

SHAPIRO, Scott. “El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos” (trad. Mariano Melero de la Torre). En: Melero de la Torre, Mariano (ed.), *Dworkin y sus críticos*, Valencia: Tirant lo Blanche, 2012, pp.143-194

El debate “Hart-Dworkin”: Una breve guía para perplejos

SCOTT J. SHAPIRO

Durante las últimas cuatro décadas, la filosofía del derecho angloamericana ha discutido —algunos dirían obsesivamente— en torno a algo llamado “el debate Hart-Dworkin”. Desde la aparición en 1967 de “The Model of Rules I”, que recogía los inicios de la crítica de Ronald Dworkin a la teoría del positivismo jurídico de H.L.A. Hart, se han escrito un sinnúmero de libros y artículos, bien en defensa de Hart frente a las objeciones de Dworkin, bien en apoyo de Dworkin frente a los defensores de Hart¹. Recientemente, el entusiasmo por este debate ha aumentado considerablemente, sin duda a causa de la publicación de la segunda edición de *The Concept of Law*, donde aparece póstumamente en forma de epílogo la respuesta que Hart había elaborado tiempo atrás a las críticas de Dworkin. Como era de esperar, dicho epílogo generó un vigoroso debate entre los que argumentaban que Hart se equivocaba al responder a Dworkin de la forma en que lo hizo² y los que respondían que tales críticas a Hart carecían de fundamento³.

¹ R. Dworkin, “The Model of Rules I”, incluido en *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977).

² Véase S.J. Shapiro, “On Hart’s Way Out”, en J. Coleman (ed.) *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to “The Concept of Law”* (Oxford: Oxford University Press, 2001); “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory* 6 (2000): 127 ss.; J.L. Coleman, “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, in *Hart’s Postscript*.

³ Véase K.E. Himma, “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 6 (2000): 1 ss.; W.J. Waluchow, “Authority and the Practical

En este ensayo no tomaré postura en la polémica sobre la respuesta de Hart a Dworkin. En realidad estoy interesado en una cuestión más preliminar, a saber, determinar cuál es el asunto básico del debate. Mi principal preocupación será, pues, identificar la cuestión central en torno a la cual se articula el debate Hart-Dworkin. ¿Se discute si el derecho contiene principios *además de* reglas? ¿O lo que importa es si los jueces tienen discrecionalidad en los casos difíciles? ¿Versa la discusión sobre la forma adecuada de interpretar textos legales en el sistema jurídico estadounidense? ¿O trata más bien sobre la mera posibilidad de una teoría conceptual del derecho?

Para localizar el meollo del debate, examinaré con alguna extensión las principales estrategias argumentativas de cada parte para defender su causa. Comenzaré, pues, explorando la caracterización y crítica que hace Dworkin del positivismo de Hart, para a continuación presentar las réplicas de Hart y sus seguidores. Mi esperanza es que aclarando la estructura básica de este debate, seamos capaces no sólo de explicar por qué los filósofos del derecho han estado obsesionados con él, sino también de determinar la dirección más provechosa en la que debería proseguir en el futuro.

Existen varias razones por las que no resulta una empresa fácil capturar la esencia de un debate filosófico. En primer lugar, como en cualquier otro tipo de debate, los participantes pueden no estar de acuerdo sobre lo que están discutiendo. Puede ocurrir que una parte crea que el asunto en disputa es si X es verdad, mientras la otra supone que están discutiendo si Y es verdad. El debate Hart-Dworkin empezó manifiestamente de este modo. En "The Model of Rules I", Dworkin afirmó que la discrepancia entre él y Hart

Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory* 6 (2000): 45 ss.; M. Kramer, "How Morality Can Enter Into the Law", *Legal Theory* 6 (2000): 83 ss.; M. Kramer, "Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law: Further Reflections", *Legal Theory* 8 (2002): 115 ss.

giraba en torno a si el derecho es un modelo de reglas. Sin embargo, esta formulación del debate no es exacta —y ha desencaminado a muchas generaciones de estudiosos del derecho— porque, como ahora se reconoce de manera general, Hart nunca ha afirmado que el derecho fuera simplemente un modelo de reglas (en el sentido en que Dworkin emplea esta palabra), ni está comprometido con esta posición⁴.

En segundo lugar, los debates filosóficos son difíciles de caracterizar porque, a diferencia de los debates formales, no tratan generalmente sobre un único tema. En filosofía, todo está finalmente conectado con todo; las controversias filosóficas tienden a vagar por cuestiones muy diferentes, aunque en última instancia relacionadas. Así, el debate Hart-Dworkin abarca temas tan dispares como la existencia de la discrecionalidad judicial⁵, el papel de los argumentos políticos en la aplicación judicial del derecho⁶, los fundamentos ontológicos de las reglas⁷, la posibilidad de una teoría

⁴ En el *Postscript*, Hart acepta alguna responsabilidad por la confusión: "Debemos elogiar a Dworkin por haber mostrado y explicado la importancia de los principios jurídicos y su papel en el razonamiento jurídico, y ciertamente fue un serio error por mi parte no haber subrayado su fuerza no conclusiva" H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P. Bulloch y J. Raz eds. (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 263. Aun así, desautoriza la interpretación que hace Dworkin de su concepción: "Pero, sin duda, con mi uso de la palabra 'regla' no pretendía decir que los sistemas jurídicos contienen únicamente estándares 'todo o nada' o reglas cuasi-conclusivas."

⁵ Compárese Dworkin, "Judicial Discretion", *Journal of Philosophy* 60 (1963): 624 ss. y "Model of Rules I" con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, cap. 7.

⁶ Compárese "Hard Cases" de Dworkin en *Taking Rights Seriously* con *The Concept of Law* de Hart, *supra* nota 4, pp. 128-36; Kent Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", *Columbia Law Review* 75 (1975): 359 ss.

⁷ Compárese Dworkin, "The Model of Rules II", incluido en *Taking Rights Seriously* con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, pp. 55-7 y 254-9.

jurídica descriptiva⁸, la función del derecho⁹, la objetividad de los valores¹⁰, la vaguedad de los conceptos¹¹, y la naturaleza de la inferencia jurídica¹².

En tercer y último lugar, los debates filosóficos son difíciles de representar porque son blancos móviles. Los filósofos son defensores increíblemente ágiles y tienden a cambiar sus posiciones para acomodar las objeciones de sus oponentes. La crítica al positivismo jurídico que Dworkin ofreció en 1967, por ejemplo, difiere enormemente de la que presentó en 1986. Cualquier descripción debe, por tanto, intentar capturar esta fluidez tratando el debate como

⁸ Compárese Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), caps. 1 y 2; S. Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1995); y J. Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism", en *Hart's Postscript* con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, cap. vi, pp. 248-50 y J. Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

⁹ Compárese Dworkin, *Law's Empire*, p. 93 con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, p. 249.

¹⁰ Compárese Dworkin, "On Interpretation and Objectivity", en *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), *Law's Empire*, pp. 76-86, y "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996): 87 ss. con Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), pp. 139-40, y "Legal Duty and Obligation", en *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), pp. 149, 159.

¹¹ Compárese Dworkin, "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" incluido en *A Matter of Principle*, y "On Gaps in the Law", en Neil MacCormick y Paul Amselk (eds.), *Controversies about Law's Ontology* (Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991) con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, pp. 123-36, J. Raz, "Legal Reasons, Sources, and Gaps", en *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), y Timothy Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford: Clarendon Press, 2000), esp. caps. 4 y 8.

¹² Compárese Dworkin, "Model of Rules I", p. 41 y "Model of Rules II" con Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, caps. 5 y 6.

una entidad en evolución que se adapta con el tiempo a las presiones racionales venidas de fuera y de dentro.

A pesar de estas complicaciones, creo que hay una importante unidad en el debate Hart-Dworkin que puede describirse de un modo relativamente sencillo. Sugeriré en lo que sigue que el debate está organizado en torno a una de las cuestiones más profundas en filosofía del derecho, a saber, la relación entre legalidad y moralidad. La estratégica básica de Dworkin en el curso entero del debate consiste en sostener que, de un modo u otro, la legalidad se determina finalmente no sólo por hechos sociales, sino también por hechos morales. En otras palabras, la existencia y el contenido del derecho positivo están determinados, en un análisis final, por la existencia y el contenido de la ley moral. Esta tesis desafía directamente, y amenaza con derrumbar, la descripción positivista de la naturaleza del derecho, en la que la legalidad no se determina nunca mediante la moral, sino siempre mediante la práctica social. Pues si los jueces, para decidir qué requiere el derecho, deben considerar qué exige la moral, entonces los hechos sociales no pueden determinar, por sí solos, el contenido del derecho. Como es obvio, la respuesta de Hart y sus seguidores sostiene que esta dependencia de la legalidad respecto de la moralidad, o bien es meramente aparente, o bien no socava, en la práctica, las bases sociales del derecho y los sistemas jurídicos.

Dado que el debate Hart-Dworkin es, como señalé anteriormente, una entidad dinámica, también intentaré mostrar cómo Dworkin modificó su crítica para esquivar las respuestas de los seguidores de Hart. Sin embargo, como veremos, apenas se ha prestado atención a este último desafío, lo cual es especialmente sorprendente si tenemos en cuenta que ninguna de las defensas positivistas previas había sido certera. Mi propósito en la última parte de este trabajo no se limitará a defender el positivismo, sino también a mostrar por qué es importante defenderlo. Argumentaré que la

primacía que el positivismo atribuye a los hechos sociales refleja una verdad fundamental sobre el derecho: que las normas jurídicas guían la conducta a través de la resolución prescriptiva de cuestiones morales y políticas. En definitiva, los hechos morales no pueden determinar el derecho, como demostraré, porque perturbarían las cuestiones mismas que el derecho trata de resolver.

