipo de manifestación artística, y en ese caso resultan casos paradigmáticos de aplicación tanto *El Danubio Azul* como la nana improvisada con la que noche a noche intento (infructuosamente) hacer dormir a mi pequeño hijo. Pero también puede utilizarse con mayúsculas, “Música”, para aludir a los grandes hitos del arte musical. Cuando abrimos un volumen titulado “Historia de la música”, entendemos el uso de “música” de esta manera. Por eso esperamos encontrar la novena sinfonía de Beethoven o los dramas musicales de Wagner, pero de ninguna manera mis horribles nanas. En este último sentido, “música” no resulta diferenciable de “castigo cruel”, y debería ser considerado por Dworkin un “concepto interpretativo”. La misma ambigüedad pragmática parecen presentar otros conceptos similares como “escultura”, “pintura” e incluso “arte”. Es lo que Endicott denomina, sin dar mayores razones, un uso parasitario del concepto.

Endicott emplea “música” de ambas maneras a lo largo de su argumentación: como concepto ordinario en sus premisas y como concepto interpretativo en su conclusión. Cuando afirma que “*El Danubio Azul* no es música” es una afirmación extravagante está empleando “música” como concepto ordinario. Cuando plantea las discrepancias entre Hart y Dworkin como alternativas para dar cuenta de ese tipo de afirmaciones, y crítica la explicación que este último ofrecería, debe entenderlo como un concepto interpretativo, pues con su semántica interpretativa Dworkin sólo aspira a explicar el significado de este tipo de conceptos. ¿Qué pasaría si pretendiéramos eliminar esta tensión del argumento de Endicott? La expresión “*El Danubio Azul* no es música”, entendiendo el concepto “música” como un concepto interpretativo (y por ende valorativo) no constituiría una afirmación extravagante, sino una toma de posición frente al arte musical. Y en este caso



tiene razón Dworkin: todos los paradigmas son en principio revisables, como da sobradas muestras la historia del arte. Pondré sólo un ejemplo. Durante cuatrosientos años el *Apollo de Belvedere* fue el paradigma escultórico indiscutible de desnudo masculino, todos los artistas de la época estudiaban y discutían sus características, era la pieza más visitada y el orgullo del museo que la poseyera. Hoy en día se encuentra totalmente olvidada, se mantiene en exhibición por su valor histórico, y es visitada sólo por turistas que contratan tours organizados (*vid.* Clark, 1997: 23-24). A nadie se le ocurriría decir por ello que no se trata de una escultura (en sentido ordinario), pero la afirmación “El *Apollo de Belvedere* no es Escultura” (en sentido valorativo) no sería entendida como una afirmación extravagante, sino todo lo contrario.

En ese caso, deberíamos elegir entre dos maneras de explicar los desacuerdos que podrían surgir respecto de la verdad de dichas afirmaciones:

(1) según la forma en la que Endicott propone entender los presupuestos semánticos de Hart, dichos desacuerdos serían genuinas disputas valorativas encubiertas. Para mostrar que quien emite una afirmación extravagante está equivocado, se deberían explicitar y cuestionar los presupuestos valorativos desde los que la misma fue emitida.

(2) según Dworkin, esos desacuerdos manifiestamente valorativos pueden explicarse por las distintas concepciones que respecto de aquello que hace a una pieza musical una buena pieza musical poseen quienes discuten. Para mostrar que quien ha emitido la afirmación extravagante se encuentra en un error se debería explicitar y cuestionar la concepción del concepto que presupone.

Una vez puestas las cosas de esta manera, la disputa entre Endicott y Dworkin parece una discusión meramente verbal. Lo que Dworkin llama “conceptos interpretativos”, Endicott lo denomina “uso parasitario de ciertos conceptos”. Según Dworkin un desacuerdo respecto de la verdad de una afirmación extravagante es un desacuerdo interpretativo originado por las distintas concepciones respecto de lo que



es valioso en la práctica en cuestión, mientras que para Endicott constituyen desacuerdos valorativos encubiertos. Dada la falta de una explicación de estos últimos, se podría concluir que la propuesta de Dworkin resulta incluso más satisfactoria a ese respecto que la que propone Endicott. Al menos enfrenta directamente la cuestión. Que las tesis semánticas atribuidas a Hart resulten preferibles a las que Endicott le atribuye a Dworkin parece ser una cuestión sumamente discutible.

Resumiendo, el primer argumento que hemos analizado resulta sumamente débil, pues el texto de Hart parece asumir un compromiso con una semántica basada en criterios, y quizás hasta de forma más plausible que el que pueda surgir en relación con las tesis modestas que le atribuye Endicott. El segundo, en cambio, no alcanza a mostrar que las tesis semánticas modestas sean claramente preferibles a las supuestas tesis semánticas interpretativas atribuidas a Dworkin. Ambas podrían explicar los desacuerdos en torno a enunciados que empleen conceptos con una dimensión valorativa (se denomine a estos “conceptos interpretativos” o “usos parasitarios de un concepto”) casi de la misma manera, con una leve ventaja para Dworkin porque intenta hacer frente a la cuestión de fondo, que queda sólo sugerida en la propuesta de Endicott. No pretendo haber mostrado con mis reflexiones que las tesis de Endicott resultan irremediabilmente equivocadas, para ello debería haber argumentado con mayor profundidad en relación con los dos aspectos centrales de su exposición. Sin embargo, creo que ha quedado de manifiesto que existen buenas razones para preferir una posición que permita lograr los mismos objetivos y que no requiera comprometerse con afirmaciones en sí mismas problemáticas.

El agujón equivocado

Considero que la forma en la que Raz (1998) critica el argumento de Dworkin resulta menos cuestionable en este sentido, pues no requiere suponer tesis semánticas modestas en *TCL* ni una semántica interpretativa en *LE*, ni supuestos desacuerdos en torno a presuntas afirmaciones extravagantes. Sostiene que el argumento del agujón



semántico resulta imprescindible para afirmar que Dworkin defiende una teoría sobre la naturaleza del derecho. Si el mismo resultara inaceptable, se debería concluir que *LE* sólo contiene una teoría de la decisión judicial en el mundo jurídico anglosajón (Raz, 1998: 282). Pero también reconoce que, en caso de ser correcto, el aguijón semántico sería un argumento capaz de dañar seriamente la propuesta teórica de Hart (Raz, 1998: 281-282).

Todo el peso de la crítica de Raz descansa en dos argumentos independientes con los que pretende mostrar que Dworkin presupone una respuesta equivocada para la pregunta ¿qué son los criterios que surgen de las reglas que rigen el uso correcto a los conceptos? Si se tienen en cuenta algunas características del uso de conceptos y de las explicaciones conceptuales, ignoradas por Dworkin al formular su posición, se puede refutar el aguijón semántico.

El primer argumento apela a la complejidad y falta de transparencia de las explicaciones en términos de criterios, para mostrar cómo es perfectamente posible que exista acuerdo en el uso de ciertos conceptos y que al mismo tiempo puedan darse disputas genuinas sobre cuál es el criterio para su aplicación. Los criterios utilizados para explicar un concepto son, por lo general, enunciados que establecen la relación del concepto a explicar con otros conceptos, o bien que muestran la forma en que el mismo se aplica a algunos ejemplos considerados paradigmáticos. Dado que no existen explicaciones conceptuales canónicas, las mismas pueden ser formuladas de las maneras más diversas, según los conceptos o ejemplos a los que se apele. Y si tomamos en cuenta que tampoco existen explicaciones exhaustivas de un concepto, ni aun aquellas formuladas en términos de condiciones necesarias y suficientes, toda explicación conceptual se centra en ciertas características esenciales del concepto explicado y deja muchas otras sin mencionar. Esta característica permite explicar porque en muchas ocasiones la gente discute sobre ciertas explicaciones conceptuales aparentemente opuestas, cuando en realidad no existe desacuerdo alguno por tratarse de explicaciones compatibles. Todas estas consideraciones muestran que los desacuerdos respecto de los criterios que rigen el uso de ciertos conceptos entre aquellos



que de hecho los utilizan no solo son posibles, sino que también parecen ser inevitables (Raz, 1998b: 265-266).

El argumento del agujón semántico se apoya en el error de pensar que, si es cierto que la corrección de una explicación conceptual es juzgada por su capacidad para reflejar correctamente las reglas que regulan su uso que son compartidas por todos los usuarios del concepto, entonces esas explicaciones deben ser lo suficientemente transparentes como para no permitir que surjan dudas respecto de su corrección. El carácter opaco y la complejidad de este tipo de explicaciones, puesta de manifiesta en el párrafo anterior, muestran que este presupuesto es muy poco plausible (Raz, 1998: 266).

El segundo argumento muestra como la posibilidad de que surjan disputas y desacuerdos respecto de los criterios que determinan el uso correcto de un concepto entre aquellos que lo comparten, se puede entender sin problemas si se tiene en cuenta la relativa independencia de los conceptos interconectados (*interlinked concepts*) a los que se suele apelar para explicarlos. Esto no constituye ningún impedimento para la formulación de explicaciones en términos de criterios de los mismos. La explicación de un concepto requiere inevitablemente la utilización de otros conceptos con los que aquel se encuentra conectado, conceptos cuyo uso correcto se encuentra determinando a su vez por ciertos criterios. Pero de esta característica no se puede derivar que los criterios con los que se utilizan los conceptos relacionados formen parte de las reglas que gobiernan el uso correcto del concepto que se pretende explicar. Esto es precisamente lo que la crítica de Dworkin parece ignorar (Raz, 1998: 269-270).

Cuando Dworkin afirma que quienes sostienen la posibilidad de explicar apelando a criterios el concepto de derecho no pueden dar cuenta de las disputas teóricas sobre los fundamentos del derecho (*LE*: 4-5), parece confundir los diferentes niveles de abstracción que pueden existir en la descripción de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Para él, tanto las disputas sobre los criterios de los conceptos interconectados como aquellas que surgen en relación con el concepto que se pretende explicar, constituyen desacuerdos del mismo tipo, esto es desacuerdos sobre el criterio



de aplicación del concepto de derecho. La relativa independencia de los conceptos, puesta de manifiesto en el párrafo anterior, muestra claramente que Dworkin se equivoca al criticar de esa manera las explicaciones basadas en criterios. El error consiste en considerar que todos los desacuerdos sobre las condiciones de verdad de un concepto constituyen desacuerdos teóricos sobre el mismo, cuando en realidad debería tener en cuenta que los llamados desacuerdos teóricos pueden estar relacionados con la aplicación de los conceptos interconectados con el concepto a explicar. Dado que los conceptos relacionados de esa manera poseen cierta independencia, la existencia de ese tipo de desacuerdos no excluyen la posibilidad de formular explicaciones en términos de criterios para los conceptos involucrados (Raz, 1998: 270).

Un ejemplo posiblemente ayude a comprender mejor el argumento de Raz. Si se pretende explicar el concepto de “guerra justa” y se asume que una condición para considerar a una guerra como una guerra justa es que exista cierta proporcionalidad entre las medidas que se toman en ella y los perjuicios que se pretendieron evitar con la misma, entonces se podría decir que, dado que el juicio de proporcionalidad al que se alude en la explicación requiere la comparación de la severidad de distintos perjuicios, la comprensión de la forma de llevar a cabo esta comparación forma parte de la comprensión del concepto mismo de guerra justa. Esto implica que o bien se comprenden todos los conceptos interconectados o bien no se comprende ninguno de ellos, y también que en caso de que se pueda comprender solo en cierto grado alguno de los conceptos relacionados, este será el grado máximo de comprensión que podrá predicarse de todos ellos. Pero esto no es cierto. Si ignoráramos, para seguir con el ejemplo propuesto por Raz, la forma de comparar diferentes perjuicios, esta ignorancia sólo significaría que, ante ciertas guerras, a veces no podríamos determinar si constituyen o no guerras justas. Pero de ninguna manera esto nos llevaría a considerar que poseemos una comprensión incompleta o defectuosa del concepto de guerra justa, porque los criterios con los que juzgamos la importancia relativa de ciertos perjuicios no forman parte de las reglas que gobiernan el uso correcto del concepto



en cuestión. Esto es precisamente lo que presupone el argumento de Dworkin, y por ello es que el mismo resulta refutado una vez que se tiene en cuenta la relativa independencia de los conceptos interconectados (Raz, 1998: 269).

¿Qué cabe decir sobre la fuerza y alcance de estos argumentos? Creo que a lo largo de su trabajo Raz aporta razones suficientes para considerar que el argumento del agujón semántico no resulta lesivo para aquellas posiciones que defienden la posibilidad de ofrecer explicaciones conceptuales en términos de criterios. Sin embargo, se podría sostener que las posiciones semánticas que Dworkin pretende criticar son aquellas que afirman que la gente se vale de ciertos criterios para usar las expresiones lingüísticas, y no para explicar su significado. Estas explicaciones se darían apelando al conjunto de reglas compartidas que establecen esos criterios, lo que en otras palabras, significaría que es necesario aludir en ellas al comportamiento de todos los usuarios competentes de dichas expresiones.

Raz afirma, en contra de esta posible objeción, que es un error pensar que de la afirmación de que el criterio para el uso de un concepto depende del hecho de que refleje la regla común que rige su utilización, se puede derivar que el único argumento posible para apoyar los enunciados con los que se pretende dar un informe de esos criterios es mostrar como todos los usuarios competentes utilizan ese concepto. El error reside en que de esta manera se estarían confundiendo los presupuestos necesarios para compartir conceptos, con aquellas razones utilizadas en las disputas respecto de los contornos de los mismos (Raz, 1998: 268). Resulta sumamente excepcional hallar una disputa que pueda resolverse mostrando que uno de los involucrados en ella está utilizando alguna expresión clave con un sentido diferente de aquel con el que comúnmente se utiliza. Por lo general, en las disputas en torno a explicaciones conceptuales encontradas, se suelen emplear como razones ejemplos claros, analogías, conexiones conceptuales comúnmente aceptadas y sus consecuencias, y no la apelación a la existencia de reglas compartidas. "*The sharing of the rule is assumed. It is not part of the argument*" (Raz, 1998b: 269) ("Que la regla es compartida se presupone. No forma parte de la discusión").



Raz sostiene que esta forma de caracterizar la labor de análisis conceptual lleva a considerar que Hart estaba equivocado al sostener que la misma podía ser entendida como una tarea exclusivamente descriptiva. Raz afirma que es un error pensar que las explicaciones conceptuales en términos de criterios excluyen las consideraciones valorativas, pues las mismas deben concentrarse en identificar cuales son los criterios para el uso correcto de los conceptos describiendo el contenido de ciertas reglas compartidas (Raz, 1998b: 267). Si esta afirmación fuera correcta, no significaría ningún elemento a favor del aguijón semántico. Pero como constituye un error, esto permite afirmar que Hart estaba equivocado al pensar que la tarea de elucidar el concepto de derecho constituía una tarea descriptiva y que Dworkin esta en lo correcto al sostener que esa tarea implica realizar consideraciones evaluativas (Raz, 1998: 268).

El aguijón fusionado

En un trabajo reciente Juan Carlos Bayón (1999) ha sugerido que las “estrategias” de Endicott y Raz en los artículos objeto de análisis en realidad no serían tan disímiles como pudiera parecer a primera vista. Para poder responder a esta cuestión es necesario realizar algunas precisiones. ¿A qué estrategias nos estamos refiriendo? ¿Cuáles son los elementos que definen una “estrategia argumentativa”? Este punto es fundamental, pero debo reconocer que lo que diré a continuación es el resultado de una primera aproximación a un tema sumamente complejo. Una “estrategia argumentativa” puede ser caracterizada a partir de los siguientes elementos (esta lista no pretende ser exhaustiva):

1. Objetivos perseguidos.
2. Tesis defendidas.
3. Argumentos para apoyarlas.

En relación con los objetivos perseguidos creo que cabrían al menos tres formas de entender los trabajos de Endicott y Raz que estamos considerando: (a) como estrategias de crítica al argumento de Dworkin; (b) como estrategias para proteger a Hart del ataque de Dworkin;



(c) como estrategias para defender una forma plausible de análisis conceptual. La diferencia entre (a) y (b) podría ser cuestionada si se entendiera que la única finalidad perseguida por Dworkin con el argumento del agujón semántico fuera la de criticar la posición de Hart. Pero creo que la importancia del argumento para muchas de sus tesis positivas es innegable, por lo que resulta conveniente distinguirlas (*vid.* Bonorino, 1999). Teniendo en cuenta los objetivos perseguidos sus estrategias son divergentes. El trabajo de Endicott resulta un ejemplo claro de (b), mientras que el de Raz plausiblemente perseguiría (a) o (c) (entendiendo, además, la disyunción como incluyente). Lo que de ninguna manera pretendería, como queda claro en el final del artículo, es (b): a pesar de las críticas al agujón semántico el carácter descriptivo que Hart atribuye a su empresa teórica es socavado por la argumentación propuesta por Raz.

En relación con las tesis defendidas, y dada la complejidad de los trabajos, encontramos tanto convergencias como divergencias. Están de acuerdo en una tesis muy básica: el agujón semántico no lastima al rival contra el que fue dirigido, es un argumento falaz. Pero aquí termina el acuerdo, al menos en lo que a las tesis expresamente formuladas. Mientras Raz llega a esta afirmación mediante la defensa una variante sofisticada de "semántica basada en criterios," Endicott considera que se debe abandonar esa posición reemplazándola por lo que podríamos denominar una "semántica basada en paradigmas".

