

LO QUE IMPORTA SOBRE LOS PRINCIPIOS ^(*)

FERNANDO ATRIA ^(§)

72

^(*) Todo empezó en 1967, cuando Dworkin publicó su extraordinariamente influyente «El modelo de las reglas» (AKA «¿Es el derecho un sistema de reglas?»). Lo importante de ese artículo no fue que introdujo una idea, la de principios, que era desconocida anteriormente. Al contrario, era una idea conocida y discutida tanto en la tradición continental como en la del *common law*. Pero después de ese artículo la idea de principios, y otras relacionadas como *regla* y *discreción*, se convirtieron en nociones respecto de las cuales no era posible no tener una opinión. ¿Qué explica la revolución en teoría del derecho que ese artículo significó?

Entender la razón por la cual el argumento de Dworkin fue tan influyente es entender por qué la misma distinción entre reglas y principios se ha consumado y hoy debe ser abandonada. En efecto, la idea de «principios» fue puesta en el centro de la discusión por ese artículo de Dworkin en 1967, pero *cumplió su propósito*, de modo que ya no tiene sentido seguir discutiendo en esos términos.

I. EL SENTIDO DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Dos son las cuestiones más discutidas a partir de ese artículo: la distinción entre reglas y principios y la distinción entre discreción en sentido fuerte y sentido débil (el argumento contra Hart no es una tercera cuestión, sino la consecuencia de estas dos). Ambas cuestiones están, evidentemente, conectadas: la diferencia entre discreción en sentido débil y discreción en sentido fuerte es la diferencia entre decidir sin estar vinculado por estándares preexistentes y decidir vinculado a estándares preexistentes pero que requieren, para ser aplicados, de un juicio (discernimiento) del que decide. Si el derecho es un sistema de reglas, y si la aplicación de las reglas es todo o nada, entonces el juez no se encontrará nunca en esta última situación: o la regla es aplicable al caso (y entonces la decisión es simplemente aplicarla, «mecánicamente», es decir, sin discreción) o la regla no es aplicable al caso (y entonces, por aplicación del principio de inexcusabilidad, el juez se verá obligado a dar al caso una solución que no se sigue del derecho preexistente). Si el derecho no es (o no es sólo) un sistema de reglas, sino también de principios, es posible que el juez se encuentre en situaciones en las cuales deba aplicar un estándar jurídico que no pueda ser mecánicamente

^(*) Publicado originalmente en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 25: 72-83, 2012. Se indicarán a lo largo del documento las páginas correspondientes a su publicación original mediante numeración al margen y la nota «(*)» en el texto.

^(§) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Ph.D., Universidad de Edimburgo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

aplicado. En este caso tendrá discreción en sentido débil: una forma de discreción que es compatible con la idea de que hay para el caso una respuesta jurídicamente correcta.

73 (*) En otras palabras, el sentido de la introducción de la idea de principios en la discusión de la teoría del derecho era volver sobre la relevancia del momento de la adjudicación como un momento teóricamente relevante. La teoría dominante en ese momento, magistralmente expuesta por H L A Hart en *El Concepto de Derecho*, negaba la relevancia de ese momento (Hart mismo, de hecho, diría después que *El Concepto de Derecho* «dice demasiado poco [...] sobre el tópico de la adjudicación y el razonamiento jurídico»¹). La regla de reconocimiento, que establecía condiciones para la validez de toda regla jurídica, identificaba las reglas que vinculan al juez en su decisión. Esas reglas, por supuesto, podían ser insuficientes porque estaban expresadas en las palabras y conceptos de lenguajes naturales, caracterizados por su textura abierta, y dicha textura abierta podía ser fuente de incerteza en la aplicación. Si en un caso particular las reglas reconocidas por la regla de reconocimiento eran suficientes, es decir, si no se presentaba en el caso un problema de textura abierta, el caso se solucionaba jurídicamente por aplicación («mecánica») de la regla; en la medida en que la regla no fuera suficientemente clara, ya por algún defecto de su formulación o por la ambigüedad característica de todos los lenguajes naturales, entonces el juez tenía discreción. Como la discreción era la consecuencia de que el material jurídicamente reconocido se había mostrado insuficiente, ya no quedaba nada interesante para la teoría del derecho que decir: lo que el juez debía hacer era ejercer del modo más sensato posible los limitados poderes de creación jurídica que el derecho le confería al obligarlo a decidir incluso esos casos.

¿Por qué era importante recuperar el momento de la adjudicación como un momento teóricamente relevante? Es posible que haya más de una respuesta a esta pregunta, pero una cuestión crucial a tener en mente al momento de explicar el impacto del artículo de Dworkin es que durante esos mismos años la Corte Suprema norteamericana estaba produciendo una verdadera revolución en su manera de entender y aplicar cláusulas abstractas contenidas en la constitución norteamericana. La derecha norteamericana siempre dijo que al hacer eso, la Corte Warren estaba usurpando el poder del pueblo, porque tomaba decisiones que correspondían al legislador con la excusa de estar aplicando principios constitucionales. Porque en realidad no estaba aplicando principios constitucionales, sino decidiendo conforme a sus propias creencias partisanas.

¹ Hart, *The Concept of Law*, 259 (postscript).

Es crucial entender que la teoría de Hart, quisiera o no su autor, daba completamente la razón a la derecha. Usando las categorías de *El Concepto de Derecho*, era indiscutible que de lo que se trataba era del ejercicio de discreción para la (*) aplicación de estándares de textura particularmente abierta.

Desde luego, nada habría estado más lejano de las intenciones o incluso de las preferencias políticas de Hart que dar la razón a la derecha norteamericana contra las pretensiones de la izquierda respecto del programa igualitarista de la Corte Warren. Quizás eso en parte explica el hecho de que Hart nunca en realidad entendió la crítica de Dworkin. Nicola Lacey, en su celebrada biografía de Hart, cuenta cómo Hart intentó una y otra vez encontrar la manera de responder los argumentos de Dworkin, sin nunca lograrlo². Lo que después de su muerte se encontró y se publicó como el *postscript* a la segunda edición de *El Concepto de Derecho* no era un texto que Hart considerara definitivo, y hay buenas razones para creer que Hart no lo habría publicado³.

A mi juicio, esta es una de las razones por las que el artículo de Dworkin tuvo el impacto que hemos estado notando: marcó el paso de una teoría del derecho que era hecha fundamentalmente por académicos para académicos a una teoría del derecho que era hecha para ciudadanos, es decir, que se hacía cargo de las cuestiones quemantes de la época. Éste es, a mi juicio, el legado más importante de Dworkin.

Pero nuestro tema son los principios. El concepto hoy de moda para describir la dimensión de la adjudicación que los principios marcaron es «ponderación». Y esto nos permite explicar la diferencia entre reglas y principios de una manera que no estaba disponible para Dworkin en 1967. Entonces, Dworkin sostuvo que la diferencia era una diferencia cualitativa, «lógica». Y consecuentemente, ríos de tinta han corrido para comprobar o refutar esta idea. Usando la idea de ponderación, podemos decir: una regla es un estándar que supone una ponderación ya hecha, en tanto expresa una decisión que reclama haber tomado en cuenta lo que debía ser tomado en cuenta, de modo que volver a considerarlo es negar la autoridad el que dictó la regla, mientras un principio es un estándar que identifica uno de los extremos a ser ponderados cuando sea necesario; un principio no supone sino anuncia una ponderación.