1. LA CRÍTICA INAUGURAL

Sean cuales fueren los demás temas del debate Hart-Dworkin, éste trata al menos sobre la validez de la versión del positivismo jurídico que defiende Hart. Para entender, pues, el debate debemos primero examinar cómo caracterizó Dworkin sus posicionamientos básicos. Una vez que hayamos establecido esto en la Sección A, veremos la primera crítica de Dworkin a dicha teoría en la Sección B.

A. Tres tesis

En "The Model of Rules I", Dworkin establece las tres tesis con las que, en su opinión, Hart y la mayoría de los iuspositivistas están comprometidos.

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales [...] [que] pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no tienen que ver con su contenido, sino con su pedigrí o con el modo en que fueron adoptadas o en que evolucionaron.

b) El conjunto de estas reglas legales válidas agota el concepto de "derecho", de modo que si el caso de alguien no está claramente cubierto por tales reglas (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas, o por alguna otra razón) entonces dicho caso no se puede decidir "aplicando el

derecho". Ha de ser, pues, decidido por algún funcionario, como un juez, que "ejerza su discrecionalidad".

c) Decir que alguien tiene una "obligación jurídica" equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una regla jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga¹³.

Dado que esta descripción de la teoría de Hart es bastante peculiar, parece oportuno detenernos en ella por un momento.

Lo primero que llama la atención respecto de la primera proposición, a la que podemos llamar la "tesis del pedigrí", es que aunque Dworkin se refiere a ella como un compromiso singular, de hecho es una afirmación compuesta. La parte inicial afirma que en cualquier comunidad con un sistema jurídico existe una regla maestra para distinguir qué es y qué no es derecho. La última parte establece una importante restricción sobre esta regla maestra: sus criterios de legalidad sólo pueden incluir hechos sociales —en particular, si la regla tiene el "pedigrí" u origen social apropiado—. Dicha regla puede, por ejemplo, exigir que las normas relacionadas con cierta materia sean promulgadas únicamente por el legislativo mediante mayoría, o puede reconocer, a este respecto, las acciones de otros cuerpos, como los tribunales de justicia o las agencias administrativas. La regla maestra de cualquier sistema jurídico no puede establecer, sin embargo, criterios de legalidad que se refieran a propiedades morales de la norma o que exijan para su aplicación el ejercicio del razonamiento moral. Ninguna regla maestra puede, por tanto, condicionar la legalidad a la moralidad.

La intención de Dworkin con esta tesis es, obviamente, capturar la doctrina de Hart de la regla de reconocimiento¹⁴. Sin embargo, no está claro que lo consiga. Por ejemplo, Hart en ningún sitio im-

¹³ Dworkin, "The Model of Rules I", p. 17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

pone un requisito de pedigrí sobre la regla de reconocimiento; de hecho, en ciertos lugares, permite específicamente que los criterios de legalidad puedan referirse de manera explícita a consideraciones morales¹⁵. Pero además de ser demasiado fuerte, la tesis del pedigrí también es demasiado débil. Porque Hart afirma específicamente que la regla de reconocimiento es una regla "social", esto es, una convención entre jueces para tratar ciertas normas como prescriptivas. La tesis del pedigrí, sin embargo, no establece ningún requisito social sobre la regla maestra. Así, un test de legalidad podría satisfacer dicha tesis sin ser una regla de reconocimiento en el sentido de Hart.

La segunda tesis positivista afirma que el derecho consiste únicamente en reglas jurídicas. De este modo, si no existe ninguna regla jurídica que cubra claramente un determinado caso, o bien porque no hay ninguna regla aplicable, o bien porque la regla contiene términos vagos o ambiguos, entonces el juez no puede aplicar el derecho sino que debe ejercer su discrecionalidad para resolver el caso. Llamaremos a ésta la "tesis de la discrecionalidad". Por último, la tercera tesis es la contrapartida de la tesis de la discrecionalidad para la "obligación jurídica": afirma que las obligaciones jurídicas sólo se pueden generar por normas jurídicas. Denominaremos a ésta como la "tesis de la obligación".

Mientras la tesis del pedigrí se puede al menos reconocer como un compromiso matizable de la teoría de Hart, las tesis de la discrecionalidad y de la obligación no parece que se refieran a posiciones específicamente positivistas. Después de todo, ¿qué otra cosa es el derecho sino reglas? Y, ¿de dónde surge la obligación jurídica si no es de ellas? Para entender la naturaleza propia de las tesis de la discrecionalidad y de la obligación, debemos entender primero qué

¹⁵ Véase, por ejemplo, Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, p. 204.

entiende Dworkin por una "regla" y cómo las reglas difieren de otros estándares normativos que él llama "principios".

En la terminología de Dworkin, las reglas son estándares de "todo o nada"¹⁶. Cuando una regla válida es aplicable en un determinado caso, decimos que es conclusiva o, como diría un abogado, "dispositiva". Dado que las reglas válidas son razones conclusivas para la acción, no pueden entrar en conflicto entre sí. Si dos reglas se oponen mutuamente, entonces una de ellas no puede ser una regla válida.

Por el contrario, los principios no resuelven los casos a los que se aplican¹⁷. Ofrecen un apoyo justificativo a varios cursos de acción, pero no son necesariamente conclusivos. Los principios válidos, por tanto, pueden entrar en conflicto y lo hacen habitualmente. Más aún, en contraste con las reglas, los principios tienen "peso". Cuando los principios válidos se enfrentan, el método adecuado para resolver el conflicto es seleccionar la posición que viene respaldada por los principios de mayor peso relativo.

Dada la distinción lógica entre estos dos tipos de normas, podemos ver que las tesis de la discrecionalidad y de la obligación están lejos de ser triviales. La tesis de la discrecionalidad afirma que el derecho consiste únicamente en reglas jurídicas; en otras palabras, que ningún principio es un principio jurídico. Así mismo, la tesis de la obligación afirma que las obligaciones jurídicas únicamente pueden surgir a partir de reglas jurídicas. Allí donde no sean aplicables las reglas jurídicas, no existe obligación jurídica, y los jueces deben mirar necesariamente fuera del derecho para decidir el caso.

¹⁶ Dworkin, "The Model of Rules I", p. 24.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 25-7.

B. *Contra la discrecionalidad judicial*

En el "The Model of Rules I", Dworkin sostiene que el positivismo lógico, así caracterizado, no puede dar cuenta de la existencia manifiesta de principios jurídicos. La teoría de Hart, o cualquier otra explicación positivista, es un "modelo de y para un sistema de reglas"¹⁸ y, como tal, debe rechazarse.

Dworkin comienza su crítica afirmando que la tesis de la discrecionalidad no es plausible en tanto que ignora la multitud de casos donde los jueces se consideran a sí mismos vinculados al derecho, incluso cuando no hay ninguna regla claramente aplicable. En *Henningsen v. Bloomfield Motors*, por ejemplo, el tribunal tenía que decidir si una empresa de automóviles era responsable por los daños provocados como resultado de un defecto de fábrica, a pesar del hecho de que el demandante que sufrió dicho daño había firmado una exención de responsabilidad¹⁹. El tribunal no podía encontrar una regla explícita que autorizase a ignorar tal exención, pero no obstante dio la razón al demandante. En apoyo de su decisión el tribunal citó varios principios jurídicos, incluyendo aquél según el cual "la libertad de contrato no es una doctrina tan inmutable como para no admitir ninguna matización en el tema que nos ocupa"²⁰ y el de que "en una sociedad como la nuestra el fabricante de automóviles está bajo una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de coches"²¹. Estos principios, según el tribunal, eran de tal importancia que superaban los principios contrarios, relativos a la libertad de contrato, que militaban a favor de hacer efectiva la exención.

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹ 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960), discutido en Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 25-6.

²⁰ 32 N.J. 388, 161 A.2d 86.

²¹ 32 N.J. 387, 161 A.2d 85.

De acuerdo con Dworkin, *Henningsen* no fue una aberración. "Una vez que reconocemos los principios como un tipo especial de estándares, diferente de las reglas jurídicas, de pronto somos conscientes de que están por todas partes. Los profesores de derecho los enseñan, los libros de derecho los citan, los historiadores del derecho los celebran"²². De hecho, los principios jurídicos operan más visiblemente en los casos difíciles, donde guían y restringen la decisión judicial en ausencia de reglas jurídicas. El positivismo jurídico ignora la existencia de estos estándares precisamente porque sostiene, a través de la tesis de la discrecionalidad, que los casos como *Henningsen* no están regidos por el derecho. En otras palabras, el positivismo jurídico es únicamente un modelo de reglas.

Dworkin se cuida de aclarar que hay varios sentidos "débiles" en los que los jueces deben ejercer la discrecionalidad incluso en los casos difíciles²³, en el sentido de que tienen que usar su discernimiento al razonar a partir de los principios hasta las conclusiones jurídicas. Lo mismo ocurre, a veces, cuando su decisión es la última palabra en un determinado caso. Pero Dworkin rechaza que los jueces deban ejercer lo que él denomina discrecionalidad "fuerte", es decir, la idea de que han de buscar más allá del derecho y aplicar estándares extrajurídicos para resolver el caso en cuestión. Según él, una vez que reconocemos la existencia de principios jurídicos, queda claro que los jueces están vinculados a los estándares del derecho incluso en los casos difíciles.

C. *Contenido, no pedigree*

Según Dworkin, la ubicuidad de los principios jurídicos no sólo refuta la tesis de la discrecionalidad, sino que también desacredita

²² Dworkin, "Model of Rules I", p. 28.

²³ *Ibidem*, pp. 31-4.

la tesis del pedigrí, puesto que la legalidad de los principios depende, al menos en ciertas ocasiones, simplemente de su contenido.

El origen de los principios de *Henningsen* como principios jurídicos no se basa en una decisión particular 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. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados²⁴.