Por último, teniendo en cuenta sus argumentos, nos encontramos con un desacuerdo aparente, pero que puede encerrar un acuerdo básico en el nivel de los presupuestos filosóficos más profundos (esto es lo que posiblemente haya tenido en mente Bayón al expresar la sugerencia con la que he abierto esta sección). La forma en la que argumenta Endicott puede hacer pensar que sus "casos paradigmáticos + analogía" en realidad sólo significa proponer un origen distinto para los criterios que determinan el significado de los conceptos. En lugar de las reglas compartidas, como supone Dworkin, los criterios surgirían de la aplicación analógica de los "casos paradigmáticos" a los que se aplican los conceptos. La flexibilidad para explicar los desacuerdos sobre los criterios se la da el uso de un esquema de inferencia



no demostrativo, y el soporte para poder considerarlos genuinos el carácter inamovible de los casos paradigmáticos de aplicación. Raz, en cambio, adopta una perspectiva diferente pero para decir exactamente lo mismo: la falta de transparencia y la interconexión le permiten explicar los desacuerdos sobre los criterios, y las reglas compartidas le permiten fijar el objeto de la disputa. Es aquí donde viene el acuerdo profundo: tanto los “casos paradigmáticos” como las “reglas de uso compartidas” constituyen la base del desacuerdo. ¿Cuál es su fundamento? El acuerdo extendido respecto de los mismos, en última instancia, la existencia de ciertas convenciones sociales. Mantener el poder explicativo de sus propuestas en las dos direcciones señaladas (desacuerdos profundos pero al mismo tiempo genuinos) parece requerir la adopción de alguna variante de convencionalismo. En este punto serían estrategias similares, diferentes sólo en el énfasis que ponen en algunos de los elementos con las que se apoyan.

Lo que estos autores no han tomado en cuenta es que, en un sentido más amplio, el aguijón semántico también ha sido interpretado como un ataque al convencionalismo en general, presupuesto filosófico sobre el que se asienta la propuesta teórica de Hart y gran parte de la filosofía analítica contemporánea (*vid.* Marmor, 1992a, Brink, 1988). Entendido de esta manera, el desafío de Dworkin todavía seguiría en pie a pesar de los esfuerzos refutativos que hemos analizado, pues en su variante más poderosa estaría dirigido contra los presupuestos profundos de los argumentos de Endicott y Raz.

El aguijón convencionalista

Kenneth Kress (1987) ha señalado, a mi entender acertadamente, que el argumento del aguijón semántico ataca la concepción del derecho ejemplificada por la obra de Hart en dos niveles. Dworkin interpreta al positivismo jurídico como aquella doctrina que defiende el carácter incontrovertido del derecho tanto en el nivel de la práctica jurídica como en el nivel del análisis conceptual, y en ambos casos lo hace apelando al convencionalismo. Las proposiciones emitidas por los actores de la práctica jurídica, en condiciones ordinarias de interacción, se encuentran determinadas por la aceptación por parte de los



mismos de un criterio compartido para individualizar el contenido del sistema jurídico. Este criterio (o criterios) se deriva de la aceptación de una regla maestra de reconocimiento, que existe en la medida que es compartida por los funcionarios y ciudadanos de la práctica jurídica (primer nivel). La existencia de una regla de esta naturaleza en todo sistema jurídico se deriva, a su vez, de la existencia de un acuerdo o convención respecto del uso correcto del término “derecho”. El enunciado que afirma esta necesidad se considera una verdad conceptual, derivada de las reglas compartidas para el uso de expresiones lingüísticas, y apoyada en última instancia en una teoría del significado convencionalista (segundo nivel).

Andrei Marmor (1992a: 6-7) sostiene que el argumento del agujón semántico no afecta a la posición de Hart en el segundo de los niveles que hemos diferenciado, esto es en el nivel de lo que denomino su enfoque teórico. El propio Hart rechaza explícitamente las perspectivas semánticas respecto del concepto de derecho (*cf. TCL: 204*). Sin embargo, Dworkin afirma que los teóricos semánticos sufren un bloqueo a este respecto, por lo que las propias expresiones programáticas de Hart no son suficientes para mostrar que el resto de sus afirmaciones no pueden verse afectadas por el agujón semántico. Los juristas semánticos tienen que aceptar que los participantes de la práctica jurídica comparten las mismas reglas de uso de la palabra “derecho”, si pretenden describir los desacuerdos teóricos como disputas genuinas (*vid. supra*).

Pero el argumento así entendido, continua diciendo Marmor, no resulta en modo alguno persuasivo. Los desacuerdos teóricos en otras áreas, por ejemplo en epistemología en torno al concepto de “conocimiento”, no surgen porque la gente no sepa el significado de la expresión, sino porque difieren en la forma de articular dicho conocimiento en una teoría correcta sobre lo que significa “conocer”. En suma, Marmor muestra que del hecho de que existan desacuerdos sobre el significado de un concepto no se puede derivar que quienes participen del mismo desconozcan el significado de la palabra, o bien que sólo se limiten a discutir sobre ejemplos marginales de aplicación de la misma. ¿Porqué Dworkin se empeña en negar la posibilidad de



que existan desacuerdos genuinos en torno a la cuestión “¿qué es el derecho?” a menos que se asuma o bien que los mismos sólo pueden limitarse a casos marginales de aplicación o bien que reflejan ignorancia semántica? (Marmor, 1992a: 8).

La respuesta de Marmor a esta pregunta es contundente: “.. *The only way of understanding these perplexities involves a recognition that what Dworkin is arguing against are not really semantic theories of law but conventionalism in general*” (1992a: 8) (“.. la única manera de comprender esas perplejidades implica un reconocimiento de que aquello contra lo que Dworkin está argumentando no son las teorías semánticas del derecho, sino el convencionalismo en general”). Sin embargo, aclara que la tarea de reconstruir el argumento contra el positivismo en estos términos es una tarea difícil, principalmente por las distintas formas en las que Dworkin ha tratado la cuestión.

El “aguijón semántico”, entendido como un desafío general al convencionalismo, puede ser reconstruido según Marmor de la siguiente manera (Marmor, 1992a: 8-9):

(1) Según el positivismo jurídico, las condiciones de validez jurídica están determinadas por las reglas sociales y por las convenciones prevalecientes en una comunidad. Son estas convenciones las que permiten identificar qué acciones o procedimientos crean derecho, y todo el derecho tiene este origen, por lo que cabe afirmar que todo derecho tiene fuentes convencionales.

(2) Esta perspectiva convencional de la validez jurídica no puede explicar como el derecho es capaz de imponer obligaciones en los casos controvertidos. Las convenciones expresan un grado de acuerdo en la comunidad, acuerdo que desaparece cuando surgen casos controvertidos. Esto lleva al positivismo jurídico a afirmar que en los casos controvertidos no hay ningún derecho que imponer a las partes, pues dichos casos surgen necesariamente fuera del ámbito de aplicación de las convenciones existentes en la comunidad.

(3) Pero esto último no puede ser sostenido, pues los jueces y abogados cuando actúan en la práctica jurídica



consideran que numerosas leyes son obligatorias a pesar de su naturaleza controvertida.

(Conclusión) Dado que el positivismo jurídico se compromete con la afirmación de que el derecho es incontrovertido, el mismo resulta falso.

Esta reconstrucción permite ver claramente como el argumento del “aguijón semántico” refleja la vieja controversia contra el convencionalismo. Desde el punto de vista de la teoría del lenguaje contemporánea, el positivismo, dado su carácter esencialmente convencionalista, asume una posición antirrealista sobre el significado de “derecho” (Marmor, 1992a: 8). Simplificando, se podría decir que esto significa que las condiciones de verdad de las proposiciones en las que se emplea el término derecho, de las que depende su significado, no son independientes de las creencias de los sujetos que las formulan. Quienes sostienen que el derecho es una cuestión de convenciones sociales, se comprometen con la afirmación de que el derecho en realidad es aquello que una comunidad de juristas y jueces piensan o creen que es el derecho. Para el convencionalismo no hay nada más para el derecho que aquello que se encuentra manifiesto en las reglas y prácticas que de hecho siguen las personas en una comunidad determinada (Marmor, 1992a: 9).

Si se acepta lo dicho anteriormente, y, además, Dworkin está en lo cierto respecto a la forma en que se desarrollan las controversias en la práctica jurídica (posición que Marmor le concede, aunque no sin oponer ciertos reparos), entonces el convencionalismo podría ser una posición que se autorrefuta. Si en los casos difíciles los jueces y abogados reconocen que no sólo las normas identificadas de forma incontrovertida a partir de una regla de reconocimiento resultan jurídicamente obligatorias, entonces el convencionalismo puede ser refutado tomando como base sus propias afirmaciones: “... *Either law is not what lawyers and judges think it is, in which case law is not a matter of conventions, or —if it is what lawyers and judges think— conventionalism is false, as they do not see the law as purely a matter of conventions*” (Marmor, 1992a: 9) “... o bien el derecho no es aque-



llo que los abogados y jueces piensan que es, en cuyo caso el derecho no es una cuestión de convenciones, o bien —si el derecho es lo que los abogados y jueces piensan— el convencionalismo es falso, en la medida en que ellos no ven al derecho puramente como una cuestión de convenciones”).

David Brink (1988) también sostiene que el aguijón semántico constituye una crítica acertada a las teorías semánticas empiristas en general (como las defendidas por Frege, Lewis, y Carnap entre otros) y específicamente a la variante convencionalista de las mismas (presupuesta por Hart).

Las teorías semánticas empiristas se caracterizan, según este autor, por afirmar dos tesis respecto del significado de los términos: (1) que el significado de una expresión consiste en el conjunto de descripciones o propiedades que los usuarios del lenguaje asocian con ella, y (2) que el significado de una expresión determina su referencia. Esto lleva a identificar el significado de un término con el conjunto de criterios empleados por los usuarios para aplicarlo, y a considerar que la extensión de una palabra incluye solamente todas aquellas cosas que satisfacen dichos criterios (Brink, 1988: 112).

El tipo de asociación requerida por la primera de las afirmaciones puede ser entendido de dos maneras diferentes: (1.1) individualista, en ese caso el significado depende del criterio que el usuario asocia con la expresión, o (1.2) convencionalista, en el que el significado depende de los criterios convencionalmente asociados con el término, esto es por aquellos criterios utilizados de hecho por la mayoría de los hablantes al usarlo correctamente (Brink, 1988: 112).

Una interpretación adecuada de la teoría de Hart, especialmente en lo que respecta al razonamiento judicial, muestra que la misma se apoya en una versión convencionalista de la teoría semántica tradicional. Los términos jurídicos poseen un significado determinado sólo en la medida en que exista un acuerdo extendido entre los usuarios respecto a las descripciones asociadas con los mismos. Los llamados casos fáciles son aquellos que exhiben algunas de las propiedades o satisfacen las descripciones convencionalmente asociados con los términos legales en los que están formulados. Los casos difíciles, por



el contrario, son aquellos en los que existe un desacuerdo en torno a la aplicación de los términos legales, las propiedades de los mismos no se encuentran convencionalmente asociadas con ningún término jurídico. Por eso, de acuerdo a la teoría semántica tradicional, se puede concluir que dichos casos no se encuentran regulados por el derecho y que, en consecuencia, su resolución requiere un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte.

También los argumentos de Endicott y Raz se apoyan en una variante convencionalista de lo que Brink denomina “teoría semántica tradicional”. Endicott requiere un acuerdo extendido respecto de los casos paradigmáticos de aplicación de un concepto, pues son los que permiten determinar el significado de los términos mediante inferencias analógicas. Por su parte, Raz hace descansar los desacuerdos genuinos sobre los criterios que determinan el significado de una expresión en el acuerdo presupuesto respecto de las reglas que rigen el uso de los términos que se emplean para formular las distintas posiciones.

El argumento con el que David Brink critica la teoría semántica tradicional, presupuesta en la concepción del razonamiento jurídico de Hart y en los dos argumentos que hemos analizado, consiste en analizar las consecuencias que asumir la versión convencionalista de dicha teoría puede tener en otros ámbitos de creencias. El dominio que escoge para ponerla a prueba es el de la ciencia, y su estrategia argumental consiste en mostrar como la teoría semántica en cuestión puede llevar a posiciones altamente implausibles en filosofía de la ciencia. De esta manera, Brink cree encontrar razones suficientes para rechazar el convencionalismo semántico, no sólo en lo que respecta al discurso jurídico, sino de manera general (Brink, 1988: 115). Consideremos en detalle su argumentación.

La pregunta inicial es “¿cómo se podría explicar, con una teoría semántica tradicional, aquello que normalmente describiríamos como un desacuerdo en el seno de una comunidad científica en torno a las propiedades de alguna unidad física, como por ejemplo “masa”? La primera respuesta que se podría dar, desde una versión convencionalista de la teoría, es que si hay una teoría prevaeciente sobre la masa, que sólo es controvertida por una minoría de la comunidad científica en



cuestión, entonces dicha minoría se contradice a sí misma cuando niega que la masa posea las propiedades que convencionalmente se asocian con ella. Esta consecuencia es absurda, porque se puede pensar que la minoría en casos como el descrito se halla equivocada, sin tener que afirmar que en realidad pretenden defender una posición ininteligible, incoherente o sin sentido desde el punto de vista semántico.

La variante individualista no corre mejor suerte. A partir de esta variante deberíamos explicar el desacuerdo afirmando que la mayoría utiliza el término con un significado, mientras que la minoría lo utiliza con otro diferente. Dado que en estas teorías semánticas el significado determina la referencia, la consecuencia a la que lleva la versión individualista es también absurda. No se puede representar el desacuerdo entre la mayoría de la comunidad científica y la minoría como un desacuerdo genuino respecto de la naturaleza de la masa. Dado que se identifican dos idiolectos diferentes en el seno de la comunidad, y que los enunciados que aparentemente colisionan para dar lugar al desacuerdo poseen significados diversos en cada uno de ellos, la conclusión es que en realidad no hay desacuerdo, pues los contendientes están aludiendo a cosas diferentes con sus enunciados. El desacuerdo es puramente verbal, como el que existiría entre un sujeto que afirmara que es necesario llevar siempre velas en las procesiones nocturnas (utilizando “vela” para referirse al objeto de cebo que permite generar luz) y otro que le contestara que no es cierto (aludiendo con “vela” al trozo de tela capaz de mover objetos aprovechando la fuerza del viento). Toda posición que lleva a considerar que los desacuerdos en el interior de una comunidad científica poseen las características antes reseñadas, debe ser rechazada (Brink, 1988: 114).

Se podría ensayar una variante para mostrar que la teoría semántica tradicional, no sólo resulta inadecuada si se consideran las disputas científicas en su aspecto sincrónico, sino que también llevaría a consecuencias absurdas en el plano diacrónico. Si se analizaran con ella los desacuerdos que se pueden detectar entre comunidades científicas sucesivas, por ejemplo entre las concepciones newtonianas e einstenianas respecto de la masa, los resultados que se obtienen son igualmente absurdos. No existiría desacuerdo entre ambas



comunidades científicas, pues en realidad hablarían de cosas diferentes cada vez que emplearan el término masa. Aceptar esta explicación implicaría reconocer que en realidad no existe desacuerdo posible entre sucesivas comunidades científicas, y que sólo hay cambios científicos (Brink, 1988:114).

Las consecuencias contraintuitivas que se derivan de la teoría semántica tradicional pueden ser halladas con la misma facilidad en el ámbito jurídico. Ante un desacuerdo respecto de la forma en que se debe entender el alcance normativo de expresiones como “igual protección” o “castigo cruel”, nos veríamos obligados a considerarlo o bien como una confusión conceptual de aquellos que sostienen la posición minoritaria (si adoptamos una versión convencionalista), o bien como una seudodisputa verbal (si adoptamos la posición individualista). Los cambios de creencias a lo largo del tiempo en relación con lo que constituye un castigo cruel, por ejemplo, deberían ser considerados un cambio en la cuestión sobre la que se discute. De esta manera, la teoría semántica tradicional se muestra incapaz de distinguir el cambio de creencias respecto de cierta cuestión, de aquellos cambios que se operan en la cuestión misma objeto de debate (Brink, 1988: 115).

Resumiendo, dado que resulta deseable poder explicar cómo la gente puede tener desacuerdos genuinos, esto es, dar cuenta que existen situaciones en las que quienes se encuentran en desacuerdo poseen creencias enfrentadas respecto de alguna cuestión y aun así afirmar que están hablando de lo mismo, la teoría semántica tradicional debe ser rechazada. Esto último no es imprescindible, pero Brink considera mucho más dificultoso intentar resolver los problemas desde el interior de una teoría semántica tradicional que optar por un cambio radical de la misma (Brink, 1988: 115, nota 14), tarea a la que se aboca en el núcleo del artículo que hemos analizado.