En efecto, la ponderación es la comparación de las exigencias incompatibles de dos o más principios, bienes o valores de modo de decir en qué medida uno ha de posponerse para realizar el otro o en general cómo han de acomodarse las exigencias no enteramente compatibles de ellos. Dicho así, un

² Lacey, *A Life of H L A Hart*, ___.

³ *Ibid*, ___; Dworkin, «Hart's postscript and the point of political philosophy», 140.

principio es un estándar que no supone ponderación, sino que la requiere. Es por así decirlo una afirmación unilateral acerca de un valor o un bien. Una regla es la expresión de un juicio de ponderación ya realizado.

Entonces: si el derecho es un sistema de reglas, la aplicación del derecho no requiere ponderación. Si el derecho incluye principios, la exige. Al introducir la noción de principios, Dworkin estaba llamando la atención sobre el hecho de que decidir conforme a derecho era algo que requería juicio («ponderación»). Y por eso la vinculación entre eso y la idea de «discreción en sentido débil», una idea que desde un punto de vista hartiano tenía que ser incomprensible.

II. REGLAS Y PRINCIPIOS: UNA DISTINCIÓN ERRADA AUNQUE IMPORTANTE EN SU MOMENTO

Ahora bien, es crucial notar que, vistas así las cosas, la distinción entre reglas y principios supone una comprensión inaceptablemente tosca de las reglas. Dicha comprensión puede haber sido útil en 1967, cuando el paradigma era el positivismo hartiano de *El Concepto de Derecho*, pero hoy ya no es necesario detenerse aquí mucho.

El capítulo VII del libro de Hart pretendía encontrar una vía media entre formalismo y escepticismo: entre la tesis de que la función judicial debía ser descrita a la manera de la aplicación mecánica de reglas y la tesis de que, desde el punto de vista de la decisión judicial, las reglas no son sino «juguetes» o «profecías acerca de lo que harán los tribunales». La vía media de Hart fue la idea de textura abierta, conforme a la cual las reglas tienen un núcleo de significado y una zona de «penumbra» respecto de la cual usuarios competentes del lenguaje respectivo pueden estar en desacuerdo sobre si la regla se aplica o no o qué significa⁴. Cuando la regla de que se trata ha de aplicarse a un caso que corresponde a su núcleo de significado, la función del juez es «formalista», mecánica; y cuando corresponde a la «penumbra», el juez debe ejercer su discreción para solucionarlo. Dicho de otro modo, la vía media encontrada por Hart en el capítulo VII consistía en afirmar que tanto formalistas como escépticos tenían la razón, pero sólo en parte, y el error de cada uno de ellos era exagerar, a partir de los casos que a cada uno de ellos parecían más relevantes, a todos los casos.

Escondida en alguna página del capítulo VII, sin embargo, había una afirmación que mostraba la futilidad de este intento de encontrar una «vía media». En dicho pasaje Hart afirma que el escéptico

⁴ Sigo aquí la interpretación estándar de la tesis de la textura abierta. Creo que es posible encontrar en el capítulo VII una contralectura, una segunda comprensión de la tesis de la textura abierta que deja a Hart mucho más cerca de Dworkin de lo que suele pensarse, pero que no es compatible con la teoría general defendida en *El Concepto de Derecho*. Véase, al respecto, Atria, *On Law and Legal Reasoning*, ___.

ante las reglas es un absolutista desencantado, es decir, que hay una conexión interna entre escepticismo y formalismo:

75

El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de ⁽⁹⁾ hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna⁵.

Lo que este pasaje expresa es que el formalista y el escéptico, pese a su aparente oposición, tienen una comprensión compartida de «lo que es la existencia de una regla». El escéptico es simplemente un formalista que se ha hecho consciente de que «lo que llamamos reglas» (jurídicas) no existen de este modo. El argumento de Hart en este pasaje es que el escéptico afirma dos proposiciones:

1. *Una tesis sobre «lo que es la existencia de una regla»:* una regla es un estándar que no sufre de textura abierta y no derrotable (=no tiene excepciones no susceptibles de ser identificadas de antemano). Es decir, cuya aplicación no requiere ponderación.

2. *Una tesis sobre las reglas (jurídicas) realmente existentes:* la proposición (1) expresa un ideal inalcanzable, por lo que no hay ni puede haber regla alguna.

La tesis de que el escéptico es un formalista desencantado consiste en que ambos comparten la tesis (1) y su desacuerdo se concentra en la tesis (2). En efecto, el formalista sostendría en vez de (2) una tesis diferente:

2'. *Una tesis sobre las reglas (jurídicas) realmente existentes:* las reglas que existen realmente no sufren de textura abierta u otra forma de ambigüedad, y no son derrotables. Su aplicación, por tanto, es «mecánica» (sin ponderación).

(A mi juicio, imputar esta tesis a los juristas del siglo XIX es completamente injustificado: la observación de que las reglas jurídicas debían ser aplicadas «mecánicamente» fue siempre formulada junto a la constatación de que el derecho no era «perfecto». Pero no nos desviemos ahora en este importante punto).

Ahora, en estos términos, ¿dónde se encuentra Hart? Es crucial notar que la vía media que él pretendió haber encontrado rechaza las proposiciones (2) y (2'), por «exageradas». Pero no rechaza

⁵ *The Concept of Law*, 173.

la proposición (I). Y por eso su salomónica solución: cuando no hay problemas de textura abierta la solución puede ser «mecánica»: tratándose de ese tipo de casos el formalista tiene razón; cuando hay problemas de textura abierta, el juez tiene discreción para dar al caso la solución más adecuada: tratándose de casos de ese tipo es el escéptico el que tiene razón.

Ahora bien, el argumento de Dworkin en su versión original no pretendía objetar directamente esta manera de entender qué quiere decir que una regla exista; en vez de atacarla directamente construyó sobre él, alegando que la junto a las reglas había estándares jurídicos de otro tipo, respecto de los cuales la tesis (I) no era correcta. Esos estándares eran, desde luego, los principios. Y por eso la distinción «lógica» entre reglas y principios, y por eso una comprensión tan estrictamente implausible de regla. Esta manera en que Dworkin formuló el punto lo dejó abierto a la crítica de que no podía simplemente decir que existían estándares de estos dos tipos, porque la pregunta es cómo han de decidirse los casos: ¿debe haber ponderación en el momento de aplicación o no debe haber? La respuesta que el argumento de Dworkin parecía implicar era sí y no: en tanto fueran reglas las aplicadas la decisión debía ser mecánica; en tanto fueran principios, debía ser no mecánica.

Esto lleva al punto ya mencionado: entender la distinción dworkiniana entre reglas y principios es, a mi juicio, entender que ella era un paso necesario pero en sus propios términos incorrecto. Era incorrecto porque todavía descansaba en (I), la idea común a Hart, el formalista y el escéptico, que constituye una incorrecta comprensión de qué quiere decir que una regla existe. Por eso la distinción debía desaparecer. Y desapareció, como lo puede constatar quien compare los índices analíticos de *Taking Rights Seriously* y *Law's Empire*: en esta última obra ya no aparece. Y no aparece por la espléndida razón de que es una distinción que ya no es necesaria. Y no es necesaria porque en *Law's Empire* Dworkin ofrece una teoría de la interpretación que descarta definitivamente la proposición (I).

El caso de la distinción entre reglas y principios, entonces, es un ejemplo perspicuo de algo como una escalera a la que hacía referencia Wittgenstein: una distinción incorrecta en sus propios términos pero que fue necesaria para llegar a un punto desde el cual podemos volver la vista atrás y, junto con apreciar el servicio que nos prestó, desecharla. Por eso es particularmente irónico que la teoría del derecho de inspiración analítica, en particular (me parece) la hispano-hablante, siga dedicando tiempo y esfuerzo a discutir sobre los principios.