En tanto que el positivismo requiere que la legalidad esté en función únicamente del pedigrí, no puede dar cuenta de la existencia de principios como los que operan en *Henningsen*, cuyo reconocimiento jurídico está condicionado a la percepción moral de que, por ejemplo, es "justo establecer cargas especiales sobre oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas"²⁵.

Dworkin no afirma, por supuesto, que el pedigrí sea jurídicamente irrelevante. Concede que los principios jurídicos tienen usualmente respaldo institucional y que el hecho de tener dicho respaldo es crucial normalmente para su legalidad. "Es cierto que si alguien nos desafiara a justificar nuestra afirmación de que algunos principios son principios jurídicos, mencionaríamos cualquiera de los casos previos en los que los principios hubieran sido citados, o figurasen en el argumento [...] A menos que llegáramos a encontrar algún apoyo institucional de este tipo, probablemente no lograríamos demostrar nuestro caso"²⁶. Dworkin rechaza, sin embargo, que pueda encontrarse una regla maestra positivista que identifique los principios a partir de su apoyo institucional.

²⁴ *Ibidem*, p. 40.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

Para abogar por un principio en particular hemos de lidiar con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única "regla", por compleja que fuese, y si pudiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento, o sea la de una regla maestra bastante estable, que especifica "algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla se considera indicación afirmativa y concluyente de que es una regla"²⁷.

El argumento de Dworkin parece ser el siguiente: el impacto jurídico del apoyo institucional de un principio sobre su legalidad y su peso está, a su vez, determinado por principios, concretamente por aquellos que tienen que ver con las instituciones y su autoridad. Por ejemplo, que un juez deba o no reconocer los principios en *Henningsen* y, en caso afirmativo, cuánto peso les debe atribuir, depende de toda una constelación de principios relativos a la autoridad institucional de los tribunales en el *common law*, a sus relaciones con el legislativo, y a prácticas morales corrientes. Estos principios institucionales están respaldados por principios muy generales de moralidad política²⁸. Dworkin no cree que se pueda diseñar alguna regla que refleje adecuadamente el veredicto de todos estos principios políticos, presumiblemente porque las posibilidades que habría que tener en cuenta son infinitas. Más aún, estos principios y sus pesos fluctúan en el tiempo, según el grado de apoyo

²⁷ *Ibidem*, la cita de Hart está en *The Concept of Law*, *supra* nota 4, p. 94.

²⁸ Véase Dworkin, "Model of Rules I", p. 41: "Podemos decir, por ejemplo, que el uso que hacemos de los casos y las leyes previos viene apoyado por un análisis concreto de la esencia de la práctica legislativa, o la doctrina del precedente, o por los principios de la teoría democrática, o por una posición particular sobre la división adecuada de la autoridad entre instituciones locales y nacionales, o alguna cosa de este tipo".

institucional que recaben, por lo que cualquier regla maestra sería inestable.

Según Dworkin, por tanto, debemos rechazar la tesis del pedigrí por dos razones. En primer lugar, porque los principios jurídicos son a veces vinculantes para los jueces simplemente por sus propiedades morales intrínsecas y no por su origen. En segundo lugar, porque incluso cuando estos principios son vinculantes en virtud de su fuente, no es posible formular una regla estable que los seleccione a partir de su grado de respaldo institucional. De este modo, habiendo ajustado cuentas previamente con la tesis de la discrecionalidad, Dworkin concluye que debemos rechazar el positivismo jurídico como teoría adecuada del derecho.

2. LA CUESTIÓN

A menudo se critica a Dworkin por haber atribuido a Hart una concepción no plausible, a saber, que el derecho incluye únicamente reglas, nunca principios. Se suele aducir que cuando Hart habló de reglas jurídicas, no pretendía referirse únicamente a estándares de “todo o nada” que no pueden entrar en conflicto entre sí y que carecen de la dimensión de peso²⁹. Simplemente intentaba referirse a estándares que son vinculantes en un sistema jurídico particular y que tienen como función característica la orientación y la evaluación de la conducta.

²⁹ Véase, por ejemplo, Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal* 81 (1972): 823 ss.; Shapiro, “On Hart’s Way Out”, *supra* nota 2, p. 163; Leiter, “Beyond the Hart-Dworkin Debate”, *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 17 ss.; y Lyons, “Principles, Positivism ad Legal Theory”, *Yale Law Journal* 87 (1977): 415 ss. Véase también los comentarios de Hart en el Postscript a su *The Concept of Law*, como ya indiqué en la nota 5.

Pero estas críticas no son del todo justas. La atribución de Dworkin a Hart fue un ejercicio de, podríamos decir, interpretación caritativa. Según esta lectura, Dworkin no documentó nada de lo que Hart dijo; antes bien, intentó explicar la doctrina de Hart de la discrecionalidad fuerte atribuyéndole una concepción que él nunca expresó, pero que sin embargo sostuvo. Dworkin se preguntó, ¿por qué creyó Hart que los jueces no están vinculados por el derecho en los casos difíciles, a pesar de que invocan principios para resolver tales casos? Debió ser, respondió, porque Hart no creía que dichos principios formaran parte del derecho. Si el sistema jurídico contiene sólo reglas, entonces cuando éstas “se acaban”, también lo hará el derecho.

Aunque sea justa la interpretación de Dworkin, en mi opinión no ofrece la mejor explicación de la teoría de la discrecionalidad judicial de Hart. Su principal defecto proviene del hecho de que Hart dio explícitamente una explicación diferente, y más plausible, de su doctrina de la discrecionalidad fuerte. Según Hart, la discrecionalidad judicial es un subproducto necesario de la indeterminación inherente a la ordenación social. Es imposible, dice Hart, alcanzar unos estándares de conducta que organicen cada contingencia por adelantado. Ordenar mediante precedentes es una técnica imperfecta porque, aunque identifiquemos el modelo, no está tan claro el estándar relevante de similitud. Aunque el sentido común elimina como inapropiados ciertos estándares de similitud, habrá siempre un buen número de estándares más o menos razonables en conflicto. Y aunque ordenar mediante legislación pueda despejar algunas de estas dudas, Hart sostiene que el uso de términos generales en las leyes no puede eliminarlas por completo. Lo cual se debe a la “textura abierta” del lenguaje. “En todos los ámbitos de la experiencia, no sólo el de las normas, hay un límite, inherente a la naturaleza del lenguaje, en la capacidad de ordenación a través del lenguaje. Habrá casos fáciles que constantemente ocurren en contextos similares a los que pueden aplicarse

claramente las expresiones generales [...] pero habrá también casos donde no está claro si dichas expresiones son aplicables o no"³⁰.

Por tanto, la doctrina de Hart sobre la discrecionalidad judicial no descansa sobre un modelo de reglas. Antes bien, reposa sobre una visión del derecho que privilegia los actos sociales de ordenación prescriptiva. Para Hart, una regla jurídica es un estándar que ha sido identificado y seleccionado como vinculante por algún acto social, sea una autoridad individual, una disposición legislativa, una decisión judicial, un reglamento administrativo, o una costumbre social. La discrecionalidad judicial es inevitable, según Hart, porque es imposible que los actos sociales seleccionen estándares capaces de resolver todas las cuestiones imaginables.

Como puede verse, el debate entre Hart y Dworkin no consiste en si el derecho contiene o no principios además de reglas. Éste no puede ser el asunto del debate porque nunca formó parte de él³¹. En contra de la interpretación de Dworkin, Hart nunca sostuvo el modelo de las reglas, ni explícita ni implícitamente.

Tampoco sería adecuado decir que el asunto central del debate gira en torno a la cuestión de la discrecionalidad judicial. A decir verdad, Hart y Dworkin no están de acuerdo sobre si los jueces tienen discrecionalidad fuerte en los casos difíciles. Aún así, esta discrepancia es secundaria: ambas partes toman sus posiciones sobre la discrecionalidad judicial a partir de sus diferentes teorías sobre la naturaleza del derecho.

³⁰ Hart, *The Concept of Law*, p. 126.

³¹ Aunque nadie discute que el derecho contiene tanto principios como reglas, algunos han criticado el modo en que Dworkin distingue entre estas dos clases de normas. En concreto, se ha dicho que las reglas no siempre operan con el estilo "todo o nada". Véase, por ejemplo, Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *supra* nota 29 y George Christie, "The Model of Principles", *Duke Law Journal* 17 (1968): 649 ss. Para la respuesta de Dworkin, véase "Model of Rules II", pp. 71-80.

Como acabamos de ver, Hart mantiene que los jueces deben ejercer algunas veces una discrecionalidad fuerte porque para él el derecho consiste en aquellos estándares socialmente propuestos como prescriptivos. Dworkin, por su parte, cree que los jueces no tienen discrecionalidad fuerte precisamente porque él niega que sea central la ordenación social a la hora de determinar la existencia o el contenido de las normas jurídicas. Recuérdese que el núcleo de la crítica de Dworkin en "The Model of Rules I" es mostrar que el derecho contiene normas que son vinculantes no porque hayan sido objeto de ordenación social en el pasado, sino a causa de su contenido moral. Más aún, incluso con respecto a aquellas normas que han sido objeto de dicha ordenación, su obligatoriedad no procede, según Dworkin, del hecho de que hayan sido socialmente designadas como vinculantes, sino de lo que determinan los principios de moralidad política. Por tanto, cuando la ordenación social desaparece, no ocurre lo mismo con el derecho, porque aún permanece el orden moral.

El debate "real" entre Hart y Dworkin es, por tanto, el enfrentamiento de dos diferentes modelos de derecho. ¿Deberíamos entender el derecho como aquellos estándares socialmente dotados de autoridad? ¿O está constituido por aquellos estándares moralmente dotados de autoridad? ¿Son los hechos sociales, o también los hechos morales, los que determinan el derecho? El desafío de Dworkin pretende demostrar que debemos elegir la última opción. Como veremos, las respuestas positivistas sostienen que Dworkin no ha logrado su objetivo.