El giro interpretativo en perspectiva

Si se entiende el desafío de Dworkin como un cuestionamiento del convencionalismo, se puede comprender de manera más clara la



importancia de su llamado “giro interpretativo”. Este constituiría el intento más acabado del autor por fundar una propuesta semántica que permitiera explicar de manera más satisfactoria los desacuerdos profundos como desacuerdos genuinos, y al mismo tiempo de aportar una razón adicional para rechazar el convencionalismo. Pero también la teoría interpretativa del derecho, que Dworkin presenta en *LE*, constituye la defensa de un enfoque teórico radicalmente diferente del que encarna la obra de Hart. La concepción alternativa respecto de como se debe llevar a cabo la teorización filosófica respecto del derecho, le brinda nuevos argumentos para cuestionar las principales tesis de las posiciones positivistas, no sólo en el nivel metodológico sino también en el nivel de sus contenidos (Marmor, 1992a: 10). De esta lectura no sólo surgiría una crítica profunda al enfoque teórico de Hart, sino a su teoría misma en lo que respecta a la discreción judicial. Es cierto, tal como lo señala Brink, que Hart considera el significado de los términos jurídicos basándose en una teoría semántica tradicional a la hora de argumentar en defensa de su teoría de la decisión judicial. Pero el objetivo del aguijón semántico es la concepción de la teoría jurídica de Hart, por lo que resulta relevante determinar si la defensa de la misma supone adoptar una teoría semántica respecto del término “derecho”. Las razones que brinda Brink, y que he expuesto anteriormente, no están relacionadas con esta última cuestión, la que (a pesar de la importancia para la eficacia del argumento del aguijón semántico) no parece encontrar ningún apoyo satisfactorio en sus argumentos. El aguijón semántico no es un buen argumento, pero su verdadero desafío reside en aquello que deja en evidencia en las distintas respuestas que hemos considerado. Algunas de las cuestiones más acuciantes que debería enfrentar expresamente la filósofa analítica del derecho son “¿Qué son los conceptos?” y “¿Qué es elucidar un concepto?”. De la respuesta que demos a estos interrogantes depende, en gran parte, la evaluación que hagamos de muchas de las disputas que actualmente pueblan el dominio de la filosofía jurídica.



Las influencias

En Dworkin

Es muy difícil establecer con claridad cuáles son los filósofos o las obras más influyentes en el pensamiento de Dworkin. Su estilo personal de filosofar, que consiste en afrontar los problemas concretos sin preocuparse demasiado por las otras fuentes a las que debe acudir para resolverlos, impide hablar de una corriente filosófica o de un filósofo del pasado que posea carácter dominante en su pensamiento. A esto se debe sumar su reticencia a admitir ningún tipo de influencia (Stick, 1986: 374), y su costumbre de reconocer inspiración en ciertas obras que luego no se ven reflejadas en el desarrollo de sus argumentos.²¹

Sin embargo, si tomamos la noción de influencia en un sentido débil, podemos citar una serie de teóricos que sin duda han ejercido cierto influjo en sus ideas. Muchos de ellos no son filósofos del derecho, sino filósofos del lenguaje o economistas. Estas influencias varían de intensidad, y el efecto que la obra de estos pensadores puede haber producido en el trabajo de Dworkin resulta una cuestión altamente controvertida.

No entraré en disputas de esta naturaleza. Considero que dedicar un gran esfuerzo a determinar el grado de influencia que pudo tener un pensador u otro sobre la obra de Dworkin no resulta de especial utilidad para comprender su propuesta teórica (en el mismo sentido Guest, 1992: 5,7). Sólo me limitaré a mencionar algunos trabajos que, sin duda alguna, han sido importantes para la formación de su pensamiento y el tipo de influencia que, a mi entender, han ejercido.

Es obvio que tanto *TCL* de H. L. A. Hart (1961) y *A Theory of Justice (Una Teoría de la Justicia)* de John Rawls (1971) han sido muy

²¹ Existen dos ejemplos muy claros al respecto. Cuando Dworkin distingue entre conceptos y concepciones, cita en su apoyo un artículo de Gallie (1956). Sin embargo, el tratamiento que hace de la cuestión no resulta en ningún aspecto relevante similar al que hiciera aquel (cf. Raz, 1986). El segundo es la remisión al libro clásico de Lewis (1969) cuando critica al convencionalismo en LE (Cap. 4). En ningún momento de su exposición utiliza la caracterización de convención que constituye el eje de esa obra, la que ya había sido aplicada al derecho por otros autores (cf. Postema, 1982, Ullman-Margalit, 1977).



relevantes para el trabajo de Dworkin. Entre ambos crearon el gran marco conceptual en el que se ha desarrollado su producción. Hart introdujo, como se ha dicho, el análisis del lenguaje ordinario como herramienta metodológica en la filosofía del derecho, mientras que Rawls opuso al utilitarismo una concepción de la justicia como articulación de principios políticos. También es cierto que Dworkin ha trascendido aquellos aspectos heredados de estos autores al introducirlos en la concepción hermenéutica de las prácticas políticas y jurídicas que ha desarrollado a lo largo de los años.

La obra de Quine y Davidson puede percibirse como trasfondo en ciertos argumentos, lo mismo que algunos trabajos de Bernard Williams, especialmente aquellos en los que desarrolla sus ideas en torno a la igualdad y sus críticas al utilitarismo.

Gareth Evans y Thomas Nagel, con los que Dworkin ha dictado un gran número de seminarios en conjunto, también han sido muy influyentes. Según afirma Stephen Guest, Gareth Evans fue quien indujo a Dworkin a convencerse de que en otras disciplinas, además del derecho, se aceptaba que ciertas proposiciones podían ser verdaderas, aun cuando no se pudiera contar con ninguna demostración o prueba de las mismas (Guest 1992: 6). También pueden mencionarse a Derek Parfit, Joseph Raz, John Finnis, Gerald Cohen y Amartya Sen, todos ellos compañeros de Dworkin en Oxford.²²

De Dworkin

La crítica que Dworkin formuló a la teoría de Hart en "The Model of Rules" (1967a), produjo una división en las filas del positivismo anglosajón.²³ El argumento central de Dworkin, tal como surge de la reconstrucción realizada anteriormente (*supra* 2.1.2), sostiene que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas apelando a principios. El positivismo jurídico debía ser rechazado porque resultaba incapaz de explicar esta carac-

²² Para un desarrollo mayor de estas cuestiones consultar Guest 1992, 1997. Existe una traducción al castellano del primer capítulo de dicho libro (Guest, 1992) editado como apéndice en el número 38 de la *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile (1993).

²³ Ver en este sentido Greenawalt, 1996, Kranenberg, 1997 y Sebok, 1998: 267.



terística del razonamiento judicial sin renunciar a sus tesis básicas. Especialmente la llamada *prueba de pedigrí*, que en la teoría de Hart era proveída por la Regla de Reconocimiento.

A grandes rasgos podemos identificar dos líneas, que han sido denominadas de diferentes maneras a lo largo de las discusiones, de acuerdo a la posición que asumen respecto de la incorporación de los principios de moralidad como condición de validez jurídica:

(1) Positivismo jurídico excluyente, no-incorporacionista o duro. El principal representante de esta línea es Joseph Raz (1985). En ella se responde al desafío de Dworkin afirmando que se puede explicar como los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que se hace con las reglas, esto es a través de los criterios que establece la regla de reconocimiento. En pocas palabras, esta vertiente del positivismo no se compromete con un modelo de reglas, pero para ello no cree necesario abandonar la doctrina de la regla de reconocimiento ni la separación estricta entre derecho y moral.

(2) Positivismo jurídico incluyente, incorporacionista o blando. Después de la publicación del PostScript a *TCL* se puede decir que el representante más importante de esta corriente es el propio Hart (1994). También aceptan que la regla de reconocimiento puede incluir principios de la misma manera que reglas. Sin embargo, difieren en la forma en la que entienden el impacto de esta inclusión. Las condiciones de validez de un sistema jurídico quedan establecidas de dos maneras: algunas pautas pertenecen al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales.²⁴

Esta presentación puede resultar sumamente esquemática, pero alcanza para mostrar la gran influencia que ha ejercido la crítica de Dworkin en el pensamiento iusfilosófico anglosajón. Dworkin ha respondido a esta reacción positivista, en sus dos vertientes, en un interesante artículo publicado en *Harvard Law Review* (Dworkin, 2001).

²⁴ Pueden considerarse positivistas incorporacionistas a Coleman (1982), Lyons (1977, 1982), Sartorius (1971, 1975), Schauer (1998), y Waluchow (1985, 1989, 1994), entre otros.



* * *

Tras la apariencia de cambio permanente que ofrecían sus escritos se escondía una posición sobre el derecho que no se vio alterada a lo largo de los años, como lo demuestra el final del artículo que no llegó a terminar de revisar sobre la naturaleza del “derecho internacional”:

If law is understood as a special part of political morality, and if it serves its community well, its doctrines will crystallize over time. Its roots in political morality will grow less prominent —though will be available when needed— in ordinary legal argument. That progress from principle to doctrine will signal its success. But a rigid separation between legal and moral argument in the development of international law would be premature now and would accelerate its practical irrelevance. We must free the subject from the torpor of legal positivism. We need, now, to nourish the roots, not the twigs, of international law (Dworkin, 2013: 30).

Continuó defendiendo hasta el final la necesidad de apartarse del positivismo jurídico, adoptando una concepción interpretativa del derecho capaz de mostrarlo como un dominio al mismo tiempo dependiente e independiente de la moralidad política. Fue, sin lugar a dudas, uno de los erizos más brillantes de la filosofía contemporánea.

Bibliografía

Siguiendo la filosofía que inspira esta obra colectiva, he dividido esta sección en tres partes. En la primera haré una breve referencia a las obras del autor y de sus críticos que considero que un lector podría utilizar para iniciarse en el estudio del pensamiento de Dworkin. En la segunda, presentaré las referencias utilizadas a lo largo del texto, separando las obras de Dworkin de las del resto de los autores consultados. Esta presentación ha sido pensada para que el apartado bibliográfico pudiera servir como herramienta de trabajo para el investigador interesado en profundizar en el tema.

Bibliografía recomendada

El lector hispanoparlante interesado en la obra de Dworkin debería comenzar a profundizar en su pensamiento utilizando la traducción



Los Derechos en Serio (Dworkin, 1984). Un texto sumamente útil para aquellos que quieran ver la conexión de las tesis más abstractas de Dworkin con la solución a dar a problemas específicos de constitucionalidad es *El dominio de la vida* (Dworkin, 1993). La traducción de *El imperio de la justicia* (Dworkin, 1986) hace su lectura un tanto problemática, por lo que no resulta aconsejable acercarse a sus páginas sin tener conocimiento de los materiales originales. Aquellos interesados en las ideas políticas de Dworkin deberían acudir a *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Dworkin, 2003).

Referencias bibliográficas

Obras de Ronald Dworkin

Dworkin, Ronald, (1963) "Judicial Discretion" en *The Journal of Philosophy*. 60, pp. 624-638.

_____, (1964) "Wasserstorm: The Judicial Decision" en *Ethics*. 75, pp. 47-56. Reeditado como "Does Law have a Function? A Comment of the Two-Level Theory of Decision" en *Yale Law Journal*, 74, (1965), pp. 640-651.

_____, (1965) "Philosophy, Morality and Law – Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim" en *University of Pennsylvania Law Review*. 113, pp. 668-690.

_____, (1966) "Lord Devlin and the Enforcement of Morals" en *Yale Law Journal*. 75, pp. 986-1005. Reimpreso como "Liberty and Moralism", *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 240-258.

_____, (1967) "The model of rules" en *University of Chicago Law Review*. 35, pp. 14-46. Reimpreso como "The Model of Rules I" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 14-45; y con el título "Is Law a System of Rules?" en Dworkin, Ronald (ed.), *The Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65.



_____, (1968) "On Not Prosecuting Civil Disobedience" en *New York Review of Books*. 10, 11, pp. 14. Reimpreso como "Civil Disobedience" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 206-222.

_____, (1970) "Taking Rights Seriously" en *New York Review of Books*. 15, 11, pp. 23. Reimpreso como "Taking Rights Seriously" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 184-205.

_____, (1972) "Social Rules and Legal Theory" en *Yale Law Journal*. 81, pp. 855-890. Reimpreso como "The Model of Rules II" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 46-80.

_____, (1975) "Hard Cases" en *Harvard Law Review*. 88, pp. 1057-1109. Reimpreso en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 81-130.

_____, (1976a) "The Defunis Case: The Right to Go to Law School" en *New York Review of Books*. 23, 1, pp. 29. Reimpreso como "Reverse Discrimination" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 223-239.

_____, (1976b) "The DeFunis Case: An Exchange" en *New York Review of Books*. 23, 12, p. 45.

_____, (1977a) *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2nd. ed. with appendix, 1978). Existe traducción al castellano de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

_____, (1977b) (Editor), *The Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press. Existe traducción al castellano de Javier Sáinz de los Terreros, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

_____, (1977c) "Seven Critics" en *University of Georgia Law Review*. 11, 1, pp. 1201-1267. Reimpreso con modificaciones importantes en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 291-368.



_____, (1977d) "No Right Answer?" en Hacker, P.M.S. & Raz, J. (eds) en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford, Oxford University Press, pp. 58-84. Reimpreso como "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 119-145. Existe traducción al castellano de Maribel Narváez Mora, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?"; en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512.

_____, (1977e) "What Rights Do We Have?" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 266-278.

_____, (1977f) "Can Rights be Controversial?" en *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, (2da. ed., 1978), pp. 279-290.

_____, (1977). "Why Bakke Has No Case" en *New York Review of Books*. 24, 18, pp. 11. Reimpreso como "Bakke's Case: Are Quotas Unfair?" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 293-303.

_____, (1978a) "Liberalism," en Hampshire, Stuart, *Public and Private Morality*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 128-33. Reimpreso como "Liberalism," *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 181-204. Existe traducción al castellano de Mercedes Córdoba, "El liberalismo," en Hampshire, Stuart (Comp.), *Moral pública y privada*. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 133-167.

_____, (1978b) "A Reply to Critics" en *Taking Rights Seriously*. 2d. ed., Londres, Duckworth, pp. 291-368. Version de Dworkin 1977c con supresiones y adiciones de importancia.

_____, (1978c) "Political Judges and the Rule of Law" en *Proceedings of the British Academy*. 64. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 9-32.

_____, (1978d) "The Bakke Decision: Did It Decide Anything?" en *New York Review of Books*. 24, 13, p. 20. Reimpreso como "What



Did *Bakke* Really Decide?" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 304-315.

_____, (1978e) "The Rights of Myron Farber" en *New York Review of Books*. 25, 16, pp. 34. Reimpreso como "The Farber Case: Reporters and Informers" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, (reprinted 1986), pp. 373-380.

_____, (1978f) "The *Bakke* Case: An Exchange" en *New York Review of Books*. 24, 21-22, p. 42.

_____, (1979) "How to Read the Civil Rights Act" en *New York Review of Books*. 26, 20, (20-12-79), pp. 37-43. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 316-331.

_____, (1980a) "Is Wealth a Value?" en *The Journal of Legal Studies*. 9, March, pp. 191-226. Reimpreso en "Is Wealth a Value?" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 237-266. El original contiene un postscript en el que se rebaten algunas críticas de Posner (1980) que no fue incorporado en la edición posterior.

_____, (1980b) "Why Efficiency?" en *Hofstra Law Review*. 8. pp. 563-590. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 267-289.

_____, (1980c) "Is the Press Losing the First Amendment?"; *New York Review of Books*, 27, 19, pp. 49. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 381-397.

_____, (1981a) "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare" en *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, número 3, pp. 185-246. Reimpreso en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 1, pp. 11-64.

_____, (1981b) "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources" en *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, número 4, pp. 283-345. Reimpreso en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 2, pp. 65-119.

_____, (1981c) "The Forum of Principle" en *New York University Law Review*. 56, 2-3, pp. 469-518. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 33-71.



_____, (1981d) "Principle, Policy, Procedure" en *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*. London and Boston, Butterworths, pp. 193-225. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 72-103.

_____, (1981e) "Do We Have a Right to Pornography?" en *Oxford Journal of Legal Studies*. 1, pp. 177-212. Reimpreso en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 335-372; y como "Rights as Trumps" en Waldron, J., (ed.), *Theories of Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

_____, (1982a) "Law as Interpretation" en *Critical Inquiry*. 9, (1982-83), pp. 179-200. Reimpreso como "How Law is Like Literature" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 146-166, y en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*. Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983. Existe traducción al castellano de Juan Manuel Pombo Abondano, "Cómo el derecho se parece a la literatura"; en Rodríguez, César (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Santa Fé de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 143-180.

_____, (1982b) "'Natural' Law Revisited," *University of Florida Law Review*. 34, 2, pp. 165-188. Existe traducción al castellano, "Retorno al derecho "natural"; en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*. Barcelona, Ariel, pp. 23-45.

_____, (1983a) "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More," en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*. Chicago-Londres, University of Chicago Press, pp. 287-313.

_____, (1983b) "Why Liberals Should Believe in Equality?" en *New York Review of Books*. 29, 1, p. 32. Reimpreso como "Why Liberals Should Care about Equality" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, (reprinted 1986), pp. 205-213.

_____, (1983c) "To Each His Own," *New York Review of Books*, 30, 6, pp. 4. Reimpreso como "What Justice Isn't" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, (reprinted 1986), pp. 214-220.