III. LA DISCRECIÓN EN SENTIDO DÉBIL

Al introducir la idea de principios (esto es, de estándares normativos cuya existencia, contra la tesis implícita común al escéptico, al formalista y a la «vía media» de Hart, no excluía la necesidad de

ponderación) Dworkin hizo posible concebir algo como lo que denominó «discreción en sentido débil». La crítica de Dworkin fue que Hart no distinguió estos dos sentidos, pero no los distinguió porque no tenía recursos conceptuales para distinguirlos. Dada la premisa implícita que hemos identificado, del hecho de que el juez tuviera discreción se seguía inmediatamente que tenía lo que Dworkin llamó discreción en sentido fuerte. La idea de la discreción en sentido débil sólo es asible en la medida en que uno desecha esa ⁽⁶⁾ tesis implícita (I), es decir, en que es posible distinguir una aplicación correcta de un estándar pese a que dicha aplicación supone, por parte del funcionario que lo hace, ponderación. La respuesta positivista de rigor era que la idea de discreción en sentido débil era ininteligible: que si la respuesta correcta era dependiente de consideraciones que no se basaban en fuentes (para usar la terminología raziana), entonces esa respuesta no podía ser jurídicamente correcta. Quizás era la respuesta que la moral exigía, pero el juez no estaba jurídicamente vinculado. La tesis implícita implicaba que los estándares jurídicos excluían la necesidad de ponderación (=eran reglas, que reflejaban el resultado de una ponderación ya realizada), de modo que en su aplicación, cuando era tal, no había discreción. La tesis, por supuesto, no necesitaba llegar a los extremos del formalista, que alega que en todos los casos hay una respuesta que puede ser encontrada sin discreción. Lo que sí implicaba es que esos casos, en los cuales por diversas patologías (textura abierta, antinomias, lagunas, etc.), el juez tenía discreción. En esos casos, el principio de inexcusabilidad funcionaba como una autorización para legislar (=discreción en sentido fuerte). La idea misma de discreción en sentido débil, es decir, la idea de un caso en el cual hubiera una respuesta jurídicamente correcta que vinculara al juez pero que exigiera del juez un ejercicio de ponderación, era imposible de formular, por auto-contradictoria.

Aunque ha generado mucha discusión, la idea dworkiniana de la respuesta correcta, al menos en el sentido en que ella es implicada o supuesta por la idea de la discreción en sentido débil, es difícil de resistir. Mi impresión es que la posición de autores como Raz, que se refugian en una tesis estipulativa sobre lo que es «derecho» e insisten en que el derecho excluye la ponderación por definición, es un callejón sin salida (y un callejón particularmente irónico para una tradición como la del positivismo jurídico, aunque no es este el momento para entrar en esa cuestión⁶). Por consiguiente hoy la tarea más urgente para la teoría del derecho es la reconstrucción de una comprensión de la aplicación del derecho que es compatible con la idea de discreción en sentido débil, es decir, que es capaz de explicar cómo es posible que la aplicación del derecho sea compatible con la ponderación. Seguir hablando de «principios» como si éstos fueran estándares diferenciables de las reglas es una manera de esconder la necesidad de esta comprensión, porque permite

⁶ Atria, «La ironía del positivismo jurídico».

circunscribir el problema: cuando se trata de reglas, las categorías usuales de aplicación mecánica y todo/nada siguen siendo perfectamente válidas; sólo cuando se trata de principios es necesario preguntarse qué tiene de especial su interpretación y aplicación. Esta es la vía seguida, por ejemplo, por Robert Alexy.

En *Law's Empire* Dworkin siguió un camino mucho más fecundo y prometedor: el de desarrollar una teoría de la interpretación jurídica que dejaba espacio para la idea de discreción en sentido débil, es decir, que permitía seguir hablando de corrección jurídica incluso tratándose de estándares cuya aplicación estaba mediada por alguna forma de ponderación. Esta vía es mucho más prometedora porque en ella se contiene la neutralización del riesgo que la idea de principios, cuando es contrapuesta a la de reglas, implica para la autonomía del derecho. En efecto, si en el derecho conviven reglas y principios, y si las reglas son susceptibles de aplicación sin discreción y los principios no lo son, los principios sólo pueden tener un rol marginal dentro de una práctica jurídica. La función de la ciencia del derecho, lo que los alemanes llaman la «construcción jurídica» consiste en reducir principios a reglas (o lo que es lo mismo, reconstruir racionalmente un sistema de reglas de modo que él dé cuenta de ciertos principios). En las áreas más intensamente urbanizadas de la ciencia jurídica (el derecho civil y el derecho penal parecen los ejemplos más claros), si principios y reglas pueden convivir pacíficamente es porque la construcción de las reglas hace la apelación a los principios redundante. Nadie duda, por ejemplo, que el derecho civil patrimonial está informado por un conjunto relativamente acotado de principios (buena fe, relatividad de los contratos, proscripción del enriquecimiento injusto, etc.); pero la apelación directa y desnuda a esos principios es excepcional, precisamente porque la construcción dogmática de esa área permite excluir la necesidad de ponderación en el caso particular. Los principios, entonces, pasan a ocupar una posición en el trasfondo, cuando es necesario dar cuenta de la racionalidad de las reglas. Pero las reglas pretenden precisamente ser aplicables con independencia de su racionalidad; no porque no la tengan, sino porque esa racionalidad se encuentra en la ponderación de la que ellas son resultado y que la ciencia jurídica reconstruye. Si el derecho está compuesto por reglas y principios, entonces es necesario que el rol principal en la adjudicación (a diferencia, por ejemplo, al rol principal en la exposición magistral del derecho) lo ocupen las reglas. En la medida en que a la tesis de que el derecho está compuesto de reglas y principios se suma la tesis de que el rol principal en la adjudicación lo cumplen los principios, entonces la pretensión del derecho de constituir un espacio políticamente imparcial queda en entredicho. Para decirlo de modo quizás demasiado brutal: tratándose de reglas, la diferencia entre lo que es jurídicamente correcto y lo que es a mi juicio políticamente correcto u oportuno es clara, o al menos posible y estable; tratándose de principios,

la distinción se hace inestable, y puede subsistir sólo en la medida en que ella es (*) estabilizada por la función dominante de las reglas. Si el derecho es concebido como la unión de reglas y principios, pero de modo que los principios tienen el rol dominante, entonces la distinción misma entre lo que es jurídicamente el caso y lo que a mí me gustaría que fuera jurídicamente el caso, y con ella el derecho mismo, deviene inestable.