3. LAS RESPUESTAS

La expresión que se usa habitualmente, "el debate Hart-Dworkin", es algo engañosa, porque tiende a crear la impresión de que

Hart y Dworkin han sido los únicos participantes de la polémica. En realidad, durante su vida, Hart nunca respondió directamente por escrito a la crítica de Dworkin³². Aparentemente dejó a otros la tarea de defender su teoría.

En esta sección estudiaré las dos principales respuestas que ofrecieron los seguidores de Hart al desafío de Dworkin. Como veremos, algunos positivistas aceptaron la caracterización que hizo Dworkin del positivismo jurídico, pero rechazaron su explicación de los principios jurídicos como parte del derecho. Para ellos, las normas jurídicas nunca son válidas por su contenido moral —los principios que cita Dworkin, o tienen un origen social, o no son derecho—. Otros aceptaron como conceptualmente posible la explicación de Dworkin sobre la legalidad de los principios, pero rechazaron su caracterización del positivismo jurídico. Para estos teóricos, los principios jurídicos pueden ser válidos en virtud de su contenido moral, pero no por ello se deben abandonar los compromisos centrales del positivismo jurídico.

A. Positivismo jurídico excluyente

Aunque el mismo Hart pareció rechazar la tesis del pedigrí, algunos positivistas jurídicos estuvieron de acuerdo con Dworkin sobre la centralidad de esta tesis en el positivismo y, por tanto, lo abrazaron de forma entusiasta. Para ellos, los criterios de legalidad

³² Hart criticó las propuestas positivas de Dworkin en varias ocasiones. Véase Hart, "Legal Duty and Obligation", *supra* nota 10, pp. 147-53; "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *supra* nota 10, pp. 137-41; "Law in the Perspective of Philosophy", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 153-8; y "Comment on Dworkin, 'Legal Theory and the Problem of Sense'", en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1987).

deben identificar siempre lo que es derecho exclusivamente a partir de su origen social, y deben poder implementarse sin recurrir al razonamiento moral. Generalmente, se conoce a estos teóricos como positivistas jurídicos "duros" o "excluyentes"³³.

¿Cómo responden los positivistas jurídicos excluyentes a la afirmación de Dworkin de que los jueces a menudo están vinculados a principios que no tienen pedigrí? Una respuesta ha sido señalar que estas normas tienen de hecho pedigrí, a pesar de las apariencias, puesto que tales principios se han usados típicamente en los tribunales durante un período de tiempo como base de sus decisiones³⁴. Este uso equivale a la existencia de una "costumbre judicial", y por tanto constituye un pedigrí social suficiente desde la perspectiva de la tesis del pedigrí.

La debilidad de esta respuesta, sin embargo, es que los jueces a menudo toman por sí mismos la obligación de aplicar principios que parecen enteramente nuevos. Como Dworkin ha señalado, ningún tribunal aplicó antes de *Henningsen* el principio de que los fabricantes de automóviles están sujetos a un mayor estándar de

³³ Joseph Raz, el autor que lidera el positivismo jurídico excluyente, se refiere a su propia concepción como un compromiso con la tesis de las fuentes sociales. Dicha tesis fue por primera vez enunciada en "Legal Positivism and the Sources of Law", en *The Authority of Law*, *supra* nota 11, y recibió su defensa más vigorosa en su "Authority, Law and Morality", incluido en *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994). Raz desarrolló ulteriormente su posición en *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp. 211-12; "The Problem about the Nature of Law", "The Inner Logic of the Law", y "On the Autonomy of Legal Reasoning", todos publicados en *Ethics in the Public Domain*; y "Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment", *Legal Theory* 4 (1998): 1 ss.

³⁴ Véase, por ejemplo, G. Carrió, *Legal Principles and Legal Positivism* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971), p. 25.

cuidado. Aún así, ese tribunal se sintió compelido a aplicar dicha norma.

En consecuencia, los positivistas jurídicos excluyentes han ofrecido una segunda respuesta más matizada. Reconocen que los jueces están a veces legalmente obligados a aplicar principios que carecen de pedigrí institucional. Pero este hecho, aseguran, no impugna la tesis del pedigrí, porque en tales casos los jueces simplemente están bajo la obligación jurídica de aplicar estándares *extrajurídicos*.

Según esta segunda respuesta, cuyo valedor más prominente es Joseph Raz, la crítica de Dworkin supone que un sistema jurídico consiste en todos aquellos estándares que los jueces de dicho sistema deben aplicar³⁵. De esto se sigue, por supuesto, que si los jueces tienen que aplicar principios morales que carecen de pedigrí, estos principios deben ser principios *jurídicos*. Sin embargo, dice Raz, se trata de un supuesto erróneo. Al elegir, por ejemplo, en un conflicto de derechos, los jueces tienen a menudo que aplicar el derecho de una jurisdicción extranjera y, sin embargo, la obligación de aplicar reglas extranjeras no convierte a dichas reglas en nacionales. La distinción entre sistemas normativos se preserva incluso cuando un sistema toma prestada de otro alguna regla. Análogamente, dice Raz, la obligación judicial de mirar hacia la moralidad no incorpora ipso facto la moral en el derecho³⁶.

Por tanto, según Raz, cuando se acaban los estándares con pedigrí, los jueces están bajo la obligación jurídica de mirar hacia los principios morales para resolver el caso en cuestión. Más aún, en tales casos, los jueces están ejerciendo una discrecionalidad fuerte por cuanto que están obligados a mirar más allá del derecho y

³⁵ Véase J. Raz, "Postscript to 'Legal Principles and the Limits of Law'", en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, NJ: Rowman & Allanheld, 1983), pp. 84-5.

³⁶ Raz, *The Authority of Law*, *supra* nota 11, p. 46.

aplicar estos principios extrajurídicos al caso en cuestión. La discrecionalidad fuerte no implica, por tanto, la existencia de unos "principios extrajurídicos que el juez es *libre* de aplicar si así lo *desea*"³⁷. Antes bien, los jueces están legalmente constreñidos a aplicar ciertos principios extrajurídicos, a saber, los moralmente mejores³⁸.

B. Positivismo jurídico incluyente

La mayoría de los iuspositivistas, sin embargo, no han tomado la ruta excluyente. Por el contrario, han procurado evitar la crítica de Dworkin rechazando su caracterización del positivismo. Según estos autores, el positivismo jurídico no prohíbe criterios morales de legalidad³⁹. Por tanto, aunque Dworkin esté en lo cierto y los jueces tengan a veces la obligación de aplicar principios que carecen de pedigrí en sistemas maduros como el nuestro, el positivismo

³⁷ Dworkin, "Model of Rules I", p. 29 (cursiva añadida).

³⁸ Véase, por ejemplo, Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *supra* nota 29, pp. 847-8. Timothy Endicott ha señalado recientemente que cuando los jueces están obligados legalmente a aplicar principios morales para rellenar un hueco en el derecho, y esos principios dictan una única solución, los jueces carecen de discrecionalidad fuerte. Lo cual representa una concepción de compromiso: Endicott cree, con Dworkin, que los jueces no siempre tienen discrecionalidad fuerte en los casos difíciles, y con Raz, que en estas situaciones los jueces están haciendo derecho, no encontrándolo. Véase T. Endicott, "Raz on Gaps - The Surprising Part", en L.H. Meyer, S.L. Paulson y T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture and The Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

³⁹ Para este tipo de respuesta, véase P. Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review* 75 (1977): 473 ss.; D. Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory", *Yale Law Journal* 87 (1977): 415 ss.; J. Coleman, "Negative and Positive Positivism", en *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988); W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

permanecerá indemne. Los positivistas que abrazan esta posición son usualmente conocidos como "blandos" o positivistas jurídicos "incluyentes".

Esta respuesta a Dworkin comienza estableciendo una versión más tradicional, la cual define el positivismo jurídico mediante dos tesis fundamentales. La primera, a la que se suele denominar la "tesis de la separación", niega cualquier conexión necesaria entre legalidad y moralidad. Para los positivistas, existe algún sistema jurídico posible donde la legalidad de una norma no depende de ninguna de sus propiedades morales: en dicho sistema, una ley injusta es aún una ley. La segunda, generalmente conocida como la "tesis del hecho social", afirma que la existencia y el contenido del derecho están finalmente determinados por ciertos hechos sobre grupos sociales. Los hechos jurídicos están fundados, en un análisis final, sobre hechos sociales, no morales.

Sin duda, la tesis de la separación no impide que el criterio de identificación del derecho incorpore condiciones morales de legalidad. Dicha tesis se limita a afirmar que los criterios de legalidad no necesitan incluir la moral, no que no *puedan* hacerlo. Pero, ¿no vulnera esto la tesis del hecho social? Según los defensores de este tipo de positivismo jurídico, no necesariamente. Para que la tesis del hecho social quede satisfecha, de acuerdo con el positivismo jurídico incluyente, basta con que tales criterios de legalidad tengan pedigrí social. En la medida en que los criterios de legalidad estén fundados en una norma cuya existencia tenga el respaldo de un hecho social, el derecho contará con las bases sociales apropiadas.

De hecho, el positivista jurídico incluyente afirma que la regla maestra de Hart, la regla de reconocimiento, tiene el pedigrí requerido. Como se mencionó anteriormente, la regla de reconocimiento es necesariamente una regla social —es una convención entre jueces para reconocer como vinculantes ciertas normas con ciertas características—. La tesis del hecho social es compatible con reglas de re-

conocimiento que establecen criterios morales sin pedigrí. Criterios morales de legalidad, porque, en contra de lo que piensa el positivista excluyente, dicha tesis no requiere que toda norma jurídica tenga una fuente social —basta con que lo tenga la regla de reconocimiento—. Por tanto, en la medida en que puede quedar a salvo el compromiso del positivismo jurídico con los hechos sociales mediante la existencia de una regla social de reconocimiento, no hay obstáculo para tratar la moralidad como una condición de legalidad⁴⁰.