- _____. (1983d) "A Reply by Ronald Dworkin," en Cohen, Marshall, (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, pp. 247-300.
- _____. (1983e) "What Liberalism Isn't" en *New York Review of Books*. 29, 21-22, p. 47.
- _____. (1983f) "In Defense of Equality" en *Social Philosophy and Policy*. 1, p. 24.
- _____. (1983g) "Spheres of Justice: An Exchange" en *New York Review of Books*. 30, 12, p. 43.
- _____. (1984) "Reagan's Justice" en *New York Review of Books*. 31, 17, p. 27.
- _____. (1985a) *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press.
- _____. (1985b) "On interpretation and objectivity" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, pp. 167-177.
- _____. (1985c) "Civil Disobedience and Nuclear Protest" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 104-116.
- _____. (1985d) "Can a Liberal State Support Art?" en *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, pp. 221-233.
- _____. (1985e) "Law's Ambitions for Itself. The 1984 McCorkle Lecture" en *Virginia Law Review*. Vol. 71, número 2, pp. 173-187.
- _____. (1985f) "Reagan's Justice: An Exchange" en *New York Review of Books*. 31, 2, p. 38.
- _____. (1985g) "Art as a Public Good" en *Art and the Law*. 9, p. 143.
- _____. (1986) *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press. Existe traducción al castellano de Claudia Ferrari, *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988.
- _____. (1987a) "The Press on Trial" en *The New York Review of Books*. 34, 3, february 26, p. 27. Reimpreso en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- _____. (1987b) "The Bork Nomination" en *The New York Review of*



Books. 34, 13, august 13, p. 3. Reimpreso como "Bork: The Senate's Responsibility" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 265-275.

_____, (1987c) "From Bork to Kennedy" en *The New York Review of Books*. 34, 20, december 17, p. 36. Reimpreso como "What Bork's Defeat Mean," *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 276-286.

_____, (1987d) "Legal Theory and the Problem of Sense," en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*. Oxford, Clarendon Press, pp. 9-22.

_____, (1987e) "What Is Equality? Part 3: The Place of Liberty" en *Iowa Law Review*. 73, pp. 1-54. Reimpreso en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 3, pp. 120-183.

_____, (1987f) "What Is Equality? Part 4: Political Equality" en *University of San Francisco Law Review*. 22, 1, pp. 1-30. Reimpreso en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 4, pp. 184-210.

_____, (1987g) "The Bork Nomination: An Exchange" en *New York Review of Books*. 34, 15, p. 59.

_____, (1987h) "The Bork Nomination," *New York Review of Books*. 34, 17, p. 60.

_____, (1989a) "The Great Abortion Case" en *The New York Review of Books*. 36, 11, june 29, p. 49. Reimpreso como "Roe in Danger" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 44-59; y como "Taking Rights Seriously in the Abortion Case" en *Ratio Juris*. Vol. 3, número 1, (1990), pp. 68-80.

_____, (1989b) "The Future of Abortion" en *The New York Review of Books*. 36, 14, september 28, pp. 47. Reimpreso como "Verdict Postponed," *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 60-71.



_____, (1989c) "Liberal Community" en *California Law Review*. Vol. 77, número 3, May, pp. 479-504. Reimpreso en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 5, pp. 211-236. Existe traducción al castellano, *La comunidad liberal*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996. Traducción de Claudia Montilla.

_____, (1990a) *A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting*. London, Chatto & Windus. Reimpreso en forma abreviada como capítulo 18 en la edición inglesa de *Freedom's Law* (Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 352-72).

_____, (1990b) "Bork's Jurisprudence" en *University of Chicago Law Review*. Vol. 57. Reimpreso como "Bork's Own Postmortem" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 287-305.

_____, (1990c) *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values XI*. Salt Lake City, Utah, Utah University Press. Existe traducción al castellano, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993. Traducción de Antoni Domenech. Versión abreviada y resumida con el título "Equality and the Good Life" en *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press, cap. 6, pp. 237-284.

_____, (1991a) "Justice and the Good Life" en *The Lindley Lecture*. University of Kansas, April 17, 1990, pp. 1-17.

_____, (1991b) "Justice for Clarence Thomas" en *The New York Review of Books*. 38, november 7. Reimpreso como "The Thomas Nomination" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 306-320.

_____, (1991c) "Pragmatism, Right Answers and True Banality" en *Pragmatism in Law and Society*. Boulder, Colorado, Westview Press.

_____, (1992a) "Unenumerated Rights: Whether and How *Roe v. Wade* Should be Overruled" en *University of Chicago Law Review*. Vol. 59. Reimpreso como "What the Constitution Says" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 72-116.



_____, (1992b) "The Center Holds!" en *The New York Review of Books*. August 13, p. 29. Reimpreso como "Roe Was Saved" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 117-129.

_____, (1992c) "The Coming Battles over Free Speech" en *The New York Review of Books*. June 11. Reimpreso como "Why Must Speech Be Free?" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 195-213.

_____, (1992d) "One Year Later, the Debate Goes On" en *The New York Review of Books*. October 25. Reimpreso como "Anita Hill and Clarence Thomas" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 321-331.

_____, (1993a) *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York, Alfred A. Knopf. Existe traducción al castellano de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona, Ariel, 1994.

_____, (1994a) "MacKinnon's Words. Addendum" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 239-243. Edición original como carta al editor, *The New York Review of Books*. march 3.

_____, (1994b) "Academic Freedom"; (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 22 de septiembre de 1994, 25 pp.). Parte de este material se incorpora en Dworkin 1996c.

_____, (1994c) "The Moral Reading and the Majoritarian Default"; (borrador inédito, Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory, New York University, School of Law, 23 de noviembre de 1994, 32 pp.). Parte de este material se incorpora como introducción en Dworkin 1996a.

_____, (1995a) "The Unbearable Cost of Liberty" en *Index on Censorship*. Vol. 24, número 3, may-june, p. 43. Reimpreso como "Porno-



graphy and Hate. Addendum" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 223-226.

_____, (1996a) *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press. La edición inglesa incluye un capítulo más en el que se incorpora una versión más breve de Dworkin 1990a con el título "Does Britain Need a Bill of Rights?" (Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 352-372).

_____, (1996b) "Objectivity and truth: you better believe it" en *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 25, número 2, pp. 87-139.

_____, (1996c) "Why Academic Freedom?" en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 244-260. Reimpreso como "We Need a New Interpretation of Academic Freedom," en Menand, Lois, (ed.), *Academic Freedom and Its Future*. Chicago, Chicago University Press, 1996.

_____, (1997) "Comment" (a A. Scalia "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws"), en Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton, Princeton University Press, pp. 115-127.

_____, (2000) *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press.

_____, (2001) "Thirty Years On..." en *Harvard Law Review*. Vol. 115, número 6, Abril.

_____, (2003) *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona, Paidós.

_____, (2006) *Justice in Robes*. Cambridge, Harvard University Press.

_____, (2007) *La justicia con toga*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

_____, (2008) *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Paidós.



_____, (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge-London, The Belknap Press.

_____, (2012) *Una cuestión de principios*. Buenos Aires, Siglos XXI.

_____, (2013) "A New Philosophy for International Law" en *Philosophy & Public Affairs*. Número 41 (1), pp. 2-30.

_____, (2014) *Justicia para Erizos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura.

Obras citadas de otros autores

Ackerman, Bruce, (1980) *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Madrid, CEC, 1993, 418 págs. Traducción e Introducción de Carlos Rosenkrantz. Edición original, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn., Yale U.P.

_____, (1995) "Liberalismos políticos" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 17-18, pp. 25-51.

Allan, James, (1998) *A Sceptical Theory of Morality and Law*. New York, Peter Lang.

Baker, Gordon P, (1977) "Defeasibility and Meaning," en Hacker, P.M.S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford, Clarendon Press.

Bayles, Michael, (1992) *Hart's Legal Philosophy. An Examination*. Dordrecht-Boston-London, Kluwer.

Bayón, Juan Carlos, (1999) "Law, conventionalism, and controversy," Paper presentado en un encuentro realizado en Oxford, el 13 de febrero de 1999. Por gentileza del autor.

Bell, Richard, (1972) "Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism" en *Yale Law Journal*. 81, pp. 912-948.

Bonorino, Pablo, (1999) "El agujón derrotable" en *Analisi e Diritto*.

_____, (2010) *Dworkin*. Lima, ARA.

Brink, David O., (1988) "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review" en *Philosophy and Public Affairs*. 17, pp. 105-106.



Burley, Justine, (ed.), (2004) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Malden-Oxford-Carlton, Blackwell.

Burton, Steven, (1984) "Ronald Dworkin and Legal Positivism" en *Iowa Law Review*, 109.

Calabresi, Guido, (1970) *The Cost of Accidents*. New Haven, Yale University Press.

_____, (1980) "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin" en *Hofstra Law Review*. 8, p. 553.

Carrió, Genaro, (1980) "Professor Dworkin's View on Legal Positivism" en *Indiana Law Journal*. 55, 2, pp. 209-246.

Clark, Kenneth, (1997) *Civilización*. Madrid, Alianza.

Coleman, Jules, (1982) "Negative and positive positivism" en *Journal of Legal Studies*. 11, 1, January, pp. 139-164.

Endicott, Timothy, (1998) "Herbert Hart and the Semantic Sting" en *Legal Theory*. 4, pp. 283-300.

Fentiman, Richard, (1986) "Law's Empire. Book Review" en *The Cambridge Law Journal*. 1986, pp. 508-511.

Fish, Stanley, (1982) "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism" en *Critical Inquiry*. 9, 1982-83, pp. 201-216.

_____, (1983) "Wrong Again" en *Texas Law Review*. 62, p. 299.

_____, (1987) "Still Wrong After All These Years" en *Law and Philosophy*. Vol.6, número 3.

_____, (1991) "Almost Pragmatism: The Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin" en Brint, Michael and Weaver, William, *Pragmatism in Law and Society*. Boulder, Colorado, Westview, pp. 47-81.

Fuller, Lon L., (1956) "Human purpose and natural law" en *The Journal of Philosophy*. 53, pp. 697-705.

_____, (1958) "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart" en *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672.



Gabel, Peter, (1977) "Taking Rights Seriously. Book Review" en *Harvard Law Review*. 91, pp. 302-315.

Gallie, W. B., (1956) "Essentially Contested Concepts" en *Proceedings of the Aristotelian Society*. 56, pp. 167-198.

Gavison, Ruth, (1987) "Comment on *Legal Theory and the Problem of Sense* [Dworkin 1987d]" en *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford, Clarendon Press, pp. 21-34.

Greenawalt, Kent, (1987) "A Matter of Principle and Law's Empire. Book Reviews" en *The Journal of Philosophy*. Vol. LXXXIV, número 5, pp. 284-291.

_____, (1996) "Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism" en George, P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford, Clarendon Press, pp. 1-30.

Grice, P. y Strawson, P. F., (1956) "In defense of a dogma" en *Philosophical Review*. 65, pp. 141-158.

Guest, Stephen, (1992) *Ronald Dworkin*. Edinburgh, Edinburgh University Press.

_____, (1997) *Ronald Dworkin*. Segunda edición. Edinburgh, Edinburgh University Press.

Hacker, Peter Michael Stephen, (1977) "Hart's Philosophy of Law" en Hacker, P.M.S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford, Clarendon Press.

Hart, H. L. A., (1961) *El concepto de derecho*. Bs. As., Abeledo Perrot, 1963. Traducción de Genaro Carrió.

_____, (1976) "Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976" en *New York University Law Review*. 51, pp. 538-551.

_____, (1977) "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" en *Georgia Law Review*. 11, 5, pp. 969-989.

_____, (1979) "Between Utility and Rights" en *Columbia Law Review*. 79, 5, June, pp. 828-846.



- _____, (1982) *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press.
- _____, (1987) "Comment on *Legal Theory and the Problem of Sense* [Dworkin 1987d]" en Gavison, Ruth, (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford, Clarendon Press, pp. 35-42.
- _____, (1994) *The Concept of Law*. Second edition, with a Post-script edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press.
- _____, (2000) *Post scriptum al concepto de derecho*. México, UNAM.
- Hershovitz, Scott, (ed.), (2006) *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford, Oxford University Press.
- Hund, J., (1989) "New Light on Dworkin's Jurisprudence" en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. 75, 4, pp. 468-483.
- Hunt, Alan, (ed.), (1992) *Reading Dworkin Critically*. New York-Oxford, Berg.
- Hutchinson, Allan, (1987) "Indiana Dworkin and Law's Empire" en *The Yale Law Journal*. Vol. 96, pp. 637-665.
- Hutchinson, Allan y John Wakefield, (1982) "A Hard Look at Hard Cases" en *Oxford Journal of Legal Studies*. 2, p. 86.
- Kelsen, Hans, (1941) "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica" en *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Bs. As., Losada, pp. 207-238. Traducción de Eduardo A. Coghlan.
- Kramer, Matthew, (1999) "Also Among the Prophets: Some Rejoinders to Ronald Dworkin's Attacks on Legal Positivism" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XII, número 1, pp. 53-82.
- Kranenberg, J., (1997) "Legal Positivism Divided" en *Current Legal Theory*. 15, 1, pp. 3-23.
- Kress, Kenneth J., (1987) "The Interpretive Turn" en *Ethics*. 97, pp. 834-860.



_____, (1999) "Coherentist Methodology is Morally Better than either its Proponents or its Critics Think (But Still not Good Enough)" en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XII, número 1, pp. 83-108.

Lane, Jessica, (1987) "The Poetics of Legal Interpretation" en *Columbia Law Review*. 87, pp. 197-216. Reseña al libro de Ronald Dworkin *A Matter of Principle*, 1985.

Lewis, David, (1969) *Convention. A Philosophical Study*. Oxford, Blackwell.

_____, (1974) "Radical Interpretation" en *Synthese*. 23, pp. 331-344.

Lyons, David, (1977) "Principles, Positivism, and Legal Theory" en *The Yale Law Journal*. 87, pp. 415-435.

_____, (1982) "Moral Aspects of Legal Theory" en *Midwest Studies in Philosophy*. Vol. 7.

MacCormick, Neil, (1981) *H. L. A. Hart*. London, Edward Arnold, p. 184.

_____, (1982) "Dworkin as Pre-Benthamite," en Cohen, Marshal (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, pp. 182-201.

_____, (1983) "On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin" en *New York University Law Review*. 58, 2, pp. 239-258.

Mackie, J, (1977) *Ethics: Inventing Right and Wrong*. New York, Penguin Books.

_____, (1982) "The Third Theory of Law," en Cohen, Marshal (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, New Jersey, Rowman & Allanheld, pp. 161-170.

Marmor, Andrei, (1992a) *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.

_____, (1992b) "No Easy Cases?" en Patterson, Dennis M., (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, Colorado, Westview Press, pp. 189-207.

Nino, Carlos, (1980) "Dworkin and Legal Positivism" en *Mind*. Vol. LXXXIX, pp. 519-543.



Patterson, Dennis, (1996) *Law and Truth*. Oxford, Oxford University Press.

Posner, Richard, (1977) *Economic Analysis of Law*. Second edition. Boston, Little Brown.

_____, (1980) "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman" en *Journal of Legal Studies*. 9, p. 191.

_____, (1981) "Dworkin's Critique of Wealth Maximization" en *The Economics of Justice*. Harvard University Press, pp. 107-115.

Postema, Gerald, (1982) "Coordination and Convention at the Foundations of Law" en *Journal of Legal Studies*. 11, pp. 165-166.

_____, (1986) "Meaning Holism" en Hahn, L.E. y Schilpp, P. (eds.), *The Philosophy of W. V. O. Quine*. La Salle, Ill., Open Court, pp. 405-426.

_____, (1995a) "Are Moral Values Made or Discovered?" en *Legal Theory*. 1, pp. 5-19.

_____, (1995b) "Replies" en *Legal Theory*. 1, pp. 69-80.

Rawls, John, (1971) *A Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press.

Raz, Joseph, (1970) *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. (Segunda edición con Postscriptum, 1980). Oxford, Oxford University Press-Clarendon Press.

_____, (1985) "Authority, Law and Morality" en *The Monist*. 68. Reimpreso en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 210-209.

_____, (1986) "Dworkin: A New Link in the Chain" en *California Law Review*. 74, pp. 1103-1119.

_____, (1998) "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison" en *Legal Theory*. 4, pp. 249-282.

Raz, Joseph y P.M.S Hacker, (eds.), (1977) *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford, Oxford University Press-Clarendon Press.

Richards, David, (1977) "Taking *Taking Rights Seriously* Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law" en *New York University Law Review*. 52, 6, pp. 1265-1340.



Sartorius, Rolf, (1971) "Social Policy and Judicial Legislation" en *American Philosophical Quarterly*. 8, pp. 151-160.

_____, (1975) *Individual Conduct and Social Norms*. Encino, Cal., Dickenson, pp. 181-210.

Scalia, Antonin, (1997) *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton, Princeton University Press.

Scanlon, T., (1993) "Partisan for Life" en *New York Review of Books*. s.d.

Schauer, Frederick, (1985) "Easy Cases" en *Southern California Law Review*. 58.

_____, (1998) "Positivism Through Thick and Thin" en Bix, Brian (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press, pp. 65-78.

Sebok, Anthony, (1998) *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press.

Soper, E. Philip, (1977) "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute" en *Michigan Law Review*. 75, 1976-77, pp. 473-519.

Stavropoulos, Nicos, (1996) *Objectivity in Law*. Oxford, Clarendon Press.