IV. PRINCIPIOS Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Pero el rumbo que siguió la teoría del derecho no fue el sugerido por Dworkin en *Law's Empire*. En otra parte he intentado mostrar que la reacción a la crítica inicial de Dworkin llevó al auto-denominado «positivismo jurídico» a la irrelevancia, al espectáculo lamentable que dan los herederos de la tradición jurídica moderna reducidos a una disputa de etiquetas en la que todo lo importante es declarado irrelevante⁷. Lo que aquí me interesa mostrar es que la progresiva importancia de lo que en algunos círculos se denomina «neo-constitucionalismo» ha hecho que la teoría del derecho se desentienda del programa dworkiniano contenido en *Law's Empire* y que, en vez de intentar elaborar una comprensión de la labor judicial y la idea de aplicación de la ley que rechace la premisa implícita del capítulo VII del libro de Hart, haya solucionado el problema por la vía mucho más fácil, pero más peligrosa, de retener la distinción entre reglas y principios pero enfatizar que ahora lo principal, jurídicamente hablando, es adjudicar principios. Por las razones explicadas más arriba, esto implica la disolución del derecho, es decir, la disolución de la distinción entre lo que es jurídicamente el caso y lo que es a mi juicio políticamente conveniente u oportuno que fuera jurídicamente el caso. En términos de Jeremy Bentham, estamos en la etapa de «arbitrariedad hasta la perfección»⁸. El derecho se politiza, en el sentido preciso de que ya no puede ofrecer un espacio donde por referencia a reglas comunes en circunstancias de desacuerdo podemos determinar qué es lo que nos debemos recíprocamente. Ahora la adjudicación es la continuación de la política, ya ni siquiera por otros medios.

Si nos guiáramos por las palabras, esta sección debería proceder discutiendo la posición de Robert Alexy, que es explícito en retener la distinción entre reglas y principios. Pero hay una cierta ironía en que la manera más fecunda de discutir este punto sea por referencia a la obra de Dworkin posterior a *Law's Empire*, en la que abandona la tesis fundamental de este libro para adoptar una que en algún sentido se parece cada vez más a la de sus adversarios originales. Es una tesis que no recurre explícitamente a la distinción entre reglas y principios, pero que abraza (sin decirlo así) la

⁷ *Ibid.*

⁸ Bentham, *Justice and Codification Petitions*, 478.

consecuencia escéptica que los críticos de Dworkin usaron para urgirnos a rechazar la idea de principios: disuelve el derecho en la moral, y con eso pierde al derecho, en tanto asume una postura que desarrollada consistentemente volvería a negar la posibilidad misma de discreción en sentido débil. En la siguiente sección tendremos que discutir, entonces, la tesis de lo que Dworkin llama «la lectura moral de la constitución».

V. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

La tesis fue defendida explícitamente por primera vez en la introducción a *Freedom's Law*, de 1996. Lo que la tesis de la lectura moral de la constitución exige es que

todos — jueces, abogados y ciudadanos — interpretemos y apliquemos esas cláusulas abstractas [de la constitución] en el entendido de que ellas invocan principios morales de decencia y justicia⁹.

Puesto de esta manera, es evidente que la idea de la lectura moral es contraria a la auto-comprensión de nuestras prácticas jurídicas (Dworkin, desde luego, concede eso respecto de la norteamericana). La lectura moral parece disolver el derecho constitucional en filosofía política, y con eso parece reducir el derecho a la política: ella impide distinguir entre lo que es el contenido de la constitución y lo que éste debería ser. Si la constitución significa lo que el intérprete quiere que signifique, entonces parece que la constitución es redundante. Dicho de otro modo: si al discutir sobre el contenido de la constitución estamos discutiendo sobre los principios de filosofía política que son correctos, entonces parece que la constitución misma no cumple función alguna. Toda la relevancia en la discusión estará en los argumentos substantivos a favor o en contra de una determinada comprensión de los principios correctos de filosofía política.

Predeciblemente, Dworkin formula esta objeción en los términos habituales de la discusión norteamericana, que se caracterizan por una apelación demasiado rápida a la idea democrática. Es demasiado rápida porque no se detiene a preguntarse por la relación entre derecho y democracia (es decir, por la necesidad interna de las instituciones democráticas por una esfera autónoma de discurso y decisión, que es la que provee el derecho y que la lectura moral amenaza), y en vez de eso apela inmediatamente a «la objeción contra-mayoritaria», cuyo tema central es la oposición entre las opiniones de «nine old men (y ahora women)» y «el pueblo»:

[La lectura moral de la constitución] parece erosionar la crucial distinción entre derecho y moral haciendo que el derecho no sea sino una cuestión de qué principios ^(*) morales resultan atractivos a los jueces de una determinada época. Parece constreñir grotescamente la soberanía moral del pueblo

⁹ Dworkin, *Freedom's Law*, 2.

mismo — tomar de sus manos y entregarle a una elite profesional, exactamente las cuestiones más importantes y decisivas de moralidad política que el pueblo tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo¹⁰.

Es precisamente este problema de la lectura moral lo que explica el esfuerzo que se ha invertido en formular una teoría de la constitución (o de la interpretación de la constitución) que la evite, que muestre que interpretar la constitución no es decidir qué es moralmente correcto. Es mérito de Dworkin haber causado la obsolescencia de esos términos. No hay alternativa a la lectura moral de la constitución¹¹.

Es un error entender que el argumento de la lectura moral es de relevancia puramente local, es decir, que se explica por las peculiaridades históricas de la tradición constitucional norteamericana. Aunque en ese caso la cuestión es más evidente por lo escueto y abstracto de sus disposiciones relevantes y por el rol que la Corte Suprema jugó durante el siglo XX, la lectura moral devela el dato crucial de las normas constitucionales: a diferencia de la ley, ellas cumplen una función constitutiva, por lo que especifican aquello que es común a todos los ciudadanos. De esto se sigue que la determinación de su contenido concreto es siempre un juicio político: es un juicio sobre cómo deben desarrollarse en la historia esos principios fundacionales. La constitución (en lo que nos interesa aquí, que son las disposiciones sobre derechos fundamentales) tiene una dimensión constitutiva de la que la ley carece (la ley carece de ella porque la ley supone la constitución. La ley es la voluntad de una comunidad constituida, la constitución es la decisión constitutiva). Quienes, contra Dworkin, defienden una comprensión de la constitución que niega la lectura moral, ignoran en realidad idea democrática de constitución, y la reemplazan por leyes constitucionales. Este paso es constitucionalmente fatal porque, como Carl Schmitt notó, «sólo es posible un concepto de constitución cuando se distinguen constitución y ley constitucional»¹².

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Dworkin ha mostrado, una y otra vez, que los intentos por formular «teorías» de la interpretación de la constitución conforme a las cuales interpretar, por ejemplo, la idea de «igual protección de la ley» (contenida en la 14ª enmienda a la constitución norteamericana) es algo distinto que determinar cuál es la teoría substantivamente correcta de la igual protección están condenados al fracaso, porque no pueden evitar esta conclusión (de nuevo, *the flight from substance must end on substance*). Véase Dworkin, «Political judges and the rule of law» y «The forum of principle», para la discusión de dos intentos de ese tipo (el originalismo y la distinción entre substancia y proceso defendida por Ely, *Democracy and Distrust*). La cuestión es de nuevo discutida en varios de los artículos que componen *Freedom's Law*. Por eso en *Law's Empire* la objeción más fuerte al derecho como integridad la constituía una comprensión «pragmática» del derecho, conforme a la cual «los jueces toman y deben tomar cualquier decisión que les parezca mejor para la comunidad en el futuro» (*Law's Empire*, 95).

¹² Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 45.

En su dimensión constitutiva, el sentido de la constitución es hacer posible la identidad de una comunidad política, haciendo posible de esa manera el autogobierno. Dicha comprensión de la constitución, empero, es incompatible con la comprensión de la constitución como un conjunto de estándares regulativos cuya finalidad es distribuir el código legal/ilegal (leyes, constitucionales o no). Ésta es la razón por la que la constitución, entendida no como límite sino como condición de una práctica política democrática, no puede sino ser entendida como un conjunto de conceptos que no pretenden adjudicar conflicto político alguno, sino distinguir entre conflictos políticos y conflictos (abierta o solapadamente) militares.