La simplicidad de esta respuesta esconde, sin embargo, una debilidad oculta. No parece que el positivista jurídico incluyente pueda afirmar que la regla de reconocimiento requiere que los jueces resuelvan los casos difíciles invocando principios morales y, al mismo tiempo, sostener que la regla de reconocimiento es una regla social. Como señaló Dworkin en "The Model of Rules II"⁴¹, la dificultad estriba en el hecho de que los contenidos de las reglas sociales se determinan por acuerdo. Una regla social impone una obligación *p* si y sólo si los miembros del grupo acuerdan que *p* es obligatorio. La controversia sobre los requerimientos de una regla social parece, pues, imposible: las reglas sociales descansan en el acuerdo, mientras que la controversia implica desacuerdo.

⁴⁰ Algunos positivistas toman un camino ligeramente diferente: afirman que en tanto que una norma es derivable moralmente de una norma legal que tiene pedigrí, dicha norma no necesita tener pedigrí para ser derecho. Supongamos, por ejemplo, que una norma que impone un deber de cuidado razonable sobre los demás tiene un pedigrí jurídicamente apropiado y que el cuidado razonable requiere que los propietarios de las casas limpien la nieve de la acera en frente de su casa. Estos positivistas —algunas veces llamados "incorporacionistas"— mantienen que la norma de limpiar la nieve es una norma jurídica a pesar de su falta de pedigrí porque está moralmente autorizada por una norma con pedigrí. Para tal respuesta, véase R. Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", *American Philosophical Quarterly* 8 (1971): 151 ss.

⁴¹ Dworkin, "Model of Rules I".

Según esta objeción, los jueces no están de acuerdo en los casos difíciles sobre qué principios están obligados a aplicar. Si la regla de reconocimiento requiriese a los jueces aplicar principios morales, entonces los casos difíciles implicarían controversia sobre el contenido de la regla de reconocimiento. Pero, como ya se ha señalado, no es posible la controversia sobre una regla social. Por lo tanto, si los positivistas jurídicos incluyentes mantienen que la regla de reconocimiento requiere que los casos difíciles se resuelvan por referencia a principios morales, entonces la regla de reconocimiento no puede ser una regla social.

En "Negative and Positive Positivism", Jules Coleman trató de superar esta objeción⁴². Coleman distinguió entre dos tipos de desacuerdos. El primer tipo implica discrepancias sobre el contenido de la regla de reconocimiento ("discusiones de contenido"). Por el contrario, ciertos desacuerdos presuponen consenso sobre el contenido de una regla pero implican discrepancias sobre su implementación ("discusiones de aplicación").

Coleman sugirió que consideremos los casos difíciles como discrepancias sobre la aplicabilidad de la regla de reconocimiento. Son discusiones de aplicación, no de contenido. En los casos controvertidos, existe una convención aceptada entre los jueces de mirar hacia los principios de moralidad para resolver las discrepancias jurídicas. Cuando los jueces discuten sobre qué principios aplicar, están discutiendo sobre la correcta aplicación de la regla de reconocimiento, no sobre su contenido. En otras palabras, todos los jueces aceptan que la regla de reconocimiento les exige mirar hacia los principios morales en la adjudicación, y por tanto a considerar dichos principios como derecho válido. Simplemente discrepan sobre qué principios son principios morales (y, por tanto, jurídicos).

⁴² Coleman, "Negative and Positive Positivism", *supra* nota 39, p. 20.

Hay que señalar que Hart finalmente respaldó la estrategia de Coleman en el Epílogo de *The Concept of Law*. En primer lugar, Hart rechazó la idea de Dworkin de que el único positivismo auténtico es el positivismo jurídico excluyente. "Además de la cuestión del pedigrí, la regla de reconocimiento puede ofrecer pruebas relativas no al contenido factual de las leyes, sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos"⁴³. Más aún, rechazó la inferencia de Dworkin según la cual la controversia implica la ausencia de convención. "Los jueces pueden estar de acuerdo sobre la relevancia de tales pruebas como algo establecido por la práctica judicial previa, aunque luego estén en desacuerdo respecto a qué requieren dichas pruebas en los casos concretos"⁴⁴.

4. SEGUNDO ACTO

El examen y comparación detallados de estas dos versiones del positivismo jurídico, así como de sus respectivas respuestas a Dworkin, están claramente más allá del alcance de este ensayo. Diré simplemente, sin argumentarlo, que los seguidores de Hart han conseguido que la crítica de Dworkin en "The Model of Rules I" pierda su fuerza. El hecho de que los jueces estén obligados a veces a aplicar principios morales en los casos difíciles no demuestra, por sí mismo, que el positivismo jurídico sea falso. Lo cual no significa, por supuesto, que semejante crítica no pueda hacerse, sino únicamente que Dworkin tiene todavía que hacerla.

Quizá Dworkin sintió también el *impasse*, porque su crítica cambió dramáticamente después de "The Model of Rules I". Como veremos, su nueva objeción, esbozada por primera vez en "The

⁴³ Hart, *The Concept of Law*, *supra* nota 4, p. 258.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 258-9.

Model of Rules II", pero plenamente desarrollada en *Law's Empire*, trata de mostrar que los positivistas jurídicos son incapaces de dar cuenta de un cierto tipo de discusiones que los operadores jurídicos tienen frecuentemente, a saber, aquellas que se refieren al método adecuado para interpretar el derecho. Según Dworkin, la única explicación de cómo son posibles tales discusiones es que se trata de discrepancias morales. Frente a lo que piensan los positivistas jurídicos, el derecho no está basado únicamente en hechos sociales, sino que descansa en última instancia en consideraciones de moralidad política.

Como veremos, esta crítica del positivismo es sumamente poderosa. Más aún, ninguna de las respuestas a la primera crítica que hemos visto puede replicarla eficazmente. Al final de este ensayo volveré a la cuestión de si los positivistas tienen alguna defensa contra ella.

A. Desacuerdos teóricos en derecho

Al comienzo de *Law's Empire*, Dworkin sostiene que el derecho es un fenómeno que tiene una estructura especial. La práctica jurídica, afirma, es "argumentativa"⁴⁵, lo cual significa que consiste en gran parte en que los participantes presentan diferentes posturas sobre qué requiere el derecho, y ofrecen razones en la defensa de las mismas. "Cada actor en la práctica entiende que lo que ésta permite o requiere depende de la verdad de ciertas proposiciones que sólo tienen sentido dentro y a través de dicha práctica; la práctica consiste en gran medida en el uso y la discusión de estas proposiciones"⁴⁶.

⁴⁵ Dworkin, *Law's Empire*, p. 13.

⁴⁶ *Ibidem*.

Para entender, pues, el derecho como un fenómeno social, debemos darnos cuenta de que, en su mayor parte, es un ejercicio de argumentación. Los filósofos del derecho deben estudiar, por tanto, los diferentes modos de argumentación que los operadores jurídicos usan realmente en su razonamiento. Sin embargo, como señala Dworkin, la teoría jurídica moderna falla estrepitosamente en este sentido. Desde los enfoques predominantes en filosofía del derecho, muchos de los desacuerdos en los que están ocupados los operadores jurídicos no existen, o son un completo sinsentido.

Para formular esta objeción, Dworkin comienza introduciendo dos grupos relacionados de distinciones. En primer lugar, distingue entre las "proposiciones jurídicas" y los "fundamentos jurídicos"⁴⁷. Una proposición jurídica es una afirmación sobre el contenido del derecho en un sistema jurídico particular, como por ejemplo "el derecho prohíbe al Estado negar a alguien igual protección dentro del marco de la Decimocuarta Enmienda" y "el derecho requiere a *Acme Corporation* compensar a John Smith por el daño sufrido en su puesto de trabajo el pasado febrero". Las proposiciones jurídicas pueden ser verdaderas o falsas. La proposición "los conductores en California no pueden legalmente sobrepasar las 65 millas por hora" es verdadera, mientras que "los conductores en California no pueden legalmente conducir después de la puesta del sol" es falsa.

Las proposiciones de derecho son verdaderas en virtud de los "fundamentos jurídicos". En California, por ejemplo, las proposiciones jurídicas son ciertas (en general) si una mayoría de legisladores estatales votan por un proyecto de ley que contiene un texto a esos efectos y el gobernador lo firma. Estos actos del legislativo hacen que las proposiciones jurídicas de California sean verdaderas, y por tanto son fundamentos jurídicos en el sistema jurídico de ese Estado.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 4.

Dada la distinción entre proposiciones y fundamentos jurídicos, Dworkin argumenta que son posibles dos tipos diferentes de desacuerdos jurídicos⁴⁸. El primer tipo implica desacuerdos sobre si los fundamentos jurídicos de hecho se han producido. Las partes pueden discutir, por ejemplo, si el Congreso aprobó una determinada ley mediante el requisito de las mayorías o si el presidente vetó el proyecto de ley. Dworkin los llama "desacuerdos empíricos".

El segundo tipo de desacuerdo no tiene que ver con si se han producido o no los fundamentos; antes bien, implica la existencia de diferentes versiones en conflicto sobre cuáles son tales fundamentos. Por ejemplo, una de las partes en disputa puede afirmar que una ley es válida porque el Congreso tiene la autoridad de promulgar un cierto tipo de legislación y así lo ha hecho. La otra parte puede conceder que las condiciones formales para la promulgación se han dado, pero añade que el Congreso carece de autoridad para legislar del modo en que lo ha hecho. En este caso, las partes no están sumidas en una discusión empírica puesto que están de acuerdo en la narración histórica. Según Dworkin, en lo que están involucradas es en un desacuerdo "teórico" sobre el derecho. Discuten sobre la identidad de los fundamentos del derecho, es decir, sobre qué debe tener lugar en un sistema jurídico antes de que una proposición jurídica pueda considerarse verdadera o falsa.