Stick, John, (1986) "Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretative Turn in *Law's Empire*" en *UCLA Law Review*. 34, pp. 371-429.

Ullman-Margalit, Edna, (1977) *The Emergence of Norms*. Oxford, Clarendon.

Waluchow, Wilfrid, (1985) "Herculean Positivism" en *Oxford Journal of Legal Studies*. 5, pp. 187-210.

_____, (1989) "The Weak Social Thesis" en *Oxford Journal of Legal Studies*. 9, pp. 23-55.

_____, (1994) *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Clarendon.

Walzer, Michael, (1983a) *Spheres of Justice*. New York, Basic Books. Existe traducción al castellano en Fondo de Cultura Económica de México.

_____, (1983b) "Spheres of Justice: An Exchange" en *New York Review of Books*. 30, 12, p. 46.

El zorro y el erizo: Pluralismo de los valores y Teoría de los principios. Un acercamiento desde Isaiah Berlin y Ronald Dworkin

Jorge Olvera García

Con un leño tan torcido como aquel del cual ha sido hecho el ser humano nada puede forjarse que sea del todo recto.

El fuste torcido de la humanidad, Isaiah Berlin.

Mi tesis general es impopular en nuestros días: hace ya muchas décadas que el zorro lleva la voz cantante en la filosofía académica y literaria, sobre todo en la tradición angloestadounidense. Los erizos parecen ingenuos o charlatanes, y quizá incluso peligrosos. [...] El zorro gana con demasiada facilidad, y su aparente victoria, hoy ampliamente celebrada, está vacía.

Justice for Hedgehogs, Ronald Dworkin.

Argüir la influencia de Isaiah Berlin en la obra de Ronald Dworkin no es nada nuevo para los conocedores del pensador norteamericano. La importancia que a partir de la segunda mitad del siglo XX tuvo Berlin en una infinidad de pensadores de corte liberal es innegable. La Filosofía del Derecho no fue ajena a esta influencia. Para John Rawls, igual que para Friedrich A. Hayek, Robert Nozick y Ronald Dworkin, la Filosofía del Derecho es una rama de la Filosofía Política, es la rama que se ocupa de la justicia y de los derechos fundamentales. Aunque Dworkin no comparte algunas de las ideas de Berlin, por ejemplo, la negación de alcanzar la racionalidad, la verdad y la



objetividad absolutas, que para él son posibles, por lo menos, en los casos jurídicos concretos; no niega su influjo, en él encuentra un asidero para fundamentar sus ideas en materia jurídica. Por lo tanto, la intención de estas líneas es atisbar la influencia del Pluralismo de los valores de Berlin en la Teoría de los principios de Dworkin y sus posibles divergencias.

Se comenzará, pues, por explicar a qué nos referimos con la primera parte del título: “El zorro y el erizo” y qué relación guarda entre Berlin y Dworkin (apartado 1); posteriormente, ofreceremos una visión panorámica del Pluralismo de los valores en Isaiah Berlin (apartado 2). Luego, expondremos sucintamente la Teoría de los principios de Ronald Dworkin (apartado 3); por último, retomaremos las ideas vertidas en la primera parte para determinar algunas divergencias entre Berlin y Dworkin (apartado 4).

El zorro y el erizo

La penúltima publicación de Dworkin en vida fue *Justice for Hedgehogs* (2011), es un libro prolijo y profundo porque se encuentran las reminiscencias de toda su obra anterior. Esta obra, sin duda, muestra la influencia de Isaiah Berlin. Dworkin ya había manifestado la importancia del pensamiento de Berlin con algunas publicaciones sobre su pensamiento: “Two Concepts of Liberty” (Dworkin: 1991) y “Do Liberal Values Conflict?” (Dworkin: 2001); pero tal vez la presencia de Berlin la podemos remontar a la publicación de *Taking Rights Seriously* de 1977. En el desarrollo de este trabajo veremos que la propuesta fundamental del pensamiento de Berlin es “tomar el pluralismo en serio” (vid. Hardy: 2007). Tanto para Berlin como para Dworkin, el pluralismo y los derechos no se han tomado en serio.

En 1951 Isaiah Berlin publicó un ensayo, intitulado “Lev Tolstoy’s Scepticism” (“El escepticismo histórico de León Tolstói”), en la revista *Oxford Slavonic Papers*, al cual, en 1953, se le dio un nuevo título: *El zorro y el erizo* (vid. Ignatieff, 1999: 297). Berlin retoma uno de los proverbios de un anciano poeta griego, Arquíloco:¹ “El zorro

¹ Arquíloco nació en la isla de Paros, alrededor del año 650 a. c., fue un soldado y un poeta lleno de vitalidad, cuya vida primitiva era el placer y la guerra y,



sabe muchas cosas; el erizo sabe una, pero grande” (Berlin, 2009: 347), para distinguir a los grupos de pensadores que han influido a la sociedad, propuso un criterio para clasificar escritores y pensadores, diferenciándolos de acuerdo con ciertos rasgos definitorios de su obra. El autor observa que existen quienes relacionan todo con una visión unitaria, congruente y coherente que funciona como un principio organizador básico de lo que piensan y perciben, a éstos los denomina *erizos*, porque articulan una perspectiva centrípeta y monista de la realidad. Otros, por el contrario, se interesan por varias cosas, persiguen diversos fines y objetivos —a veces no relacionados, incluso contradictorios— cuya interconexión no es ni obvia ni explícita, son los *zorros*, éstos expresan una perspectiva centrífuga y pluralista de la realidad. Su pensamiento está desperdigado, es difuso. Para Berlin: Platón, Lucrecio, Pascal, Hegel, Dostoievski, Nietzsche, Ibsen y Proust son, en distinto grado, erizos. Heródoto, Aristóteles, Montaigne, Erasmo, Molière, Balzac y Joyce son zorros. En el ámbito jurídico agregaríamos que Hans Kelsen es un erizo, principalmente por su idea de la *Grundnorm* (norma fundamental), mientras que Carl Schmitt es un zorro por su decisionismo ciego.

Si hacemos caso —a manera de ejercicio— de esta clasificación, Isaiah Berlin sería un zorro por antonomasia y Ronald Dworkin sería un erizo con tintes de zorro. Esta clasificación no es definitiva ni tajante: “No es una clasificación muy exhaustiva. Hay quien no es ni erizo ni zorra, hay quien es ambas cosas” (Berlin en Jahanbegloo, 2009: 266). El profesor Berlin muestra, en el caso de Tolstoi, que un erizo y un zorro pueden convivir en una misma persona. Mario Vargas Llosa en el prólogo a *El erizo y la zorra*, intitulado “Un héroe de nuestro tiempo”, se refiere a Tolstoi como:

El genial novelista de lo “particular”, el prodigioso descriptor de la diversidad humana, de la protoplasmática diferencia de casos individuales que forman la realidad cotidiana, el feroz impugnador de todas las abstracciones de los historiadores y filósofos que pretendían explicar dentro de un sistema racional el desenvolvimiento humano —la zorra Tolstoi— vivió hipnóticamente por la ambición de una visión unitaria y central de la vida, y acabó por incurrir en ella, primero en el

en medio, esa musical necesidad de la poesía.



determinismo histórico de *Guerra y paz* y sobre todo en su profetismo religioso de los últimos años (Vargas Llosa, 1998: 27-28).

En el caso de Berlin, esta clasificación era una fisura que encontraba dentro de sí mismo. En la biografía sobre Berlin, Michael Ignatieff narra que “la mayoría de sus amigos lo consideraban un archizorro —ligero, astuto, ingenioso, saltando de un tema a otro, eludiendo a su perseguidores—. Pero era también el tipo de zorro que anhela ser erizo: saber una cosa, sentir una cosa con más autenticidad que ninguna otra. Tardaría más de un decenio en descubrir cuál era” (Ignatieff, 1999: 237). Lo que demoraría en descubrir era su teoría del pluralismo de los valores a través del estudio de la historia de las ideas, algo que lo alejará de caer en un relativismo moral. Por otro lado, clasificar a Dworkin como un erizo con tintes de zorro obedece a que tiene características de ambos, aunque él claramente se consideró un erizo. El filósofo norteamericano cree, sin lugar a dudas, en el pluralismo de los valores, en la ponderación de principios, en una relación intrínseca entre la libertad y la igualdad presagiada en “la comunidad liberal” (*vid.* Dworkin: 2004). No obstante, también ha sido criticado por esquivar los problemas que se le achacan a su obra, ser astuto e ingenioso para evadir a sus críticos, cualidades de zorro; sin embargo, en el fondo, es un erizo por excelencia. Tal vez, para entender con mayor claridad esta conceptualización es pertinente traer a colación la diferencia entre un *filósofo* y un *filodoxo*, la cual propone el filósofo del derecho Xacobe Bastida Freixedo. A grandes rasgos, nos dice que el filósofo busca la *aletheia* (“verdad”), pero la verdad también es “ocultamiento”. Es decir, el filósofo busca la esencia de las cosas, la verdad en ellas, pero, al mismo tiempo ésta se oculta y no puede dar cuenta de las cosas. El filósofo, en ese ocultamiento/desocultamiento de la esencia de las cosas mismas, trata de responder o descubrir lo oculto y lo velado, mostrar la verdad. Por el contrario, para el filodoxo su preocupación es diferente a la búsqueda de la verdad. Habitualmente, *doxa* es traducido por *opinión* o por *apariencia*. Lo cual implica la sumisión y adaptación a lo recibido, a la tradición en la cual vive el individuo inmerso y, por ende, adquiere en este modelo de pensamiento el papel de criterio de verdad. La *doxa* es lo que se dice, lo que parece, lo que la



comunidad espera, el comportamiento habitual con el que se cuenta. Al respecto Bastida Freixedo aclara: “La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda. Por el contrario, la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive [...] La filosofía intenta responder y la filodoxía solucionar” (Bastida, 2012: 262-263). En este sentido, mientras el filósofo problematiza y trata de responder a ciertas cuestiones, el filodoxo se concentra en resolver y dar sentido a ciertos problemas.

Si observamos, esta distinción también refuerza la postura del zorro y el erizo. También alguien puede ser al mismo tiempo filósofo y filodoxo, intentar responder y solucionar. En el caso de Dworkin, él mismo se consideraba un filósofo, que trataba no solamente de responder a los problemas sino, además, buscaba dar soluciones a los problemas como un filodoxo. De ahí la afirmación que es un erizo con tintes de zorro. Por el contrario, a Berlin le disgustaba que lo nombraran filósofo, prefería ser llamado “pensador de las ideas”. La razón es que para él, los filósofos tratan de dar respuestas universales, absolutas y totalizadoras a los problemas: no permiten la pluralidad de ideas. Algunos ejemplos de esta fe son: la forma del bien en Platón, la voluntad general en Rousseau, el Estado racional de Hegel, el materialismo histórico de Marx y el utilitarismo de Jeremy Bentham. Políticamente, Berlin concebía los sistemas filosóficos como detonantes de las tiranías y los gobiernos totalitarios.

Para profundizar más en estas distinciones, es necesario entender algunas ideas de Isaiah Berlin y el pensamiento de Ronald Dworkin. Los siguientes dos apartados velarán por ello. Para concluir, retomaremos y profundizaremos algunas aseveraciones realizadas en este primer apartado.

Berlin: el pluralismo de los valores no es un relativismo moral

Permítasenos regresar a Arquíloco para dar cuenta de la propuesta de Berlin del pluralismo de los valores: “Algún tracio se ufana con mi escudo, arma excelente que abandoné, mal de mi grado, junto a un



matorral. Pero salvé mi vida: ¿qué me importa aquel escudo? Váyase enhoramala: ya me preocuparé de otro que no sea peor” (Arquíloco, 1990: fragmento 12). El valor de vida, para Arquíloco, es más importante que el valor de la valentía. No podemos juzgarlo de cobarde por no conservar su escudo. Su jerarquía de valores obedeció a la influencia cultural de su comunidad, a una reflexión personal de qué es lo más importante, a una situación extraordinaria donde debe decidir inmediatamente o de manera instintiva, al estar en un hecho de extrema necesidad o urgencia. En este tenor, analicemos otra comunidad de la antigüedad, Esparta. Los habitantes de la ciudad estado de Esparta, en la antigua Grecia, eran famosos por su sobriedad, austeridad, vida frugal, ordenada y su valentía, gracias a ésta derrotaron a Atenas en la guerra del Peloponeso (404 a. de C.), convirtiéndose en la principal potencia de Grecia hasta que fueron derrotados por Filipo de Macedonia en el año 338 a. de C. Sabemos que para un guerrero espartano regresar sin su escudo después de la batalla era un acto comparado con la muerte, mientras que un espartano cuando moría en batalla era llevado con honores sobre su escudo a la gran ciudad. Regresar vivo sin su escudo era un acto de cobardía, por haber abandonado la batalla.

Estamos aparentemente ante un mismo caso, Arquíloco abandonó su escudo en batalla; al contrario, un verdadero espartano no abandonaría su escudo, ¿cuál valor es más encomiable? Según Isaiah Berlin tendríamos que realizar un ejercicio hermenéutico para entender la época, las ideas y valores que predominaban en esos tiempos, sin olvidarnos de tratar de entender la situación en la que se encontraban ambos. Por lo tanto, no resulta nada sencillo tomar partido por alguno. Sin embargo, sería pertinente, antes de proseguir, aclarar qué entenderíamos por valor:

Lo que normalmente se entiende por valor son modelos culturales de ciertos grandes principios morales de conducta, apreciados por quienes los comparten. Modelos lentamente generados en la experiencia de la interacción a lo largo de la historia y que transmiten al ejemplificarlos los actores en su vida social, encarnándolos en la conducta, dando testimonio de ellos [...] El valor, pues, hay que aprehenderlo en su aplicación, cuando está válido (Sanmartín, 1999: 4-5) .



El valor, pues, tendría una evolución endémica en una sociedad, es decir, los valores se repiten y se consolidan a lo largo de mucho tiempo, hasta que mutan o se crean nuevos y es cuando surge la confrontación y el conflicto entre ellos.

Para Berlin este conflicto de valores se atizaría en la modernidad, sobre todo en la confrontación entre los valores cristianos y paganos. El letón vio en Maquiavelo al primer pensador en darse cuenta de que ambos sistemas morales se excluían mutuamente. Los valores cristianos como la caridad, la tolerancia o el perdón y los valores paganos de orden, disciplina o valentía entraban en insuperable conflicto para la construcción de una sociedad o clase de comunidad que satisface los intereses y deseos permanentes de los hombres (*vid.* Berlin, 2009: 189-190).

En este punto de la exposición cabe preguntar: ¿cómo llega Berlin a plantearse el pluralismo de valores? Para responder, vale la pena examinar algunos datos biográficos e intelectuales que nos darán luz al respecto. Sir Isaiah Berlin nació en Riga, Letonia, en 1909, hijo de una próspera familia hebrea de mercaderes. En 1915 ésta se trasladó a Petrogrado, ciudad en la que de niño presenciará la Revolución bolchevique. Llegó a Inglaterra en 1919 donde residiría hasta su muerte. Se educó en Inglaterra y estudió en la Universidad de Oxford, en la cual, posteriormente, enseñó Filosofía antes de que la Segunda guerra mundial interrumpiera su carrera académica. Fue *fellow* del “Colegio de Todos los Santos”, en el que permanecería hasta el final de su vida. Berlin trabajó en embajadas británicas como agente de prensa durante la guerra, primero en Nueva York y Washington y, por último, en Moscú. Le concedieron la cátedra Chichele de Teoría social y política en 1957. Su conferencia inaugural, “Dos conceptos de la libertad”, sigue siendo su contribución más destacada a la teoría política. Berlin escribió mucho sobre historia de las ideas, era un gran simpatizante del romanticismo decimonónico y de pensadores ajenos al liberalismo que sustentaba, como Joseph de Maistre y Karl Marx (*vid.* Berlin: 1991; Berlin: 2000^a). Recibió los premios Erasmus, Lippincott y Agnelli. El 5 de noviembre de 1997 murió en Oxford.



Tales circunstancias, apunta también Sara Sefchovich, determinaron su forma de pensar:

[...] primero, la vocación, pluralista y tolerante característica del judío, obligado a lo largo de la historia a ser paria sin patria, apenas tolerados en todas partes y por lo tanto abierto sin remedio a otros pensamientos; segundo, la pasión, la responsabilidad moral y la vocación de creer en la ideas y de entregarse a sus ideales, característica de la *intelligentsia* rusa con su creencia en que valdría la pena luchar contra la opresión, la ignorancia y la superstición y tercero, el arraigado liberalismo y el empeinado racionalismo –hasta empirismo– característico de los ingleses, que incluyen un concepto muy claro del orden, el balance, la proporción, la moderación y el equilibrio así como una idea de lo que debía ser la imparcialidad, la independencia y la escrupulosidad en el trabajo de investigación (Sefchovich, 1997: 280).

De los escritores rusos (Herzen, Tolstoi, Turgueniev) heredó su creencia en el poder de las ideas, creía que para evaluar las fuerzas de las convicciones de los individuos y comunidades, no hay nada más orientador que pasar por el tamiz los conceptos y categorías de las ideas que marcan su respectiva historicidad, de ahí su libro *Conceptos y categorías* (Berlin: 2004). Con ello, a través de Giambattista Vico, sostendrá la posibilidad de entender a otras culturas y diversas conformaciones sociales y políticas. Esto permite tener una comprensión del pasado a través de la imaginación, es decir, entender el actuar desde el presente, evitando conjeturas y, por ende, el subjetivismo.