Esto implica que las normas constitucionales no son normas cuya aplicación imparcial pueda adjudicar el conflicto político. Nuestros conceptos constitucionales no permiten adjudicar imparcialmente entre concepciones políticas pues la neutralidad respecto de las mismas es lo que hace probable que cumplan su función: estos conceptos pretenden que los individuos puedan identificarse en ellos y deliberar en torno a los mismos, comprendiéndose, ya no como entes aislados, sino como miembros de una comunidad. Si nuestros conceptos tomaran partido inmediatamente por una determinada concepción política, se pondría en riesgo la posibilidad de la vivir en comunidad. El carácter democrático y deliberativo de nuestras prácticas, depende, en último término, de que podamos hacer referencia a «lo común», a un espacio desde el cual podamos identificarnos como ciudadanos con igual dignidad. Constituir ese espacio, es el rol que cumplen las declaraciones constitucionales. Su imparcialidad es la estructura que dota de sentido a nuestra práctica política y garantiza su estabilidad.

¿Es esta imparcialidad tan radical que excluye la posibilidad de encontrar una mejor comprensión en torno a ellos, de la cual podamos entonces decir que es la comprensión *correcta*? El hecho de que los conceptos constitucionales sean en el sentido que lo hemos explicado *imparciales*, ¿implica que las interpretaciones que se ofrecen de ellos no pueden reclamar para sí ser correctas?

La respuesta ha de ser negativa: la imparcialidad de nuestros conceptos constitucionales no niega la posibilidad de la «coacción del mejor argumento»: sólo implica que el desarrollo de dichos conceptos, a través la búsqueda de su mejor interpretación (en el debate de diversas concepciones) es improbable y requiere entonces forma institucional. La pregunta esencial será, entonces, no directamente por la mejor comprensión (estrategia que usaría un tribunal), sino qué forma institucional hace posible que dicha comprensión se exprese, qué tipo de problema es determinar la correcta interpretación de nuestros conceptos constitucionales. Entregarle este rol a un tribunal es entender que la posición del juez es una para la cual la mejor comprensión se vuelve evidente de

forma inmediata: que funcionarios judiciales, en definitiva, se encuentran más capacitados que los ciudadanos para deliberar políticamente y decidir qué va en interés de la comunidad.

79 Así, por ejemplo, el concepto de igualdad no puede adjudicar el conflicto entre liberales y socialistas, porque ser liberal o socialista es tener una concepción liberal o socialista de la igualdad, y ambas (por hipótesis) son reconocibles como posiciones políticas y no como pretensiones que niegan radicalmente el valor de lo político (caso en el cual dejarían de ser concepciones políticas de la igualdad y pasarían a ^(*) ser, por ejemplo, un «cáncer» que corroe a la sociedad). Ahora bien, una concepción liberal o socialista de la igualdad desde luego decide el conflicto entre liberales y socialistas, pero es difícil ver en ella una decisión imparcial que permita al que es derrotado entender que lo fue no por la superioridad de la «fuerza» política del otro sino por aplicación de una norma común a ambos. *Tertium non datur*: No hay término medio, porque ¿qué podría ser un término medio?

Esto es lo que significa la lectura moral de la constitución. Debemos, sin embargo, estar en guardia frente al calificativo «moral» de esa lectura. La palabra «moral» en la expresión «lectura moral de la constitución» oculta esta imposibilidad de imparcialidad. La diferencia que se insinúa entre una lectura «política» y una lectura «moral» es que la primera, a diferencia de la segunda, es políticamente partisana. Esta distinción es la que carece de sentido, porque no hay un punto arquimedeano desde el cual formular la lectura que permita reclamar para ella una imparcialidad distinta de la que es posible reclamar para una pretensión política. Por eso lo moral se disuelve en lo político, y por eso hablar de «lectura moral de la constitución» es lo mismo que hablar de «lectura política de la constitución». Esto no debe entenderse como un argumento en contra de la lectura «moral» (política) de la constitución. Al contrario, sólo aceptándola puede entenderse la idea de una constitución de un modo no formalista o estratégico¹³, (como «una norma difícil de modificar y nada más»). No tiene sentido entender las cláusulas contenidas en disposiciones escritas en «un lenguaje muy abstracto y amplio» como si fueran decisiones que interpretadas «técnicamente» pueden distribuir el código legal/ilegal¹⁴. Es evidente que el «sentido natural y obvio» de «igualdad» no es

¹³ Comentando la Constitución de Weimar, Carl Schmitt sostenía: «Los políticos de partido, en contra del primer proyecto de Hugo Preuss, han incorporado demasiadas cosas a la Constitución, particularmente a su Libro Segundo. Ahora bien, esto era absolutamente consecuente e inevitable dado el nivel de la teoría constitucional en aquel entonces. En efecto, cuando de un modo formalista se equipara la constitución con la norma legal formulada en la constitución, definiéndose esta última, a la manera formalista, como “una ley difícilmente alterable, y nada más”, es natural que todos aprovechen la oportunidad que se les ofrece de hacer difícilmente modificable aquella que les interesa de veras» (Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, 63).

¹⁴ El lenguaje del derecho constitucional no es un lenguaje técnico, y sus tecnicismos (cuando los tiene) se demuestran a poco andar insuficiente. Ello porque «todas las áreas del derecho, incluyendo el derecho constitucional, usan dispositivos y categorías especiales inventadas en un esfuerzo de disciplinar los principios abstractos por referencia a un vocabulario

suficiente para determinar el contenido del artículo 19 N° 2 de la constitución chilena. La lectura «moral» (política), como Dworkin ha mostrado en contra de comprensiones originalistas de la constitución, es inevitable: cualquier posición sobre cómo ha de ser interpretada la constitución supone, de modo más o menos explícito, la lectura «moral» (política).

Una conclusión importante de esta tesis es que las interpretaciones constitucionales tienen «finales felices». Sus críticos, dice Dworkin, suelen objetar

que los resultados que creo que se siguen de la lectura moral, en particular para casos constitucionales, mágicamente coinciden con las posiciones políticas que yo personalmente favorezco. Como algún comentarista ha dicho, mis argumentos siempre parecen tener finales felices. O al menos, finales liberales — mis argumentos parecen apoyar las decisiones de la Corte Suprema que son en general entendidas como decisiones liberales, y rechazar, como errores, las que generalmente son vistas como decisiones conservadoras. Esto es sospechoso, se dice, porque yo insisto en que el derecho es diferente de la moral, y que la integridad jurídica a menudo impide que un abogado encuentre en el derecho lo que quiere encontrar en el derecho. ¿Por qué, entonces, es la Constitución americana, como yo la entiendo, un triunfo tan uniforme del pensamiento liberal contemporáneo?¹⁵

Esta es una objeción importante, a la que veremos que Dworkin no hace justicia. Su primer reacción es simplemente negarla: «es un error asumir que yo creo que la constitución es exactamente lo que yo quisiera que fuera»¹⁶. Pero esta respuesta simplemente negativa debe ser desechada. Para comenzar, la objeción no necesita ser formulada tan estrictamente como lo hace Dworkin (=que la constitución es exactamente lo que él cree que debe ser). Basta una formulación menos exigente, conforme a la cual, en todo lo constitucionalmente importante, hay coincidencia substantiva entre la constitución interpretada por Dworkin y las creencias substantivas de Dworkin.