A partir de estas distinciones, Dworkin declara: "Por increíble que parezca, la ciencia jurídica norteamericana no tiene una teoría plausible sobre el desacuerdo teórico en derecho"⁴⁹. Esto se debe a que "nuestra ciencia jurídica" está comprometida con un enfoque "meramente factual" del derecho.

El enfoque "meramente factual", según Dworkin, consiste en dos dogmas básicos. Según el primero de ellos, los fundamentos ju-

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 4-6.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

ridicos de cualquier comunidad vienen fijados mediante el consenso entre todos los operadores jurídicos. Si los operadores acuerdan que los hechos del tipo *f* son fundamentos jurídicos, entonces los hechos tipo *f* son fundamentos jurídicos en su sistema. Conforme al segundo dogma, los únicos tipos de hechos que pueden ser fundamentos del derecho son hechos *meramente históricos*.

El derecho es únicamente una cuestión sobre lo que instituciones jurídicas, como las legislaturas, los ayuntamientos y los tribunales, han decidido en el pasado. Si algún organismo de este tipo ha decidido que los trabajadores pueden obtener una indemnización por daños producidos por otros trabajadores, entonces esto es el derecho. Si han decidido en otro sentido, entonces eso es el derecho. De forma que las cuestiones jurídicas siempre pueden solucionarse mirando en los libros donde se recogen las decisiones institucionales⁵⁰.

Como argumenta convincentemente Dworkin, la perspectiva factual no puede hacer frente a la posibilidad de desacuerdos teóricos en derecho, puesto que si, según su primer dogma, los operadores jurídicos deben estar siempre de acuerdo sobre los fundamentos jurídicos, entonces no puede haber disputa sobre tales fundamentos. Cualquier desacuerdo genuino sobre el derecho debe implicar afirmaciones en conflicto sobre la existencia o no de hechos *meramente históricos*. Deben ser, dicho de otra forma, desacuerdos puramente empíricos.

B. El predominio de los desacuerdos teóricos

Dworkin afirma que, en contra del enfoque *meramente fáctico*, los desacuerdos teóricos existen en el derecho, y lo argumenta presentando numerosos ejemplos donde es plausible suponer que los operadores jurídicos están de acuerdo con la narración histórica pero discrepan acerca de su importancia jurídica. Por ejemplo, en

⁵⁰ *Ibidem*, p. 7.

Tennessee Valley Authority v. Hill, muchos grupos conservacionistas demandaron a la Tennessee Valley Authority (TVA) para impedir la culminación de un proyecto de pantano de 100 millones de dólares⁵¹. Dichos grupos aseguraban que el pantano ponía en peligro la existencia del *snail darter* —un pez de tres pulgadas sin ningún interés científico, estético o económico— y que violaba la Ley de Especies en Peligro de Extinción (*Endangered Species Act*) de 1973. La TVA, por el contrario, sostuvo que dicha ley no podía aplicarse a un proyecto que ya estaba autorizado, financiado, y sustancialmente construido antes de su promulgación y que, por tanto, no debía invocarse para prohibir la finalización del pantano.

La Corte Suprema se decantó por los conservacionistas. Aunque el presidente del tribunal, el juez Burger, al redactar la resolución en nombre de la mayoría, comenzó admitiendo que la paralización del proyecto implicaba un enorme gasto para los fondos públicos y que, desde el punto de vista de la administración, no estaba justificado, señaló que el texto requería claramente al gobierno detener los proyectos que pusieran en riesgo a las especies llamadas “en vías de extinción”. Más aún, añadió que no podía encontrar ninguna indicación de que el Congreso pretendiera otra cosa. Burger concluyó, pues, que la Corte no podía dejar de expedir el correspondiente mandamiento judicial, incluso en una fecha tan tardía.

La opinión disidente, liderada por el juez Powell, sostuvo que los tribunales no deberían aplicar textos que condujesen a resultados absurdos, excepto cuando se demostrase que tales resultados eran los que deseaba el legislativo. Resultaba ridículo demoler una construcción de 100 millones de dólares a punto de terminarse, simplemente para salvar un pez sin importancia, aunque en vías de extinción, y puesto que el Congreso no buscaba claramente este

resultado, la Corte estaba obligada a dar una interpretación “ajustada a un mínimo de sentido común y al bien público”⁵².

Según Dworkin, el desacuerdo entre Burger y Powell era, en esencia, teórico⁵³. Ambas partes estaban de acuerdo en que la Ley de Especies en Peligro de Extinción de 1973 era derecho válido, que interrumpir la construcción del pantano era terriblemente ruinoso incluso teniendo en cuenta los beneficios para el pez, y que el Congreso nunca consideró este tipo de caso cuando diseñó o votó la legislación. Su desacuerdo se refería a la relevancia jurídica de estos simples hechos. Según Burger, debía imponerse el significado literal del texto aunque esto trajera consigo consecuencias absurdas, a no ser que pudiera demostrarse que el Congreso no deseaba ese resultado. Powell, por el contrario, afirmaba que no debería aplicarse el significado literal del texto cuando de ello se siguieran consecuencias absurdas, a no ser que pudiera demostrarse que el Congreso buscaba ese resultado.

Por supuesto, los que subscriben el enfoque meramente factual son conscientes de que los operadores jurídicos a menudo parecen estar ocupados en discusiones teóricas. Sin embargo, según ellos, las apariencias engañan. En este tipo de casos, cuando los operadores parecen estar discutiendo sobre lo que el derecho es, en realidad están discutiendo sobre lo que el derecho debería ser. Según la concepción meramente fáctica, por tanto, el debate entre Burger y Powell se refería a la reparación del derecho. En este sentido, la posición de Burger era la de tratar de *ampliar* el alcance de la Ley de Especies en Peligro de Extinción a los proyectos de construcción que estuvieran sustancialmente terminados en el momento en que la ley fue aprobada, mientras que la posición de Powell era la de

⁵¹ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 (1978).

⁵² *Ibidem*, p. 196.

⁵³ Dworkin, *Law's Empire*, p. 23.

argumentar que no se ampliara dicha ley, a la luz de las ruinosas consecuencias de tal ampliación.

Si los jueces no están realmente involucrados en discusiones teóricas, ¿por qué actúan como si lo estuvieran? La respuesta estándar ofrecida por la concepción meramente factual es que los jueces están intentando ocultar la verdadera naturaleza “legislativa” de sus acciones. En los sistemas con separación de poderes, donde sólo el legislativo está autorizado para producir derecho y el judicial debe limitarse a aplicarlo, es peligroso admitir que los jueces están ejerciendo la discrecionalidad e intentando reparar el derecho. Los tribunales preservan su legitimidad en la medida en que actúan como si estuvieran descubriendo el derecho que realmente existe “ahí fuera”, en lugar de admitir que el derecho a veces es indeterminado y que están rellenando los huecos.

Dworkin encuentra increíble esta respuesta por dos razones. En primer lugar, no puede entender por qué, si la concepción meramente fáctica es cierta, no ha sido desvelada al público en general. “Si todos los abogados están de acuerdo en que no hay un derecho decisivo en los casos similares a los que hemos visto, entonces ¿por qué esta concepción no ha pasado a ser parte de nuestra cultura política popular?”⁵⁴. En segundo lugar, Dworkin señala que si los jueces estuvieran intentando reparar el derecho, en lugar de describirlo, en muchos casos sería difícil explicar por qué terminan decidiendo como lo hacen. En *TVA*, por ejemplo, Burger afirmó que interrumpir la construcción del pantano era desaconsejable desde el punto de vista de la administración. Si lo que quería era reparar el derecho, ¿por qué llegó a tal decisión? Como él mismo reconoció, la sentencia del tribunal traería consigo

⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

unas enormes pérdidas de fondos públicos a cambio de ningún beneficio aparente⁵⁵.

Dworkin infiere de *TVA v. Hill* y casos semejantes que los desacuerdos teóricos no sólo existen, sino que son muy frecuentes. Dado que la concepción meramente fáctica no puede dar cuenta de la posibilidad de tales discrepancias, Dworkin concluye que dicha concepción no captura la estructura argumentativa de la práctica jurídica y como resultado debe rechazarse.

C. La posibilidad de desacuerdos teóricos

¿Cómo son posibles, por tanto, los desacuerdos teóricos? La explicación de Dworkin se centra en la afirmación de que la interpretación jurídica es, en el fondo, una interpretación “constructiva”. La interpretación constructiva es el proceso por el que se “impone un propósito a un objeto o a una práctica con el fin de hacer de ese objeto o práctica el mejor ejemplo de la forma o género a la que se supone que pertenecen”⁵⁶. Un propósito hace que un objeto sea lo mejor que éste puede llegar a ser cuando, simultáneamente, “se ajusta” al objeto y lo “justifica” mejor que ningún otro propósito alternativo. Un propósito “se ajusta” al objeto en la medida en que aconseja que el objeto exista o que tenga las propiedades que tiene. Un propósito está “justificado” en cuanto que es un propósito que merece la pena perseguir.

⁵⁵ Del mismo modo, en *Riggs v. Palmer*, el juez Gray argumentó en la opinión disidente que los beneficiarios que matan a los testadores deberían poder apropiarse de sus legados, incluso aunque esta interpretación de la Ley testamentaria diera unos resultados absurdos. Si suponemos que los jueces actúan en estos casos como legisladores, tal y como sugiere la concepción meramente fáctica, entonces sus acciones serían inexplicables —escogerían por lo general el curso de acción socialmente menos beneficioso—.