Crítico del iluminismo y la ilustración francesa, encontró cobijo en las ideas románticas. En *Las raíces del romanticismo* (Berlin: 2000b) arguye que esta corriente surge como contrapartida a las ideas ilustradas de la Revolución francesa que sustentaba una filosofía universalista e intemporal, tratando a través de la conquista y después bajo el adoctrinamiento de las mismas ideas, leyes y valores que se proclamaban superiores y universales para todo el orbe. En contraposición, llegó Johann Gottfried Herder al rescate de lo nacional, exaltando al individuo, lo histórico y lo nativo. “La idea de nación de Herder era profundamente no agresiva. Lo único que quería era la autodeterminación cultural. Negaba la superioridad de un pueblo sobre otro. Cualquiera que proclamara dicha superioridad mentiría. Herder



creía en una variedad de culturas nacionales, todas las cuales podrían, a su parecer, coexistir pacíficamente. Cada cultura era igual en valor y merecía tener su propio lugar bajo el sol” (Berlin, 1992: 13). Así, con Herder vemos aparecer una de las máximas expresiones del nacionalismo alemán dieciochesco y, con ello, un importante giro respecto al pluralismo de los valores. Vemos surgir al nacionalismo como una idea en contra de lo universal, pero como toda ideología, tal postura fue tergiversada: de la afirmación de lo propio se pasaría luego al rechazo y menosprecio de lo ajeno (*vid.* Berlin: 2000c). Con estas propuestas, Berlin daría forma al pluralismo de los valores como reacción al universalismo abstracto de la Ilustración, pero, también, surgirían los peligros del nacionalismo a ultranza, por ejemplo, el nazismo alemán, el cual enaltece el *Volkgeist* (espíritu del pueblo) como categoría que provocó el surgimiento de los totalitarismos.

Max Weber y Berlin son los representantes más egregios del pluralismo de los valores. Desde esta perspectiva, los conflictos entre los distintos valores son un elemento intrínseco e inherente a la vida humana. Esta pluralidad de valores igualmente auténticos, fundamentales y, sobre todo, objetivos, no pueden ordenarse según una jerarquía atemporal o juzgarse según un patrón absoluto. Sin embargo, la más grande crítica al pluralismo de valores es que puede caer en un relativismo moral, al respecto Joaquín Abellán colige:

El reconocimiento del fenómeno del pluralismo de los valores no es para Max Weber sinónimo de relativismo, pues dice él que sólo cabría hablar coherentemente de relativismo desde una posición religiosa o metafísica que se considerara por encima de cualquier otra posición y con capacidad para armonizar y jerarquizar los múltiples y diferentes valores. Por eso considera un malentendido muy burdo calificar de relativismo “a quien sostiene esta colisión de valores” (Abellán, 2011: 15).

Berlin reconoce que las metas humanas son múltiples, no todas son conmensurables y se encuentran en perpetua rivalidad. Suponer que todos los valores pueden medirse por una misma escala y determinar cuál es el más elevado, implica olvidarnos que somos agentes libres. El mundo que encontramos en la experiencia fáctica es un mundo en el que nos enfrentamos a fines igualmente trascendentes, así como



a exigencias igualmente absolutas, donde la realización de unas debe suponer, inevitablemente, el sacrificio de otras. Es decir, no existe una garantía *a priori* de que podamos encontrar en algún lugar verdaderos valores en plena armonía y con tintes perennes. Por lo tanto, los valores siempre están condenados al conflicto, de ahí que el liberalismo sustentado por Berlin sea denominado por algunos pensadores “liberalismo trágico” (vid. Silva-Herzog: 2006; Siperman: 2000).

Pero, ¿qué se entiende por tragedia?, ¿cuál es la relación del liberalismo y el conflicto trágico? La tragedia puede ser vista como el espacio propio de los conflictos no negociables, irreductibles e inevitables. No se trata de una la lucha entre buenos y malos, es decir, entre los que se ajustan a las normas morales y aquellos que las transgreden, o bien entre aquellos que poseen una verdad y los que carecen de ella. Se trata de un conflicto donde cada uno de los bandos esgrime sus propias razones y prioridades. En el pluralismo de los valores no existe una solución correcta o única del conflicto. El conflicto es constitutivo de la vida moral. Para Arnoldo Siperman: “La política en Weber y Berlin sería el espacio para transitar el conflicto entre adversarios, no el lugar para aniquilar al enemigo. Ni en Weber ni en Berlin hay escepticismo relativista ni decisionismo ciego” (Siperman: 2000: 161). La acción inherente a lo trágico es asumir el carácter conflictivo como irresoluble; la tragedia “suspende” fronteras, patentizando que no puede existir una sola ley para dar cuenta de lo que acontece. La tragedia da cuenta de hechos extraordinarios, de situaciones extremas y de circunstancias límite. Por tal razón, la cuestión del derecho y la justicia puede ser pensada de manera trágica porque revela un conflicto insoluble.² En *El fin del ideal de la sociedad perfecta* sentencia: “Si esta visión es correcta —la visión Fichte-Herder, como quiero llamarla— entonces la tragedia no se debe simplemente a la ignorancia, no se debe al hecho de que alguien haya confundido su papel, de que alguien no haya sabido lograr la felicidad. La tragedia ocurre porque los valores no son siempre compatibles unos con otros” (Berlin, 2010: 69).

² Para una comprensión más amplia sobre la filosofía del conflicto (vid. Serrano: 2001).



A este conflicto de valores se auna la tergiversación que introdujo el liberalismo burgués. Los principios del liberalismo heredados de la Revolución francesa como ideal: libertad, igualdad, fraternidad, se vendrán abajo con la llegada de la burguesía en el siglo XIX. La burguesía domina como clase, en tanto dueña de los medios de producción, pero también como concepción del mundo e ideología. Las ideas que forman el espacio mental del liberalismo, y que acompañan a ese estilo de vida burgués, son: la perfectibilidad moral del individuo, la educación y la disciplina como medios de perfeccionarse, la propiedad privada y la vida privada. Para este liberalismo aburguesado, la universalidad y la fraternidad tienen lugar entre quienes han alcanzado la civilización, es decir, cierto bienestar económico, ciertas comodidades domésticas y niveles de educación. Con ello se anunciaba un rompimiento entre la concepción de la libertad para los antiguos y los modernos. El primero en vislumbrar este rompimiento fue el liberal francés Benjamin Constant, en *Sobre la libertad en los antiguos y los modernos* (Constant: 1988). En palabras de Arnaldo Siperman:

La libertad de los antiguos, propia de la *polis* y relacionada con la idea de participación en los negocios públicos, una idea de tipo "ciudadano", en la cual la libertad se refiere a la aptitud para intervenir en esos negocios; y *la libertad de los modernos* que pone en escena los imperativos individualistas consagrados por las revoluciones burguesas, el establecimiento de límites precisos a la autoridad de los poderes públicos y, en consecuencia, la afirmación de una amplia esfera de acción privada, libre de la interferencia de los gobernantes (Siperman, 2000: 147).

Esta dicotomía anunciada por Constant se refiere a que la libertad de los antiguos consiste esencialmente en ejercer colectiva, pero directamente, muchas partes de la soberanía entera. Su principal rasgo radica en que admitían como compatible con esa libertad colectiva la sujeción completa del individuo a la autoridad de la multitud reunida. Por el contrario, la libertad de los modernos consiste en el derecho de no estar sometido sino a las leyes. Esto implica que la libertad de los modernos se encuentra precisada en la proclamación de los derechos individuales del hombre y del ciudadano. El contraste entre am-



bas libertades es evidente: “entre los antiguos el individuo, soberano casi habitualmente en los negocios públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas [...] Entre los modernos al contrario, el individuo independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia aun en los Estados más libres: su soberanía está restringida y casi siempre suspensa” (Constant: 1988: 68-69). Con la libertad de los modernos surgen las democracias representativas donde se cede la libertad de decidir en pos de una supuesta vida privada, aunque también cedimos otra cosa que tal vez no somos muy conscientes: la economía. Para los antiguos la economía (*oikos*: casa) era la posesión y administración de los bienes domésticos. Es decir, los antiguos tenían una clara distinción entre política y economía. La economía no era llevada por la *polis* sino por el propio ciudadano (cf. Agamben: 2008). Con la libertad moderna no sólo perdimos la posibilidad de “ejercer” nuestra soberanía, a través de un “ceder”; también cedimos la economía a los que más saben y están mejor educados.

En el pensamiento berliniano esta distinción no se soslaya y es explicada con las categorías de *libertad positiva* y *libertad negativa*, expuestas en la obra *Dos conceptos de libertad* (1958) (vid. Berlin: 2008).

La *libertad negativa* nace de un impulso en contra de la coerción, de todo impedimento externo que impida hacer mi voluntad. Se es más libre cuando uno encuentra menos obstáculos para decidir su vida. Mientras menos autoridad sobre mi conducta soy más libre, sin interferencias de voluntades ajenas. Thomas Hobbes, Benjamin Constant, Jeremy Bentham y John Stuart Mill fueron quienes defendieron con mayor ahínco esta idea de libertad.

La *libertad positiva* se deriva del deseo del individuo de auto-gobernarse, de ser realmente dueño de sí. Esta libertad proclama un acto de liberación de las fuerzas internas y externas, que impiden que “yo” sea mi propio amo. La batalla se libra dentro del propio hombre. Implica no solamente el rechazo del despotismo, sino también del paternalismo. Esta es la razón por la cual la libertad positiva justifica ser coaccionada en pos de una libertad superior, como principio absoluto.

Sin embargo, Berlin prefiere la libertad negativa sobre la positiva como ideal político, es en ésta donde se da la aplicación del plura-



lismo moral. Empero, es necesario hacer algunas aclaraciones de por qué se inclina por la libertad negativa:

La libertad negativa no es un concepto absoluto, sino una magnitud variable, gradual. Consiste en el margen o alcance de las posibilidades que un sujeto puede plantearse como cursos posibles para su acción [...] esta libertad no consiste meramente en la ausencia de restricciones a la ejecución de las decisiones que el individuo tome, sino en la ausencia de límites a las decisiones que el individuo puede plantearse. No falta esta libertad cuando carezco de los instrumentos (materiales, intelectuales, económicos [...]), sino cuando se eliminan opciones del campo de las que puedo plantearme (García Amado, 2010: 706-707).

Esta aclaración permite comprender que las autolimitaciones son limitaciones en sí mismas, al disminuir el número de posibilidades que puedo tomar en consideración. Porque, insiste Berlin, esa libertad "es tener oportunidad de acción, más que la acción misma [...] La libertad es la oportunidad de actuar, no el actuar mismo" (Berlin, 1998: 49). La coacción no proviene de uno mismo sino de otros. Pero esta coacción no tiene nada que ver: 1) con la clase social; 2) con la absolutización de la libertad. Hay otros bienes importantes, como la justicia y la igualdad, es decir, el énfasis en la libertad negativa no excluye otras consideraciones ni las anula siempre; 3) no se debe confundir la libertad con las condiciones para su ejercicio. Una cosa es lo que la norma me permite hacer y otra lo que mis circunstancias me permiten hacer y; 4) no es lo mismo libertad negativa que libertad política, porque obedecen a preguntas diferentes. En la primera es: ¿en qué medida interviene en mí el gobierno? Y, en la libertad política: ¿quién me gobierna?

La libertad negativa no debemos verla separada de la libertad positiva. Ejercer mi libertad positiva cuando sin coacción de "otro", soy "yo" el que decide a cuál de las puertas tengo posibilidad de entrar, en ejercicio de mi autonomía y a través de mi "yo" individual. Para Berlin, la libertad positiva se trata de "qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga una cosa u otra" (Berlin, 1998: 220). Ya dijimos que puede ser una causa interna o externa. La primera puede ser psicológica y, la segunda, ideológica. Por consiguiente, el gran engaño de la libertad positiva es tener la noción



de ser amo de uno mismo o tener control sobre la vida propia y que uno puede llegar a ser dueño de su propio ser sólo cuando es gobernado por el “verdadero” o “auténtico” ser. Pero, ¿cómo sabré cuál es mi verdadero y auténtico ser? Parece ser que la libertad positiva es para aquellos que tienen la capacidad y la voluntad de ser libres, por el contrario, los que no sean capaces deben subordinarse a los que sí son libres. Esta es la razón por la cual Berlin considera a Rousseau un enemigo de la libertad, al sustentar que en el *Contrato social* sólo son libres aquellos que tienen consciencia de serlo. Aquellos inconscientes de su libertad deben subordinarse a la voluntad de otros o a la voluntad general (cf. Berlin: 2006).

Pues bien, hasta aquí algunos rasgos de las ideas de Berlin, que serán retomadas en el último apartado, pero antes entendamos algunos presupuestos en la obra de Ronald Dworkin.

Dworkin: los valores como principios

Ronald Myles Dworkin fallece el 14 de febrero de 2013, fue sucesor de la cátedra de *Jurisprudence* de Hebert Hart en la Universidad de Oxford. Tiene una posición crítica hacia las escuelas positivistas (Hans Kelsen *et al.*), utilitaristas (Jeremy Bentham y John Austin) y del realismo jurídico (principalmente norteamericano). Respecto al utilitarismo de Bentham recordemos que éste sustenta que se debe buscar la posibilidad de mayor bienestar para todos, algo con lo cual Dworkin no está de acuerdo: “Si el placer es un bien en sí mismo, es mejor tener más, que menos placer total, y por esto tiene una importancia decisiva el bienestar general, más que el beneficio de los individuos particulares. [...] ¿No es absurdo suponer que el placer (o la felicidad, o la satisfacción de los deseos) es un bien en sí mismo?” (Dworkin, 1983: 273).

Su pensamiento se basa en parte en la filosofía moral de John Rawls y en los principios del liberalismo individualista. Dworkin procura construir una teoría general del Derecho que no excluya razonamientos morales y filosóficos.

Pero centrémonos en entender su postura ante el liberalismo. En primer lugar, se aparta de Rawls y de un liberalismo de bienestar



para los más desprotegidos, pero comparte con él la idea de la existencia de derechos básicos intrínsecos al hombre. Para Dworkin es posible la conexión de dos de los principios de la Revolución francesa: libertad e igualdad. En una entrevista realizada por Brian Magge, Dworkin expone:

Yo, por mi parte, estoy ansioso por rebatir el supuesto de que cualquiera de las libertades básicas convencionales que denominamos derechos se encuentra, en cualquier nivel fundamental, en conflicto con la igualdad. Desde mi posición, los derechos individuales tienen mayor sentido si los consideramos necesarios para cualquier teoría defendible de lo que requiere la igualdad. [...] Deseo defender al liberalismo de la acusación de que protege a los individuos a costa del bienestar de quienes se encuentran en el estrato más bajo de la sociedad. [...] Yo he intentado argumentar que la igualdad económica, y los derechos individuales familiares, surgen de la misma concepción de igualdad como independencia, de tal manera que la igualdad es el motor del liberalismo, y toda defensa del liberalismo es, también, una defensa de la igualdad. (Dworkin, 1993: 271)

Esta concepción de la igualdad es la fuerza del liberalismo, lo que Dworkin llamará la "concepción liberal de la igualdad". La cual se opone a "formas de reglamentación colectiva sobre las decisiones individuales, se opone al control de contenidos de los discursos políticos, aunque dicho control garantizara mayor orden social y se opone al control de la lectura y conductas sexuales, aunque dicho control tenga un considerable apoyo mayoritario" (Dworkin, 1983: 143). Anuncia que los liberales tienen una relativa tendencia a propiciar la igualdad más que los conservadores y menos la libertad. Pero los conservadores tienden a descontar la importancia de la igualdad cuando se coloca frente a otras metas, como la prosperidad general, o aun la seguridad. El gobierno debe fomentar o, cuando menos, el reconocimiento de las "buenas vidas" a través de un moral política. Propone una igualdad de recursos, como mínimo para una "igualdad burda", que consiste en que "en la medida de lo posible, los recursos y las oportunidades debieran distribuirse equitativamente, de manera que aproximadamente la misma porción de lo que disponga, sea lo que fuere, se aplique para satisfacer las ambiciones de cada uno" (Dworkin, 1983: 150); además de que la distribución sea protegida por leyes civiles y penales de



aplicación universal. En suma, Dworkin niega que haya conflicto entre la noción general de derechos individuales y la noción de igualdad, al contrario, ambos se apoyan mutuamente. Por tanto, propone una teoría basada en los derechos individuales, pues considera que sin ellos no existe el Derecho. En razón que el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que se aplican por entero o no se aplican; considera que una concepción del Derecho que no acuda a principios de justicia material preestablecidos es una doctrina arriesgada.

Pienso, sí, que la única definición clara y útil de lo que sea un derecho, usa esta oposición entre los derechos y el bienestar general. Conforme a este sentido fuerte y útil, alguien tiene un derecho cuando está facultado para insistir en hacer algo o en tener algo, aun cuando con esto se dañe el bienestar general. Conforme a esta explicación, los derechos son cartas de triunfo que tienen los individuos sobre el bienestar general, o promedio. [...] porque las libertades básicas tienen prioridad sobre las mejoras en la concepción del grupo en peores condiciones y, *a fortiori*, sobre el bienestar del promedio (Dworkin, 1993: 271).