técnico. Los principios se resisten a esa disciplina, sin embargo, y los dispositivos técnicos tienen una vida finita – a veces muy corta» (Dworkin, *Freedom's Law*, 35). El punto de Dworkin aquí es que categorías formales como las de «strict scrutiny», «rational basis review» e «intermediate scrutiny», en particular en relación con la categoría formal adicional de «clases sospechosas» (que se aplica en el derecho norteamericano a toda decisión que hace diferencias entre personas por razones «sospechosas», el paradigma de las cuales es la raza), aun cuando en su momento pueden haber sido formas adecuadas de dar operatividad a la cláusula de igual protección etc., colapsan ante programas, por ejemplo, de acción afirmativa (colapsan, desde luego, sólo para el defensor de esos programas; para el crítico las categorías no colapsan, sino precisamente al contrario: muestran su utilidad para identificar «técnicamente» la inconstitucionalidad de esos programas). Nótese el esfuerzo de Dworkin por mostrar la continuidad entre el derecho constitucional y el resto de las áreas del derecho. Pero no concuerda con la experiencia jurídica la idea de que los principios constitucionales y los principios del derecho penal y del derecho civil, por ejemplo, se resisten *igualmente* a la disciplina que la forma del derecho requiere. Como hemos visto, hay una relación bastante evidente entre construcción dogmática y apelación directa a principios: en general, mientras más dogmáticamente urbanizada un área del derecho menor es la relevancia de la apelación desnuda a los principios.

¹⁵ *Ibid.*, 36.

¹⁶ *Ibid.*

Dworkin cree que puede negar que esto último sea el caso. Pero la forma en que niega esto es instructivamente insuficiente:

mis argumentos en ningún caso apoyan siempre personas o actos o instituciones que yo admiro o apruebo. La parte II [de *Freedom's Law*] defiende a los pornógrafos, a los que queman banderas o marchan por los Nazis, y la parte I defiende un derecho general al aborto, aunque yo creo, por razones que he descrito en otro libro, que incluso el aborto temprano es a menudo un error ético. Tampoco leo la constitución de modo que contenga todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, defiende una teoría de la justicia económica que requiere una redistribución substancial de la riqueza en sociedades políticas ricas. Algunas constituciones nacionales intentan estipular un grado de igualdad económica como un derecho constitucional, y algunos abogados americanos han sostenido que nuestra constitución puede ser entendida en ese sentido. Pero yo no; al contrario, he insistido en que la integridad impediría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas del *Bill of Rights*, o ⁽⁹⁾ de cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado¹⁷.

80

El primer grupo de casos (pornógrafos, etc.) debe ser desechado de entrada, porque aquí paradójicamente Dworkin comete el error característico de los críticos del liberalismo. En efecto, identifica incorrectamente su propia convicción. Lo que sus convicciones relevantes en esta materia sobre la justicia (es decir, aquellas por referencia a las cuales ha de juzgarse si sus interpretaciones constitucionales reflejan o no sus convicciones) exigen no es que haya pornografía ni que las banderas sean quemadas o que haya marchas en apoyo a los Nazis o que las mujeres aborten cada vez que puedan, sino que el derecho debe abstenerse de prohibir esas conductas de modo que ellas puedan ser expresión de la manera en que cada individuo decide construir su propia vida. ¡Es extraño tener que explicar esto a un liberal! El segundo caso es un mejor ejemplo. Pero la posición que Dworkin reporta sostener¹⁸ funciona en el sentido incorrecto. En efecto, no se trata de que todo lo que Dworkin crea que la justicia exige sea imputable a la constitución, sino al revés: que la constitución (en la interpretación de Dworkin) es un subconjunto de su moralidad política (es evidente que hay opiniones de Dworkin sobre la justicia que no son parte de la constitución: presumiblemente, él podrá pensar, por ejemplo que es de justicia decir la verdad, pero que la constitución no contiene un principio al respecto). En todo caso, sin embargo, el hecho de que Dworkin declare en 1996 que no puede encontrarse en la constitución americana fundamento para un derecho a algún grado de igualdad substantiva puede ser explicado por un déficit imaginación

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ No hay aquí referencias a los escritos en los cuales constan las opiniones que ahora Dworkin reporta, aunque presumiblemente se refiere a Dworkin, *Sovereign Virtue*.

institucional explicado a su vez por consideraciones de oportunidad política, por lo que es útil o necesario en el contexto político en el que se hace esa declaración.

Pero no es necesario detenerse más en este punto, porque Dworkin cree que la verdadera respuesta a la objeción puede concederla y volverla contra el crítico mostrando que en realidad no es una objeción:

aunque la objeción supone equivocadamente que yo encuentro en la constitución exactamente lo que yo quiero encontrar, quiero principalmente resistirme a la otra premisa de la objeción: que es un problema para la lectura moral que quienes la acepten se encuentren con que sus viajes constitucionales tienen finales felices [...] Es de la naturaleza de la interpretación jurídica — no sólo aunque particularmente de la interpretación constitucional — buscar finales felices¹⁹.

Que Dworkin no haya podido mostrar que la constitución no es lo que él cree que debería ser, conforme a este segundo argumento, no refuta sino confirma la lectura moral. Lo extraño aquí es la presentación sucesiva de ambos argumentos. ¿Cómo compatibilizar la tesis de que no es verdad que sus propios viajes constitucionales tengan finales felices con la tesis de que los finales felices son el resultado natural de la interpretación jurídica (particularmente la constitucional)? De acuerdo a la segunda idea, cada caso en que no hay final feliz es un fracaso de la interpretación; conforme a la primera, muestra que la interpretación es interpretación y no declaración de la voluntad del que se pretende intérprete.

La pretensión de que ambas defensas son compatibles es la pretensión de que la lectura «moral» de la constitución es en algún sentido, más imparcial que una lectura «política» de la constitución, y que por eso ella es compatible con la aplicación judicial de la constitución: es la pretensión de que encargarles a jueces que interpreten «moralmente» la constitución es algo distinto a que decidan como ciudadanos conscientes. Pero esto es una ilusión, como lo muestra aquí el fracaso de la primera respuesta de Dworkin.

VI. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVICCIÓN PERSONAL

Su respuesta real, entonces, es aceptarla. Pero al hacerlo, al explicar por qué no es problemático que los viajes interpretativos tiendan a los finales felices Dworkin transforma la objeción, trivializándola:

La lectura moral fomenta que abogados y jueces lean una constitución abstracta a la luz de lo que ellos entienden que es la justicia. ¿Cómo si no podrían responder los problemas morales que la

¹⁹ Dworkin, *Freedom's Law*, 36, 38.

constitución abstracta les plantea? No es sorprendente ni ridículo ni sospechoso que una teoría constitucional *refleje una posición moral*. Sería sorprendente y ridículo si no lo hiciera. Sólo una forma increíblemente cruda de positivismo jurídico podría producir ese tipo de aislamiento. El texto y la integridad actúan como limitaciones importantes, como he enfatizado a través de esta discusión. Pero esas limitaciones dan forma y limitan el impacto de consideraciones de justicia, no eliminan ese impacto²⁰.