⁵⁶ Dworkin, *Law's Empire*, p. 52.

Para determinar qué hechos son fundamentos jurídicos en un sistema jurídico concreto, Dworkin cree que el intérprete debe emplear una interpretación constructiva. En primer lugar, debe atribuir algún sentido a la práctica concreta que logre presentarla con su mejor apariencia, es decir, aquel propósito que mejor se ajuste a dicha práctica, y que mejor la justifique moralmente. A continuación, el intérprete debe usar este propósito para averiguar los fundamentos jurídicos del sistema en cuestión.

Al tratar la determinación de los fundamentos jurídicos como un proceso de interpretación constructiva, Dworkin es capaz de explicar adecuadamente la posibilidad de las discusiones teóricas en derecho. Los desacuerdos sobre los fundamentos jurídicos hacen referencia a las discrepancias sobre el valor moral del derecho y/o la relación del derecho con la práctica. Por tanto, a diferencia de la visión meramente fáctica, esta concepción no necesita tratar los desacuerdos teóricos como incoherentes o engañosos: en tanto que el contenido del derecho depende de cuáles sean los principios que representen la práctica jurídica en su mejor apariencia moral, los desacuerdos genuinamente *morales* inducirán genuinos desacuerdos *jurídicos*.

5. COMPARACIÓN DE LAS DOS CRÍTICAS

La crítica de Dworkin al positivismo jurídico en *Law's Empire* tiene muchas similitudes con la que defendió en "The Model of Rules I". Ambas caracterizan el positivismo mediante la tesis del pedigrí. Las dos afirman que el positivismo no puede explicar el comportamiento judicial en los casos difíciles. Y ambas sostienen que la explicación adecuada de tal comportamiento implica reconocer que los jueces se dirigen a la moral para resolver las cuestiones jurídicas que les competen. Sin embargo, a pesar de estas

similitudes, la última crítica de Dworkin es muy diferente y, como veremos, mucho más eficaz que la primera.

La distinción entre las críticas aparece con claridad cuando se reescribe la primera con la terminología de la segunda. Para hacer esta traducción entre las críticas, comenzamos por señalar que un "criterio de legalidad" (en el lenguaje de la primera crítica) examina si ciertos "fundamentos jurídicos" (en el lenguaje de la segunda crítica) se dan en un determinado caso. Por ejemplo, el criterio según el cual "todas las reglas aprobadas por las dos cámaras del Congreso que regulan el comercio interestatal son leyes de los Estados Unidos" toma los hechos de la aprobación bicameral y la regulación del comercio interestatal como fundamentos del derecho en el sistema jurídico estadounidense. Por lo tanto, en lugar de hablar de los tipos de criterios de legalidad, podemos hablar simplemente de los tipos de fundamentos jurídicos que estos criterios establecen.

Según esta traducción, podemos decir que la primera crítica trata de mostrar que en los casos difíciles los jueces adoptan como fundamentos jurídicos ciertos hechos morales relevantes. Así se deduce del examen de casos como *Henningsen*, donde los jueces se consideran vinculados por principios cuya autoridad jurídica se deriva de su contenido moral. Pero el positivismo jurídico está comprometido con la concepción meramente fáctica, que prohíbe la presencia de fundamentos morales del derecho. De ahí que la primera crítica termine concluyendo que el positivismo jurídico no puede explicar el comportamiento judicial en los casos difíciles.

Mientras la primera crítica trata de explotar el hecho de que los jueces a menudo consideran que los fundamentos jurídicos tienen naturaleza moral, la segunda crítica trata de capitalizar el hecho de que los jueces a menudo discuten sobre cuáles son los fundamentos del derecho. La disputa en *TVA*, por ejemplo, giraba en torno a si había que privilegiar o no el texto de la ley, incluso ante la evi-

dencia de unos resultados absurdos. La segunda crítica acaba concluyendo que el positivismo no puede explicar tales desacuerdos, puesto que dicha doctrina está comprometida con la concepción meramente fáctica, según la cual los fundamentos jurídicos están establecidos por acuerdo.

Por tanto, aunque *Henningsen* y *TVA* son casos difíciles, cada uno lo es por una razón diferente. *Henningsen* es difícil porque, a pesar de que el tribunal estuvo de acuerdo en los fundamentos jurídicos, averiguar si tales fundamentos rigen en este caso es una cuestión exigente sobre la que personas razonables pueden discutir. *TVA* es difícil porque para determinar el resultado correcto del caso, el tribunal tuvo que decidir primero cuáles eran los fundamentos jurídicos, y las personas razonables pueden discutir también sobre esta cuestión.

Como vimos anteriormente, los casos difíciles como *Henningsen* no son difíciles de acomodar desde la perspectiva del positivismo. El positivista podría seguir, por ejemplo, el camino excluyente, y decir que, en tales casos, los jueces están legalmente obligados a aplicar normas extrajurídicas. O podría tomar el camino incluyente, y simplemente admitir que la naturaleza de los fundamentos jurídicos puede ser moral, siempre que haya una convención entre los jueces en este sentido. Pero los casos como *TVA* no pueden explicarse de ninguna de estas maneras, porque es un lugar común entre los positivistas jurídicos excluyente e incluyente que los fundamentos jurídicos se determinan por convención. ¿Cómo podrían, entonces, estos autores dar cuenta del desacuerdo sobre la obligatoriedad jurídica de unos hechos cuya obligatoriedad, por hipótesis, requiere la existencia de un acuerdo sobre su obligatoriedad?⁵⁷

⁵⁷ Es importante no mezclar la objeción sobre los desacuerdos teóricos con el argumento que Dworkin denomina la "aguja semántica". En *Law's Empi-*

Curiosamente, los positivistas han tenido poco que decir sobre este problema. De hecho, una de las mayores ironías de la teoría jurídica moderna es que, a pesar de la enorme cantidad de tinta gastada en el debate Hart-Dworkin, se ha prestado una atención muy escasa a esta segunda objeción, siendo ésta mucho más potente que la primera. A decir verdad, los positivistas jurídicos han atacado implacablemente la teoría positiva de Dworkin de la interpretación constructiva, pero no han hecho apenas ningún esfuerzo por defender su propia teoría contra los argumentos negativos de Dworkin en *Law's Empire*. No han intentado nunca mostrar cómo son posibles los desacuerdos teóricos en derecho.

Una explicación de esta negligencia puede ser que los positivistas no han reconocido que estas últimas objeciones son de una

re, Dworkin introduce este último argumento *después* de hacer la objeción de los desacuerdos teóricos. Véase *ibid.*, pp. 43-4. La aguja semántica sirve para explicar por qué los positivistas requieren que los fundamentos jurídicos sean determinados por consenso. La hipótesis de Dworkin es que los positivistas insisten en el consenso porque suscriben tácitamente un criterio semántico, según el cual los conceptos pueden ser compartidos únicamente si se comparten los criterios para su adecuada aplicación. Así, un criterio semántico para el concepto de derecho requeriría que los miembros de la comunidad pudieran compartir el mismo concepto de derecho —y, por tanto, tener un diálogo con sentido sobre su derecho—, lo cual sólo es posible si todos comparten los mismos criterios para la aplicación del concepto. Dado que los criterios para la aplicación del concepto del derecho, por ejemplo, estadounidense son los fundamentos del derecho estadounidense, el criterio semántico demanda que las comunidades compartan los mismos fundamentos jurídicos con el fin de compartir el mismo concepto de derecho. Dworkin sostiene que el criterio semántico es defectuoso precisamente porque dicho criterio es incapaz de dar cuenta de los desacuerdos teóricos en derecho. Este es el argumento de la aguja semántica. Nótese que este argumento no es una objeción al positivismo si éste no está comprometido con el criterio semántico. Véase, por ejemplo, Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", en *Hart's Postscript*; *supra* nota 2, y O. Simchen, "Law", *Legal Theory* 9 (2003): 1 ss.

clase diferente a las anteriores. Puede que hayan pensado que sus respuestas a la crítica de "The Model of Rules I" servían igualmente para la crítica de *Law's Empire*. Pero esto, como acabamos de ver, es un error. La última crítica de Dworkin pretende mostrar que los fundamentos jurídicos no se pueden determinar por convención, mientras que las respuestas positivistas a la primera crítica presuponen que los fundamentos jurídicos se definen convencionalmente. Existe, sin embargo, otra posibilidad. Los positivistas pueden haber reconocido la diferente naturaleza de la segunda objeción, y simplemente haberse quedado donde estaban, puesto que aún pueden aferrarse al argumento de la reparación: cabe sostener que los desacuerdos teóricos sobre el derecho son imposibles, que cuando los jueces parecen estar ocupados en tales disputas, en realidad están implicados, por distintas razones políticas, en discusiones encubiertas sobre cómo reparar el derecho, y que nada de lo que ha dicho Dworkin conduce a pensar de otro modo.

Para ser justos con los positivistas, hay que decir que las respuestas específicas de Dworkin al argumento positivista sobre la reparación no son particularmente convincentes. Recuérdese que Dworkin objetó al argumento de la reparación preguntando por qué, si el positivista está en lo cierto, el público todavía no ha percibido el ardid judicial. Pero la explicación de ese hecho (si es de verdad un hecho) es simple: el derecho es una práctica profesional y las personas ajenas a dicha práctica, o bien ignoran sus normas fundamentales, o bien están demasiado intimidados por los funcionarios para desafiarlas. Dworkin también sostiene que el argumento de la reparación hace difícil explicar por qué los jueces toman las decisiones que toman. Si Burger hubiera estado interesado en reparar el derecho, razona Dworkin, no habría detenido el proyecto de construcción para salvar al *snail darter*. Pero esta objeción pierde de vista la posibilidad de que Burger tuviera un pez más grande que pescar. Burger podría haber querido reparar no la ley en concreto, sino las normas de la interpretación legal. En otras palabras, su

preocupación podría haber sido negar a los jueces la discrecionalidad para desviarse del texto legal cuando no estén de acuerdo con su resultado. Si lo entendemos así, la decisión de Burger fue una elección racional a favor de la reparación legal.