Por otra parte, Para Dworkin, la diferencia entre el Derecho y la Moral pierde relevancia y no es tan clara como sostienen los positivistas.³ El positivismo es un modelo condenado a identificar "*rules*" (reglas) ya establecidas taxativamente y deja afuera "*policies*" (directrices) y "*principles*" (principios). A las reglas se les puede identificar por su origen, pero no así a los principios y directrices porque surgen desde la política y, por ello, no importa su origen sino su contenido y *fuerza argumentativa*. Sin embargo, ¿qué se entiende por directriz y principio en Dworkin?, el primer término alude a *objetivos sociales*, establecen metas en el ámbito social, económico y político, es decir, aquello que se debe alcanzar paradigmáticamente; por su parte, los principios son pautas o estándares de contenido moral (ideales de justicia), están íntimamente ligados a la equidad, éstos se encuentran vinculados estructural, funcional y materialmente con la moral.

La producción principal dworkiniana se canalizó en artículos publicados en diferentes revistas, posteriormente agrupados en cuatro compilaciones: *Taking Rights Seriously* (Dworkin: 1977), *A Matter of*

³ Para ahondar en la discusión entre moral y derecho, véase: (Montero: 2011).



Principle (1985), *Freedom's Law* (1996) y *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality* (2000). Además, es autor de varios libros, *Law's Empire* (1986), *Life's Dominion* (1993), *Justice in Robes* (2006), *Justice for Hedgehogs* (2011) y *Religion without God* (2013).⁴

En la obra que lo catapultaría a la fama, *Taking Rights Seriously*, de 1977, realiza una crítica al positivismo hartiano. Es sabido por los estudiosos del derecho que para el positivismo de Hebert Hart, el juez debe actuar sometido a las normas del derecho positivo, sin embargo, éstas, en tanto productos lingüísticos, padecen de los males del lenguaje y, por consiguiente, casi siempre tienen algún grado de indeterminación, lo cual produce que no sea tan automatizado su uso para los operadores del derecho (jueces) y provoquen "zonas de penumbra", es decir, el fantasma de la discrecionalidad para sentenciar. Ahí es donde Dworkin ve una contradicción interna del positivismo. El jurista español, Juan Antonio García Amado dice que Dworkin plantea dos inconvenientes que golpean al positivismo:

El primero, que admitir la discrecionalidad judicial, aunque sea pura discrecionalidad interpretativa y operante sólo como elección entre las interpretaciones admisibles de la norma, de conformidad con la semántica usual de nuestro lenguaje, implica asumir que el juez crea derecho, y eso rompe con el reparto de papeles que el positivista asigna al legislador y al juez. El segundo, que esas normas que el juez crea o la parte de las normas que, al interpretar, el juez produce discrecionalmente se aplican retroactivamente al caso que se juzga y que aconteció, obviamente, antes de tal creación normativa, con la cual se estaría vulnerando otro presupuesto sustancial del derecho moderno, asumido también en la teoría positivista, el cual es la irretroactividad de las normas, la plena vigencia del principio de legalidad como base del enjuiciamiento judicial de acciones (García Amado, 2010: 172).

Para Dworkin, la decisión judicial debe estar basada en normas previas que el juez ni crea ni precisa ni completa, es decir, no existe discrecionalidad. Dworkin encuentra la salida ante tal *impasse* positivista al aceptar que existen normas morales que son también parte del sistema jurídico y tienen como función completarlo y cerrarlo. Estas

⁴ Para una explicación más profunda y prolija de las diferentes fases de la obra de Dworkin, véase: (Bonorino, 2010: 32- 62).



normas morales son los *principios* en el engranaje dworkiniano. En *Taking Rights Seriously* define qué entiende por “principio”: “I call ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”⁵ (Dworkin: 1981). Por lo tanto, el error fundamental del positivismo jurídico consiste en la creencia de que los sistemas jurídicos están dados de antemano. Paolo Comanducci lo resume de esta manera:

El desafío para el positivismo propuesto por Dworkin, consiste en afirmar que la fuente última de los principios jurídicos (al menos de los principios fundamentales) es la moral y no el Derecho. Con una doble consecuencia, supuestamente teórica: a) que Derecho y moral, a través de los principios fundamentales, formarían un sistema único; y b) que el positivismo jurídico, con la caída de uno de sus aspectos centrales, el de la separación de Derecho y moral, ya que no sería una postura teórica defendible, puesto que no sería capaz de describir de forma cabal lo que justamente pretende que sea su objeto, es decir, el “Derecho como es” (Comanducci, 2010: 122).

Es decir, los abogados y los jueces deben argumentar y decidir apelando no sólo a reglas jurídicas determinadas, sino a otra clase de normas denominadas por Dworkin *principios jurídicos* y *directrices*; estas últimas las define como: “una clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad” (Dworkin en Vázquez, 2011: 26). Las directrices conciernen más al Poder Legislativo donde, supuestamente, se vela por el interés de la colectividad; mientras que los principios justifican las decisiones políticas del Poder Judicial. Así, para el norteamericano queda demostrado la unión entre el trinomio: Teoría política, Dogmática jurídica y práctica jurisdiccional.

⁵ “Llamo ‘principio’ una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral”.



La definición de los términos anteriores obliga a marcar la diferencia entre *principios* y *reglas* en Dworkin. Rodolfo Vázquez (2011) señala tales diferencias:

En cuanto al origen: Los principios, a diferencia de las reglas, no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo.

En cuanto a la derogación. La derogación o el rechazo tiene sentido en la medida que se hable de reglas; pero con respecto a los principios, ellos permanecen mientras se les siga estimando como convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.

En cuanto a su identificación: Es imposible brindar la nomenclatura de los principios o establecer una fórmula canónica de cada uno de ellos, mientras que en las reglas es factible, al menos teóricamente; de ahí, precisamente, la imposibilidad de establecer alguna práctica social o regla de reconocimiento que permita concretar exitosamente aquel propósito individualizador.

En cuanto al contenido: El de los principios es intrínsecamente moral, mientras que en el campo regulativo aparecen diversificados.

En cuanto a su aplicación: Las reglas se aplican de una manera disyuntiva: "si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión"; en cambio los principios no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien anuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular.

En cuanto al modo de resolver las contradicciones: Cuando se trata de reglas, una de ellas no puede ser válida (si la otra con la que se contradice lo es). La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o re-



formada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas; pero los principios cuentan con la dimensión de peso o importancia de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno, aun cuando la importancia que en definitiva se haga prevalecer sea motivo de controversia.

En cuanto a las excepciones: Mientras que incluir excepciones en el enunciado de la regla es posible, con el beneficio de que éstas ganan en precisión; tratándose de principios, no sólo resulta inconveniente, sino además es estéril, pues no proporcionaría un enunciado del principio más completo ni más exacto.

En cuanto a sus destinatarios: En el caso de los principios ellos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de derechos, mientras que las reglas pueden también ordenarse a los ciudadanos.

En cuanto a la tarea que exigen del jurista: Dworkin destaca la peculiaridad de los principios en tanto ellos no son fruto de un acto de creación o invención, sino que implican una trabajosa, polémica y filosófica tarea de descubrimiento (*vid.* Vázquez, 2011: 27-29).

Para ejemplificar lo anterior, veamos el siguiente caso de la jurisprudencia norteamericana analizado por Dworkin. En 1889 un Tribunal de Nueva York tuvo que decidir en el caso *Riggs vs. Palmer*, si un heredero designado tal por testamento podía heredar en virtud del mismo, aunque para lograrlo hubiera asesinado al testador. El razonamiento del Tribunal advertía:

Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino. [Pero el tribunal seguía señalando que] todas las leyes, lo mismo que los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitiera aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia



injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia inequidad o adquirir propiedad por su propio crimen (Dworkin, 2002: 73).

El asesino, nieto del testador, no recibió la herencia. El fundamento de la decisión —explica Raúl Bonorino— consistió en sostener que todas las leyes y contratos podían ser controlados en su operación y efecto por las máximas generales y fundamentales del *Common Law*. El tribunal consideró que dicho caso debía resolverse a tenor de una máxima que disponía que nadie puede permitírsele obtener beneficios de su fraude o tomar ventaja de su propia falta, o adquirir la propiedad basándose en su propio crimen (cf. Bonorino, 2002: 52-53). Con ello, Dworkin, demuestra cómo pueden ser controladas las reglas por máximas generales del derecho consuetudinario, que se convierten en principios que implícitamente forman parte del sistema jurídico. Para el filósofo norteamericano los principios ayudan a que no existan lagunas jurídicas, porque el derecho debe ser totalmente determinado.

Hemos visto que los principios van más allá que la Regla de reconocimiento de Hart,⁶ ya que éstos no obedecen a una fórmula preestablecida para su creación, sin embargo, son parte esencial del derecho, por tanto, deben formar parte de la argamasa del sistema jurídico. Pero tampoco son monopolio de un órgano de poder para su creación, llámese poder legislativo o judicial. Víctor Manuel Rojas Amandi, en el texto *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*, aclara:

En el caso de los principios no se puede hablar de validez o invalidez o, de su aplicabilidad o no aplicabilidad. La dimensión del peso de los principios pertenece a su estructura y constituye a la vez el único criterio relevante para determinar si un principio

⁶ Hart sostiene que la Regla de reconocimiento establece los criterios que determinan cuáles son las normas válidas en un sistema jurídico, esto es, cuáles son las normas que forman parte o pertenecen al mismo. Ahora bien, es necesario aclarar cuándo unas reglas constituyen un sistema jurídico. Hart señala que hay dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. La primera, la obediencia general a las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema (reglas primarias). La segunda, la aceptación por parte de los funcionarios de las reglas de cambio y de adjudicación como modelos públicos y comunes de conducta oficial (reglas secundarias). La primera condición está satisfecha por los ciudadanos, la segunda, en cambio, por los funcionarios del sistema (jueces) (vid. Rivas: 2009).



especial debiera influir o no una determinada decisión jurídica. La pertenencia o no de un principio al sistema jurídico no resulta de la decisión de una autoridad legislativa o judicial, sino más bien de la adecuación. En el sistema de Dworkin los principios son de peso o no de peso para el caso concreto y no válidos o inválidos de antemano (Rojas, 2007: 54).

Dworkin es consciente, primero, de la imposibilidad de un uso efectivo de la lógica formal para el derecho, ya que ésta se fundamenta en categorías de verdad y falsedad; segundo, se anuncian las limitaciones de una lógica de las normas propuesta por Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin o una lógica deóntica artificiosa por Georg H. von Wright con fundamento en categorías de válido o inválido, es decir, solamente una lógica de las normas sirve para los llamados “casos fáciles”, pero no para los “casos difíciles”.

Dworkin publicó en 1975 en la revista *Harvard Law Review* un artículo titulado “Hard Cases”. El filósofo norteamericano denomina casos fáciles o rutinarios, aquellos en los cuales el juez dispondría de una regla clara para su resolución, de modo que el litigio se podría subsumir sin dificultad en una regla jurídica establecida previamente. No obstante, junto a estos casos fáciles hay otro tipo de casos, a los que nombra “difíciles”, son aquellos en los cuales los abogados razonables pueden estar en desacuerdo en cuanto a los derechos de las partes, sin que ninguno tenga argumentos para convencer necesariamente a otros. Así, en los casos fáciles parecería correcto decir que el juez aplicó una regla anterior a un nuevo caso, mientras que en los casos difíciles no se citarían sino que se darían razones, se apelarían a principios políticos y de justicia. Al respecto Andrei Aarnio manifiesta: “En las decisiones de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica puedan aceptar esa solución y esa justificación” (Aarnio, 1990: 37). Esta postura ha recibido varias críticas porque conlleva en el pensamiento dworkiniano la existencia de una “única respuesta correcta”. Según Dworkin el único que es capaz de encontrar esta “única respuesta correcta” sería *el juez Hércules*. Lo cual resulta quimérico en un mundo dominado por la incertidumbre y el caos, de donde es imposible que escape el Derecho.



Estas dos invenciones —*la única respuesta correcta* y *el Juez Hércules*— distanciarían a Dworkin del pluralismo de los valores berliniano. El último apartado analizará tales divergencias entre ambos pensadores.

Pluralismo *versus* principios

En la primera parte sentenciamos que Berlin poseía más características de zorro, mientras que Dworkin se asemejaría más a un erizo con tintes de zorro. El caso de Berlin, según la explicación dada en el segundo apartado, disipa las dudas para aceptar esta aseveración, al quedar clara su postura del conflicto entre valores y el liberalismo trágico que a estos acompaña. Respecto a Dworkin, es más difícil clasificarlo en un lugar específico.

Con dos ideas centrales en la obra dworkiniana podremos, primero, demostrar que es un erizo porque mediante estos dos constructos: el juez Hércules y la única respuesta correcta recurre a una ficción de un juez-filósofo capaz de elaborar teorías integrales sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios. Para este propósito —dice Dworkin— “he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, a quien llamaré Hércules” (Dworkin, 2012: 177). Hércules ha de resolver los “casos difíciles” que se presenten en su jurisdicción sin hacer uso de la discrecionalidad, la cual no es otra cosa que la discreción del juez para sentenciar, además, consiste en crear nuevo derecho para luego aplicarlo retroactivamente en perjuicio de derechos preexistentes, dicho juez debe encontrar la “única respuesta correcta” para ese caso difícil.⁷ Para Manuel Atienza: “La tesis de Dworkin de que existe una respuesta correcta presupone: 1) que los principios forman parte del derecho; 2) que “un juez Hércules” —que ejemplifica una situación ideal de habla— sería capaz de encontrar esa respuesta” (Atienza, 2010: 48). El juez Hércules, por un lado, debe “saber muchas cosas”, como un zorro, porque es erudito, perspicaz ante el sistema jurídico y, por el otro, tiene una capacidad sobrehumana, para encontrar la “única respuesta correcta” ante un caso concreto. Pero también tiene la

⁷ Para una comprensión profunda de “la única respuesta correcta” (vid. Arango: 2004).



cualidad de ponderar los “principios-valor”, y determinar cuál es el adecuado ante el mismo caso concreto, cualidades también de erizo.

Dworkin posee tintes de zorro al evadir el cuestionamiento a sus aseveraciones en sus obras posteriores o en conferencias impartidas. Se excusaba diciendo que era un filósofo; recordando la distinción de la primera parte, de que el filósofo busca responder, a través de respuestas evasivas y, frecuentemente, contradictorias. No obstante, también busca ser un filodoxo empeñado en solucionar los conflictos y no vivir en la pregunta eterna del origen de los problemas. Pues bien, Dworkin, se inmiscuyó en ambos postulados, modificando lo preexistente, aunado a la pretensión de encontrar la verdad y objetividad del derecho.

Cuando Dworkin atiende a esta conceptualización de formas de pensar, propuesta por Berlin, en *Justice for Heghehogs*, colige:

The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing. Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest. I try to illustrate the unity of at least ethical and moral values: I describe a theory of what living well is like and what, if we want to live well, we must do for, and not do to, other people (Dworkin, 2011: 1).⁸

Dworkin se declara pensador erizo porque coloca al valor como saber supremo. Con ello, anuncia la independencia metafísica del valor: tiene verdad y es indivisible. Y este valor tiene que ser atrapado en su indivisibilidad absoluta por el juez Hércules, porque el derecho es totalmente determinado. Surge entonces la pregunta: ¿puede existir una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces? Dworkin contesta afirmativamente y aquí radicaría su divergencia fundamental con

⁸ “Muchas cosas sabe el zorro, pero el erizo sabe una grande. El valor es una grande. Las verdades acerca del vivir bien y ser bueno, y de lo que es bello no solamente son coherentes entre sí sino que mutuamente se apoyan: lo pensemos nosotros de cualquiera de ellas debe estar, plenamente, a la altura de cualquier argumento, que encontramos convincente al resto. Intento ilustrar la unidad de, al menos, los valores éticos y morales: describo una teoría de cómo es vida bien y de cómo vivir bien y de lo que debemos hacer y no hacer a otra personas” (la traducción es nuestra).



Berlin. Mientras éste reconoce la pluralidad y heterogeneidad de los valores, donde no hay lugar para parámetros absolutos; Dworkin sostiene la unicidad y objetividad del valor para, a partir de ahí, construir todas las ramificaciones de un conocimiento, colocando a los principios-valor como posibilidad de una posible hermenéutica jurídica, al dar lugar a lo que él llama una *interpretación constructiva*. El artifice de *El imperio de la justicia* parte de un presupuesto: el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a las intuiciones (Poder Ejecutivo, Poder Judicial). Las instituciones son datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructivo-racional no es exclusiva del pensamiento moral, sino que se extiende al pensamiento jurídico. No obstante, buscar el principio —fundamento de todas las cosas— resulta una postura netamente arriesgada, hasta para el propio Berlin. La historia de la filosofía nos ha demostrado que desde los jónicos (presocráticos) hasta Hegel se ha buscado el fundamento de todas las cosas, no obstante, esto imposibilita la pluralidad, la diversidad, privilegiando lo uno o la unicidad. Dicho aspecto ha conllevado a las peores barbaries y tiranías en la historia humana. El propio Dworkin en un libro coeditado con Mark Lilla y Robert Silvers, precisamente en homenaje a Berlin, intitulado *The legacy of Isaiah Berlin*, anuncia el problema de la tiranía, en su artículo *Do Liberal Values Conflict?:*

The hedgehog need not be a tyrant –it’s a great mistake, as Thomas Nagel pointed–, to think that because value monist may serve as the banner of tyranny it must always do so. Nor, of course, does value pluralism inevitably lead either to selfishness or indifference. But there are dangers on both sides, and whether the danger of the hedgehogs is greater than danger of the fox, as Berlin thought seems very much to depend on time and place (Dworkin, 2001: 76).⁹

⁹ “El erizo necesita no ser un tirano –es un gran error, como Thomas Nagel señaló- pensar que porque el valor del monismo podría servir como el estandarte de la tiranía, esto no siempre es así. Ni, por supuesto, hacer del valor del pluralismo inevitablemente lo principal, ambos para el egoísmo o la indiferencia. Pero existen daños para ambos lados, y si el daño del erizo es más grande que el daño del zorro, así lo piensa Berlin, parece bastante depender del tiempo y lugar” (la traducción es nuestra).