81 La objeción, recuérdese, era que la constitución (interpretada por Dworkin) siempre decía lo que Dworkin quería que dijera, de modo que no había distancia entre lo que la constitución dispone y lo que Dworkin cree que es justo, cuando ella es interpretada por Dworkin. Pero ahora Dworkin la ha transformado en una objeción distinta, una que puede ser (*) respondida con la observación trivial (trivial a estas alturas en buena parte debido al impacto de su propia obra anterior) de que las convicciones del intérprete sobre la justicia tienen *algún impacto* en la interpretación jurídica. Es verdad que sólo una forma extraordinariamente cruda de positivismo jurídico podría proveer «ese tipo» de aislamiento del razonamiento jurídico (uno que se mantiene fiel a la tesis (I) de Hart). Pero no es ese tipo de aislamiento el que está bajo discusión. Lo que está bajo discusión es si hay algo que pueda proveer *algún* aislamiento del razonamiento jurídico. Cuando lo que está en cuestión es si «el texto y la integridad» son «constreñimientos» con *alguna* relevancia interpretativa (es decir, si ellos excluyen alguna interpretación que sin ellos sería políticamente deseable), todo lo escrito por Dworkin en *Law's Empire* acerca de la relevancia de la dimensión de *fit* (distinguida de la dimensión de *value* de la interpretación) deviene vacío en sus propios términos si Dworkin no es capaz de producir algún caso (políticamente relevante) en que haya alguna diferencia entre lo que la constitución dispone y lo que de acuerdo a las teorías liberales de Dworkin debería disponer. La constitución se hace irrelevante (por superflua), porque la interpretación constitucional no es sino discusión sobre justicia política.

Nótese que la observación anterior no supone que la dimensión de *fit* es una dimensión pre-interpretativa, independiente de las convicciones políticas del intérprete, que limita el rango de interpretaciones posibles de acuerdo a la dimensión de *value*, como si *fit* y *value* fueran dos etapas de la interpretación de modo que la primera pudiera ser completada antes de que comenzara la segunda. Dworkin siempre ha negado esto, y con buenas razones:

El constreñimiento que *fit* impone sobre la substancia, en cualquier teoría operativa, es [...] el constreñimiento de un tipo de convicción política sobre otra en el juicio global mediante el cual la

²⁰ *Ibid.* (destacado agregado).

interpretación hace del registro político el mejor que puede ser [...] No es el constreñimiento de hechos externos o del consenso interpersonal. Es el constreñimiento estructural de diferentes tipos de principios dentro de un sistema de principios, lo que no lo hace menos genuino²¹.

El constreñimiento que impone la dimensión de *fit* es manifestación de la lealtad del intérprete con la comunidad política de la cual el derecho es la voz, y por eso es sensible a las convicciones políticas en las cuales esa lealtad descansa. Algunos críticos de Dworkin han sostenido que esto implica que el constreñimiento de la dimensión de *fit* es falso, porque no puede operar como una dimensión limitativa de las interpretaciones posibles si no es independiente del contenido substantivo de la interpretación²². Esta objeción es incorrecta²³. Todo el punto de Dworkin en *Law's Empire* era mostrar que la idea de interpretación no requiere una comprensión de la dimensión de *fit* más exigente que ésta; que pese a que ella no es un constreñimiento externo al proceso interpretativo, todavía puede decirse que no carece de contenido:

Quienquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la historia política de su comunidad a veces limitará sus otras convicciones políticas en cuanto a su juicio interpretativo global. Si no lo hace — si su umbral de *fit* es completamente derivativo y ajustable a sus convicciones sobre la justicia, de modo que las últimas automáticamente constituyen una interpretación elegible — entonces no puede reclamar de buena fe estar interpretando su práctica jurídica. Como el novelista en cadena cuyos juicios de *fit* automáticamente se ajustarán a sus opiniones literarias substantivas, actúa con mala fe o auto-engaño²⁴.

En otras palabras: sólo bajo el supuesto de que hay alguna distinción entre escribir un capítulo nuevo y comenzar una nueva obra, entre determinar qué es lo que la justicia exige y que es lo que el derecho exige, es que la idea de interpretación tiene sentido. Asegurar (aunque de modo ingenuo) esta condición era la función de la proposición (I) que Hart tomó, como hemos visto, de escépticos y formalistas: sólo es derecho lo que puede ser identificado, tanto en cuanto a su existencia como a su contenido, por referencia a hechos sociales, lo que puede ser aplicado sin ponderación. Una de las cuestiones más importantes que se siguen del argumento de *Law's Empire* es que este modo de explicar teóricamente las condiciones de posibilidad de la interpretación del derecho es incorrecta en sus términos e innecesaria. Pero el problema ahora no es el de cuáles son las condiciones de

²¹ Dworkin, *Law's Empire*, 257.

²² Como lo supone, por ejemplo, la objeción de Finnis, «The authority of law».

²³ Porque en la medida en que no es una crítica que asume la existencia de un concepto puramente «semántico» del derecho debe ser a su vez una tesis interpretativa que descansa en las convicciones políticas del intérprete (véase *Law's Empire*, 260). Respecto de éstas, entonces, no hay escapatoria.

²⁴ *Ibid.*

posibilidad de la interpretación jurídica como práctica social, sino de si ellas se cumplen en el caso de la interpretación constitucional. Y la lectura moral de la constitución niega precisamente esto.

Pero Dworkin no quiere llegar a esta conclusión, y para eso, como hemos visto, reinterpreta la objeción. Ésta, en los términos del párrafo anterior, es que en la interpretación de la constitución la distinción que hace posible la interpretación jurídica es insostenible, y que la lectura «moral» de la constitución explicita eso. Lo que Dworkin debe mostrar es que esa lectura de la constitución no es una lectura, en los términos de *Law's Empire*, de mala fe o con auto-engaño. Para eso tiene que mostrar que sus convicciones políticas pueden en principio ser erradas en términos de interpretación constitucional. El problema, entonces, no es que la «opinión constitucional sea sensible a la convicción política»²⁵, como incorrectamente Dworkin describe la objeción, sino que la primera sea *reducible* a la segunda. Si la opinión constitucional es no sólo *sensible*, sino *reducible* a la convicción política, entonces no hay espacio para entender la interpretación constitucional como interpretación jurídica.

El positivismo al que Dworkin ha atacado todos estos años ha insistido siempre en la necesidad de distinguir las convicciones del intérprete de lo que el derecho efectivamente es. Precisamente por esto, insiste en que el derecho necesita poder ser identificado con independencia de sus características morales (la «tesis de las fuentes», la premisa implícita de Hart en el capítulo VII). En otras palabras, ese positivismo cree que si las convicciones morales del intérprete tienen algún impacto en la interpretación, es inevitable que la interpretación sea reducible a las convicciones del intérprete, porque cree que no hay diferencia entre decir que la interpretación es *sensible* a las convicciones morales del intérprete y decir que ella es *reducible* a dichas convicciones.

Sorprendentemente, ahora nos encontramos con que Dworkin sostiene esta misma tesis, aunque partiendo desde el punto opuesto: la tesis de que la interpretación es reducible a las convicciones morales del intérprete es defendiendo la tesis de que la interpretación es sensible a esas convicciones. La tesis de *Law's Empire* era que la interpretación es *sensible* pero no *reducible* a las convicciones morales del intérprete. Y contra esa tesis parecen ahora unirse el positivista y el Dworkin de *Freedom's Law*.

La cuestión ahora es: ¿por qué la interpretación de la constitución es reducible a la convicción? ¿Qué hace que la interpretación constitucional lo sea y no lo sea la interpretación de la ley? La respuesta está en la función democrática de la constitución como condición del autogobierno.

²⁵ *Ibid.*

(*) Notoriamente, Dworkin no formula así su argumento, que descansa sólo en el hecho de que las cláusulas constitucionales relevantes son «extremadamente abstractas». Quizás esta manera de fundar el argumento cumple la función de mostrar que la lectura «moral» de la constitución no es una tesis sobre interpretación constitucional, sino una aplicación a la constitución de una tesis sobre la interpretación jurídica en general (después de todo, hay cláusulas legales que también son abstractas en el mismo sentido que la enmienda XIV). Pero esto traiciona el programa fijado en *Law's Empire*: el derecho como integridad, entendido desde *Freedom's Law*, es incompatible con la legislación. Si la dimensión constitutiva de la constitución no es lo que explica la lectura «moral», si no hay distinción entre interpretación de la ley e interpretación de la constitución, si la tesis de la lectura moral de la constitución implica (o es implicada por) la tesis de la lectura moral de la legislación, la diferencia entre lo que (yo creo que) la comunidad política debe haber decidido y lo que ella ha decidido desaparece radicalmente. Entonces la interpretación jurídica no es sino el intento de imponer mi voluntad, disfrazada de interpretación de un derecho que pretende ser común, a los demás.

VII. CONCLUSIÓN: ¿LA LECTURA MORAL DEL DERECHO?

Paradójicamente, es en la obra de Dworkin donde se encuentra el argumento más importante en contra de la pretensión neoconstitucionalista de que la constitución es derecho en el mismo sentido en el que la ley lo es. Dicho argumento no es uno que apela inmediatamente a la idea democrática, como en las versiones más toscas de la «objeción contra-mayoritaria». Apela al sentido del derecho, como una práctica que provee a ciudadanos con convicciones e intereses en conflicto de un espacio común donde reconocernos como iguales. Dicho espacio es común precisamente porque el derecho muestra alguna autonomía respecto de lo político. Nótese que «autonomía» no necesita significar «radical aislamiento». Es parte de lo que debe ser reconstruido como explicación del sentido del derecho cuál es la forma de esa autonomía y sus límites. La tesis ahora es que cualquier explicación de ese sentido debe dar un lugar importante a la idea de que, en algún sentido, el derecho hace posible un espacio libre de política.

¿En qué sentido ese espacio es necesario para las instituciones democráticas? La respuesta está en el *Leviatán*, de Hobbes:

Quando los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que los todos demás reclaman e invocan a la verdadera razón como juez, pretenden que se determinen las cosas no por la razón de otros hombres, sino por la suya propia. No hacen, entonces, otra cosa tales hombres sino tomar como

razón verdadera en sus propias controversias las pasiones que les dominan, revelando su carencia de verdadera razón con la demanda que hacen de ella²⁶.

La tesis de la lectura moral es incompatible con la autonomía del derecho, porque la tesis explícitamente disuelve la distinción entre lo que es jurídicamente el caso y lo que es políticamente conveniente u oportuno que sea jurídicamente el caso. La defensa de la autonomía del derecho, entonces, debe asumir una de dos posibilidades: la negación de la tesis neoconstitucionalista, que ve en la constitución una ley suprema pero ley al fin, o la negación de la lectura moral. Como por definición la primera opción no está abierta para el neoconstitucionalismo, éste se ve forzado a elegir: o la negación de la lectura moral de la constitución, lo que traiciona la idea democrática de constitución, o la negación de la autonomía del derecho. *Tertium non datur*.

¿Es sin embargo, verdad que *tertium non datur*? Aquí volvemos al comienzo, a la tesis de la distinción entre reglas y principios. Hemos visto reiteradamente cómo Dworkin se niega a aceptar que hay discontinuidad entre la interpretación de la constitución y la interpretación de la ley. Para él la diferencia entre ambas formas de interpretación es puramente cuantitativa, y se explica sólo por la mayor «abstracción» de las normas constitucionales. Podríamos decir que la diferencia entre la interpretación de la ley y la interpretación de la constitución es la diferencia entre la interpretación de un texto legal integrado predominantemente por reglas y uno integrado predominantemente por principios. En otras palabras, nada de lo que hemos estado hablando se explica por la peculiaridad de la constitución, que no hace sino mostrar de modo más claro lo que caracteriza también la interpretación de la ley. Como hemos visto, esto implica, a mi juicio, una mala teoría de la interpretación de la ley, que no puede sino devenir pragmatista. Esta salida al problema que el neoconstitucionalista enfrenta es una realidad sólo aparente, porque descansa en la negación pura y simple de la autonomía del derecho (la autonomía que la interpretación de la ley parece tener es un caso de falso engaño, porque la interpretación de la ley es, en lo relevante, sustancialmente idéntica a la interpretación de la constitución, que carece de dicha autonomía). La solución, y lo que en nuestras condiciones es urgentemente necesario, es la elaboración de una teoría de la interpretación de la ley en el espíritu que antes habíamos descubierto en *Law's Empire*, pese a que Dworkin mostro no estar a la altura de ella: una que estuviera libre de la idea formalista de que la ponderación es incompatible con el razonamiento jurídico, pero que para hacerlo no esté (*) dispuesta a pagar el precio de la autonomía del derecho. Quienes representan la mejor tradición del positivismo jurídico defendieron la autonomía del derecho por la vía de excluir de su identificación y aplicación la

83

²⁶ *Leviatán*, 33.

ponderación (la tesis (I) del capítulo VII del libro de Hart); Dworkin ya ha mostrado que esta vía es estéril. Pero lo que hemos visto es que la nueva pretensión dworkiniana parece darles la razón a esos positivistas, porque lo que ellos vieron que era la consecuencia de negar la tesis (I) parece haberse producido. En términos del capítulo VII, entonces, Dworkin ahora parece asumir la posición del escéptico. Pero esto mostraría que Dworkin, después de todo, comparte la tesis: o las reglas existen como (I) pretende, o la interpretación y aplicación del derecho no es sino la determinación de lo que es moralmente (políticamente) correcto o conveniente.

De modo sorprendente, entonces, tenernos que terminar diciendo: contra Hart y el Dworkin de la lectura moral del derecho, es necesario recuperar el programa original, el que inspirara *Law's Empire*, y mostrar que la tesis (I) es correcta; que es posible una comprensión de la interpretación jurídica que no disuelve el derecho en su lectura moral y que para eso no necesita negar toda forma de ponderación.

REFERENCIAS

Atria, F: *On Law and Legal Reasoning* (Oxford, Hart Publishers, 2002).

——— «La ironía del positivismo jurídico» 28 *Doxa* (2005).

Bentham, J: *Justice and Codification Petitions*, en Bowring (ed): *Collected Works of Jeremy Bentham*, vol. v (Edinburgh: William Tait, 1843; ed. orig. 1827).

Dworkin, R: «The forum of principle», en id, *A Matter of Principle* (Oxford: Clarendon Press, 1985), pp. 33-71.

——— «Political judges and the rule of law» en id, *A Matter of Principle* (Oxford: Clarendon Press, 1985), pp. 9-32.

——— *Law's Empire* (London: Fontana, 1986).

——— *Freedom's Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996).

——— *Sovereign Virtue* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002).

——— «Hart's postscript and the character of political philosophy», en id, *Justice in Robes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006), pp. 140-186.

Ely, J. H: *Democracy and Distrust* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980).

Finnis, J: «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory», en *I Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* (1984): 115-137.

Hart, H. L. A: *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994).

Hobbes, T: Leviatán (México: Fondo de Cultura Económica, 1980; ed. orig. 1651).

Lacey, N: A Life of H L A Hart. The nightmare and the noble dream (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Schmitt, C: Teoría de la Constitución (Madrid: Alianza, 1992).

——— La Defensa de la Constitución (Barcelona: Labor, 1998).