Ser erizo o ser zorro tiene sus propias consecuencias, ambas posturas pueden traducirse en daños en contra de la humanidad. Ya nos lo advertía Mark Lilla: “Hay un tirano agazapado en todos nosotros, un tirano que se embriaga con el eros de su yo proyectado hacia el mundo y que sueña con cambiarlo de raíz” (Lilla, 2004: 14).

Si no hay una sola respuesta para nuestros problemas, nuestra obligación es vivir constantemente alertas, poniendo a prueba las ideas, leyes y valores que rigen nuestro mundo, confrontándolos unos con otros, ponderando el impacto que causan en nuestras vidas, y eligiendo unos y rechazando o modificando los demás. Es decir, existen verdades contradictorias y, por lo tanto, debemos aceptar la posibilidad del error en la acción de elegir.

Dworkin traduce tales preocupaciones en términos de libertad y coerción:

The first asks: By whom –and with whom– should I be coerced? The second asks: How much should I be coerced? [...] A political theory calls for positive liberty if it insists, in response to the first question, that people must be permitted to play a role in their own coercive governance: that government must in some sense or another be *self-government*. A theory calls for negative liberty if it insists, in response to the second question, that people must be free of coercive government over some substantial range of their decisions and activities. Both these ideas –of positive and negative liberty– are initially puzzling. How can coercive government by a group larger than a single person be self-government for everyone? If coercive government is legitimate at all, then how can we carve out some area of decision and activity that government has no right to regulate?¹⁰ (Dworkin, 2011: 365).

¹⁰ “La primera pregunta: ¿por quién –y con quién– debería yo ser coaccionado? La segunda pregunta: ¿cuántas coacciones debería ejercer sobre mí? [...] Una teoría política requiere la libertad positiva si, en respuesta a la primera pregunta, hace hincapié en que debe permitirse a la gente tener un papel en su propia gobernanza coactiva: en que, en uno u otro sentido, el gobierno debe ser autogobierno. Una teoría requiere la libertad negativa si, en respuesta a la segunda pregunta, hace hincapié en que la gente debe estar libre de gobierno coactivo en una gama sustancial de decisiones y actividades. Ambas ideas –de la libertad positiva y negativa– son en un inicio desconcertantes. ¿Cómo puede un gobierno coactivo de un grupo de al menos dos personas ser autogobierno para todos? Si el gobierno coactivo tiene algo de legitimidad, ¿cómo podemos entonces hacernos de alguna zona de decisión y activi-



En esta línea de ideas, Dworkin argumenta que es menester permitirle a la gente ser responsable de su propia vida, dicha responsabilidad sólo es compatible con el gobierno a cargo de otros cuando se cumplen ciertas condiciones. Todos tenemos que tener la posibilidad de participar en las decisiones colectivas y, también, por el contrario, todos debemos estar libres de las decisiones colectivas en asuntos en los que la responsabilidad personal exige que cada uno decida por sí mismo.

Al respecto, Dworkin cree superar el problema que aqueja y que defiende Berlin de la imposibilidad de una solución única a un conflicto de valores. Sostiene que la oposición abstracta entre los valores se puede armonizar ante la argumentación del caso concreto, de modo que en el caso concreto se puede mostrar cuál es el valor que viene al caso y cuál tiene aplicación específica, en menoscabo del otro, que sólo en principio o en abstracto era aplicable, pero no lo será cuando se pondere a cuál le toca jugar en cada ocasión (cf. Dworkin, 2001: 85 y ss.) Por lo tanto, para Dworkin queda superado que los valores plurales sean trágicos al estilo berliniano; pues para él, el Derecho no es trágico en tanto se puede dar una solución única a un conflicto entre valores.

Sin embargo, como anunciamos líneas atrás, con la libertad de los modernos surgen los derechos individuales del hombre y del ciudadano, pero esto es más un defecto en el hombre que una virtud. En los antiguos estos "derechos" no eran para todos, sino para unos cuantos. Por el contrario, la libertad de los modernos supone derechos para todos en igualdad, algo difícilmente concretable en la práctica, pues descubrimos que el hombre no es una entidad acabada, siempre está construyéndose. Autores contemporáneos como Gilles Deleuze y Giorgio Agamben dieron cuenta del problema: el hombre siempre es *potencia*, nunca *acto*. A partir de la libertad moderna, los derechos del hombre, manifiestos en tratados y organismos internacionales, constituciones, etc. no han terminado de cristalizarse. Tal vez, esta condena perenne para la humanidad radique en su propio inacabamiento. El filósofo José Luis Pardo es más certero para sustentar esta idea:

dad que aquel no tenga derecho a regular?" (la traducción es nuestra).



Que el hombre tenga derechos dimana de un defecto de fábrica que consiste en que [...] no todo en él parece poder reducirse a los hechos. Hay derechos porque hay deberes, es decir, porque “no hay” algo que debería haber, porque algo falta. Esta falta de hechura es el espacio de la libertad o, como también podríamos decir, de la acción (entendida como algo distinto de los hechos) [...] Nada es, pues, más propio del hombre que los derechos, precisamente porque es eso, sólo hombre, y tiene deberes, deudas, carencias no solamente materiales sino también morales (Pardo: 2010: 386-87).

Lo que no acaba de aceptar Dworkin es que *de facto* estos derechos, valores y principios no están dados de antemano para todos los hombres y mucho menos que, aunque sean reconocidos por los poderes institucionales implícita o explícitamente en el ordenamiento jurídico, no por ello están dados en el mundo de los hechos para todos los hombres que viven bajo cualquier jurisdicción, sino siempre están en un interminable dinamismo, en un movimiento que nunca es acto sino potencia. Y, tal vez, ahí radique la tragedia del derecho. Es por esta razón que, en el fondo, entre Berlin y Dworkin existe un escisión radical, pues para el primero, sería imposible apelar a principios absolutos que sustenten al Derecho debido al elemento trágico del cual hemos hablado, es decir, debido a la finitud del hombre, a que está siempre en falta, no acabado.

Referencias bibliográficas

- Abellán, Joaquín, (2011) “Implicaciones políticas del pluralismo de los valores en Max Weber e Isaiah Berlin” en Pablo Badillo O’Farrell (ed.), *Filosofía de la razón plural*. España, Biblioteca Nueva, pp. 13-39.
- Agamben, Giorgio, (2008) *El reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno*. Argentina, Adriana Hidalgo.
- Arquíloco (1990) “Elegías y fragmentos dactílicos” en *Líricos Griegos. Elegíacos y yambógrafos arcaicos (Siglo VII-V a. C.)*. Vol. I. España, CSIC.
- Atienza, Manuel, Aulis Aarnio y Francisco Laporta (2010) *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.



Arango, Rodolfo (2004) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Colombia, Siglo del Hombre Editores.

Bastida, Freixedo Jacobo (2012) "Kelsen y la tortuga" en González Ramírez Cleves, *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversia*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, pp. 260-287.

Berlin, Isaiah (2010) "El fin del ideal de la sociedad perfecta" en Jorge Giraldo Ramírez (ed.), *Isaiah Berlin: utopía, tragedia y pluralismo*. Colombia, Fondo Editorial Universidad EAFIT, pp. 11-83.

_____, (2009) *El estudio adecuado de la humanidad*. México, FCE.

_____, (2008) *Sobre la libertad*. España, Alianza.

_____, (2006) *La traición a la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*. México, FCE.

_____, (2004) *Conceptos y categorías. Ensayos filosóficos*. México, FCE.

_____, (2000a) *Las raíces del romanticismo*. España, Taurus.

_____, (2000b) *Vico y Herder. Dos estudios en la historia de las ideas*. España, Cátedra.

_____, (1998) *Cuatro ensayos sobre la libertad*. España, Alianza.

_____, (1992) "Nacionalismo bueno y malo" en *Vuelta*. Número 183, febrero, pp. 13-17.

_____, (1991) "Joseph de Maistre y los orígenes del fascismo" en *Vuelta*. Número 177, agosto, pp. 10-17.

Bonorino, Pablo, (2010) *Dworkin*. Perú, ARA Editores.

_____, (2003) *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Colombia, Siglo del Hombre Editores

_____, (2002) *Objetividad y verdad en el derecho. Variaciones sobre un tema de Dworkin*. Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Castilla, Karlos, (2009) "El principio *pro persona* en la administración de justicia" en *Cuestiones Constitucionales* (UNAM). Número 20, enero-junio, pp. 65-83.



Comanducci, Paolo, (2010) *Democracia, derechos e interpretación jurídica*. Perú, ARA Editores.

Constant, Benjamin, (1988) *Sobre la libertad de los antiguos y los modernos*. España, Tecnos.

Dworkin, Ronald, (2011) *Justice for hedgehogs*. USA, Havard University Press.

_____, (2006) *El imperio de la justicia*. España, Gedisa.

_____, (2004) *La comunidad liberal*. Colombia, Siglo de Hombres Editores.

_____, (2002) *Los derechos en serio*. España, Ariel.

_____, (2001) "Do Liberal Values Conflict?" en Mark Lilla, Ronald Dworkin, et al. *The Legacy of Isaiah Berlin*. USA, New York Review Books, pp. 73-90

_____, (1991) *Two Concepts of Liberty*, en Edna and Avishaia Margalit, *Isaiah Berlin. A Celebration*. USA, The University of Chicago Press, pp. 100-109.

_____, (1993) "Filosofía y política. Diálogo con Ronald Dworkin" en Bryan Magee, *Los hombres detrás de las ideas*. México, FCE, pp. 254-276.

_____, (1983) "Liberalismo" en Stuart Hampshire, *Moral pública y privada*. México, FCE, pp. 133-167.

Einar Himma, Kenneth, (2011) *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Colombia, Universidad Externado de Colombia.

García Amado, Juan Antonio, (2010) *El derecho y sus circunstancias*. Colombia, Universidad Externado de Colombia.

Hardy, Henry, (2007) "Taking Pluralism Seriously" en George Crowder and Henry Hardy, *The One and the Many. Reading Isaiah Berlin*. USA, Prometheus Book, pp. 270-292.

Ignatieff, Michael, (1999) *Isaiah Berlin. Su vida*. España, Taurus.

Jahanbegloo, Ramin, (2009) *Conversaciones con Isaiah Berlin*. España, Arcadia.



- Marmor, Andrei, (2000) *Interpretación y teoría del derecho*. España, Gedisa editores.
- Lilla, Mark, (2004) *Pensadores temerarios*. España, Debate.
- Montero, Alberto, (2011) *Derecho y moral. Estudio introductorio: Tres autores: Hart, Dworkin y Raz*. México, UNAM-Facultad de Derecho.
- Pardo, José Luis, (2010) *Nunca fue tan hermosa la basura*. España, Galaxia Gutnberg.
- Rivas, Pedro, (2009) "El sistema jurídico en la Teoría del Derecho de Hart," en Oscar Verlanga (ed.), *Teoría del Sistema Jurídico*. Granada, Editorial Comares, pp. 131-150.
- Rojas, Amandi Víctor Manuel, (2007) *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*. México, Porrúa.
- Sanmartín, Ricardo, (1999) *Valores culturales*. España, Comares.
- Sefchovich, Sara, (1997) "Isaiah Berlin, el zorro" en Laura Baca e Isidro H. Cisneros, *Los Intelectuales y los Dilemas Políticos en el Siglo XX*. México: Flacso/Triana Editores, pp. 279-294.
- Serrano, Gómez Enrique, (2001) *Filosofía del conflicto político*. México, Porrúa/Universidad Autónoma Metropolitana.
- Silva-Herzog, Jesús, (2006) "Liberalismo trágico," en *La idiotez de lo perfecto. Miradas a la política*. México, FCE, pp. 111-153.
- Siperman, Arnoldo (2000) *Una apuesta por la libertad. Isaiah Berlin y el pensamiento trágico*. Argentina, Ediciones de la Flor.
- Vargas Llosa, Mario, (1998) "Un héroe de nuestro tiempo" [Prólogo] en Isaiah Berlin, *El erizo y la zorra*. España, Muchnik Editores, pp. 11-32.
- Vázquez, Rodolfo, (2011) "Una versión 'débil' de la relación entre derecho y moral. Hart y la polémica con Fuller, Devlin y Dworkin" en Dulce María Granja Castro y Teresa Santiago, *Moral y Derecho. Doce ensayos filosóficos*. México, SCJN-UAM, pp. 3-31.
- Waluchow, Wilfrid, (2007) *Positivism jurídico incluyente*. España, Marcial Pons.

Reseña de autores

Carla Huerta Ochoa

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España); Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesora en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM de las asignaturas: Argumentación jurídica, Epistemología jurídica, Lógica deóntica y Técnicas jurisprudenciales.

Es autora de los libros: *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (2001), *Conflictos normativos* (México, UNAM, 2003, con tercera reimpresión, 2012), *Teoría del Derecho: cuestiones relevantes* (México, UNAM, 2006), y ha colaborado en obras colectivas y revistas con los siguientes artículos: "Constitución y diseños institucionales", "Constitución, reforma y ruptura", "Artículos transitorios y derogación", "Retroactividad en Constitución", "Las constitucionales locales en el sistema jurídico mexicano" y "Fuentes, validez y aplicabilidad de las normas", entre otros.

Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Doctor en Derecho por la Universidad de León (España). Se desempeña como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Vigo (España) y de Lógica jurídica en la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Es autor de los libros: *Objetividad y verdad en el derecho. Variaciones sobre un tema sobre Dworkin* (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002); *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin* (Colombia, Universidad Nacional de Colombia, 2003); *El imperio de la interpretación* (España, Dylinson, 2003); *Dworkin* (Perú, ARA Editores, 2010); también es editor y articulista del libro, *El derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho* (Perú, ARA Editores, 2010), entre otros artículos publicados.

Víctor Manuel Rojas Amandi

Es maestro en Derecho por la Universidad de Heidelberg (Alemania); Doctor en Derecho Público Extranjero y Derecho Internacional Público por el Instituto Max Planck de la Universidad de Heidelberg; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional a Distancia de Madrid (España). Es autor de nueve libros, entre ellos: *Ronald Dworkin y los principios generales del Derecho* (México, Porrúa, 2007); *Argumentación jurídica* (México, Oxford University Press, 2013; ésta es la Tercera reimpresión); *Filosofía del Derecho* (México, Oxford University Press; con varias reimpressiones); es coordinador y articulista del libro: *Revolución y Derecho* (México, Porrúa, 2012); ha escrito más de 30 artículos especializados y 13 capítulos en obras conjuntas.



La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin. Críticas y aportaciones fue impreso en xxxx, en el mes de enero de 2015. Su edición consta de 1 000 ejemplares. La edición estuvo a cargo de la Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados.

Coordinación editorial: Patricia Vega Villavicencio
Diseño de forros: Nancy Huerta Vázquez
Diseño de interiores: Cristina Mireles Arriaga
Corrección de estilo: César López Ruíz Esparza

La eterna pregunta de las reflexiones filosófico-jurídicas, es decir, ¿qué es lo que imparte justicia de manera más efectiva, la ley pura o el apego al sistema de valores, de política y de moral?, es un cuestionamiento que Ronald Dworkin intentó reconciliar en sus planteamientos y reflexiones sobre ciertos casos, proponiendo un enfoque íntegro según el cual los principios con el fundamento moral –a pesar de que no estén anclados en un caso previo– contribuyen, junto con las reglas jurídicas, en el proceso de decisión de los jueces.

Es esta propuesta teórica del filósofo del Derecho Ronald Dworkin el motivo central para que cuatro autores, Carla Huerta, Víctor Rojas Amandi, Pablo Raúl Bonorino Ramírez y Jorge Olvera García, reflexionen, valoren y conceptualicen en torno a su obra. Los cuatro textos son producto de un estudio crítico y no vacilan en exponer tanto los puntos débiles, como su gran aporte al pensamiento jurídico.

Por lo anterior, aunque el libro va dirigido a aquellos que observan el derecho como médula de su interés, los lectores de filosofía y el público en general encontrarán múltiples desafíos intelectuales relativos al tema de la subjetividad, la objetividad, la libertad, el individuo, la colectividad, el lenguaje (retórica, semántica), entre otros.



Universidad de **Vigo**



Universidad de **Vigo**

La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin
críticas y aportaciones

Jorge Olvera García