Aunque las objeciones de Dworkin al argumento de la reparación no son, en mi opinión, convincentes, pienso que sería un error descartar su crítica por este motivo. A fin de cuentas, es relativamente fácil reformular sus objeciones de modo que el argumento de la reparación deje de ser atractivo. Sólo se necesita señalar que los jueces no son los únicos que se enzarzan en desacuerdos teóricos —los teóricos del derecho también lo hacen—. Las revistas de derecho están repletas de artículos que defienden la superioridad jurídica de una metodología interpretativa sobre otra. En realidad, las grandes disputas de teoría jurídica —entre originalismo y dinamismo, textualismo y proposicionismo, documentalismo y doctrinalismo— han sido precisamente desacuerdos teóricos en derecho. Los jueces pueden tener un gran interés político en ocultar la verdadera naturaleza de sus actividades, pero los teóricos generalmente no. Sin duda, algunos teóricos adaptan sus teorías interpretativas para que encajen con sus ideas políticas. Pero si los desacuerdos teóricos fueran incoherentes, sería absurdo tratar de convencer a nuestros colegas de este modo, puesto que ellos seguramente argumentarán de la misma manera.

Los positivistas jurídicos parecen estar, pues, en una posición extraña. Si desean negar la existencia de desacuerdos teóricos en la práctica del derecho, están obligados a decir que los teóricos jurídicos están tan confundidos sobre el objeto de su estudio que se enzarzan con frecuencia en una argumentación incoherente. Este resultado no es satisfactorio, pero puede que tampoco sea funesto, puesto que sería mucho pedir que las teorías jurídicas se ajustasen a cada preconcepción de los abogados. Éstos pueden ciertamente equivocarse acerca de la práctica en la que participan. Sin embargo, el positivista debería mostrar que hay buenas razones teóricas para,

o bien descartar, o bien reinterpretar la comprensión que estos expertos tienen de sí mismos. Lo cual todavía es una cuestión a la que los positivistas han de enfrentarse⁵⁸.

6. EXPLICACIÓN DE LOS DESACUERDOS TEÓRICOS

El positivista dispone, no obstante, de otra opción. En lugar de tratar de disolver los desacuerdos teóricos, también puede intentar explicarlos desde su marco conceptual. En otras palabras, el positivista puede mostrar que la metodología interpretativa adecuada puede anclarse en hechos sociales. Es a esta posibilidad a la que nos dirigimos a continuación.

A. Buscar hechos sociales

El primer paso para explicar los desacuerdos teóricos en un marco positivista es, en mi opinión, reconocer que debemos rechazar la perspectiva meramente fáctica, o cualquier otra explicación que privilegie las convenciones interpretativas como la única fuente de metodología apropiada. Dado que en derecho abundan los des-

⁵⁸ Hay una posible tercera razón por la que los positivistas han juzgado mal la fuerza de la crítica de Dworkin: pueden haber mezclado la objeción de los desacuerdos teóricos con el argumento de la aguja semántica. El razonamiento sería el siguiente: dado que el positivismo no está comprometido con criterios semánticos, y dado que el argumento de la aguja semántica es una objeción a los criterios semánticos, este último argumento no supone ninguna amenaza para el positivismo. Esto es cierto, por supuesto, pero dado que el argumento de la aguja semántica no es el mismo que la objeción de los desacuerdos teóricos, el fracaso del primero es irrelevante para el éxito del segundo.

acuerdos teóricos, debemos fijar la metodología interpretativa de otro modo que no sea el acuerdo social específico sobre cuáles son las metodologías adecuadas⁵⁹. El positivista debería también conceder a Dworkin que cuando los desacuerdos teóricos son muchos, determinar la metodología interpretativa implica atribuir un propósito a la práctica jurídica. No podemos entender los desacuerdos sobre metodología interpretativa a menos que los concibamos como discrepancias sobre el sentido de participar en la práctica jurídica. Finalmente, el positivista debería también afirmar con Dworkin que en tales casos la metodología interpretativa adecuada para un sistema jurídico concreto está ante todo en función de cuál es la metodología que mejor armoniza con los objetivos de ese sistema.

Aquí, sin embargo, debe finalizar el acuerdo. Aunque la determinación de la metodología interpretativa implique atribuir un propósito a la práctica jurídica, el positivista no puede, obviamente, concebir este proceso atributivo de una manera dworkiniana, es decir, como un ejercicio de filosofía moral y política. El positivista, por el contrario, debe buscar *hechos sociales*. El hecho de que algún conjunto de fines y valores represente los propósitos de un concreto sistema jurídico debe ser un hecho sobre ciertos grupos sociales que se puede acreditar mediante razonamiento empírico, no moral. La metodología interpretativa adecuada se establecerá, pues, determinando qué metodología armoniza mejor con estos fines y valores. De este modo, el positivista habrá desactivado la crítica de Dworkin: afirmando que la metodología interpretativa se establece en función de objetivos empíricamente comprobables, el positivista habrá basado el derecho en hechos sociales. Más aún, habrá establecido los fundamentos so-

⁵⁹ Debe hacerse notar que algunas veces los tribunales resuelven desacuerdos teóricos. Véase, por ejemplo, *Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124, donde el Consejo Privado (*Privy Council*) rechazó el originalismo como un método apropiado de interpretación constitucional. Agradezco a Les Green por señalarme este punto.

ciales del derecho de un modo que no depende de convenciones específicas sobre la metodología interpretativa adecuada, es decir, teniendo en cuenta la posibilidad de desacuerdos teóricos. Estos desacuerdos serán simplemente un producto de las discrepancias acerca de qué propósitos son de hecho los objetivos del sistema o qué metodología armoniza mejor con dichos objetivos.

Por supuesto, esta respuesta no deja de ser puramente esquemática, puesto que no especifica cómo se han de determinar los objetivos políticos. No nos dice, por ejemplo, qué objetivos son relevantes para determinar los propósitos de un sistema jurídico, ni cómo estos objetivos deben ponerse en relación con el comportamiento real de los operadores jurídicos. Sin duda, éstas son cuestiones que cualquier teoría positivista adecuada de la interpretación jurídica debe responder. No obstante, la propuesta que defiendiendo se limita a plantear una estrategia: para que los positivistas expliquen la posibilidad de desacuerdos teóricos, deberían abandonar su exigencia de convencionalidad, conceder que la metodología adecuada está en función del propósito de sistema, y aún así mantener que el propósito del sistema es una cuestión de facticidad social.

B. Establecer una ideología

A decir verdad, no es suficiente proponer una teoría de la interpretación jurídica que fundamente el método interpretativo en hechos sociales. La explicación positivista ha de ser también plausible. ¿Cómo sería, entonces, una teoría positivista plausible de la interpretación jurídica? Aunque las limitaciones de espacio me impiden hacer una exposición detallada, intentaré en lo que queda de esta sección esbozar las principales líneas de tal teoría⁶⁰.

⁶⁰ Exploro estos asuntos con mucho más detalle en *Interpretation and the Economy of Trust* (en preparación).

Desde mi punto de vista, la tarea propia del intérprete jurídico consiste en atribuir a la práctica jurídica los objetivos políticos que los diseñadores actuales del sistema jurídico tratan de alcanzar⁶¹. En otras palabras, los propósitos que son jurídicamente relevantes son aquellos que *explican* la práctica común, aunque no la justifican. Estos objetivos pueden ser encomiables, como la promoción del autogobierno democrático y la protección de la libertad individual, o pueden ser más sospechosos desde un punto de vista moral, como la implementación de la voluntad de Dios o el advenimiento de la revolución proletaria. La metodología adecuada para un sistema jurídico concreto será aquella que armonice mejor con los objetivos ideológicos de aquellos que diseñaron el sistema en cuestión, con independencia de la aceptabilidad moral de su ideología.

De acuerdo con esta sugerencia, la metodología interpretativa adecuada se basa en hechos sociales porque los propósitos específicos de un sistema jurídico son cuestiones de facticidad social. Que debamos considerar que un sistema jurídico promueve algún fin político G o realiza algún valor V depende de si los que diseñaron el sistema deseaban promover G o realizar V. Para descubrir los objetivos políticos de un sistema jurídico, el intérprete debe analizar su estructura institucional y determinar cuáles son los fines y valores que explican mejor por qué el sistema jurídico tiene la

⁶¹ Dado que los sistemas jurídicos siempre incluyen mecanismos para la revisión, los diseñadores de un sistema cambiarán cuando la estructura del sistema se revise intencionadamente. Los diseñadores del actual sistema norteamericano no sólo son los autores y firmantes de la Constitución de 1787, sino también los diferentes agentes de los últimos doscientos años que han cambiado el cariz del sistema. Los padres y ratificadores de la Decimocuarta Enmienda son tan diseñadores del régimen actual como los autores y firmantes de la constitución original. Cómo cambian los objetivos de un sistema a medida que se revisa la estructura institucional es una compleja cuestión que no puedo explorar aquí.

forma que tiene. Así, por ejemplo, podemos considerar que un sistema en el que se establecen disposiciones para la votación, la representación y las elecciones, así como alguna protección de la deliberación pública, es un sistema en el que se valora el autogobierno democrático. Por el contrario, una estructura institucional en la que los clérigos tienen autoridad para decidir sobre sus principios y directrices políticas, y en donde se minimiza el grado en el que las fuerzas seculares pueden afectar la dirección del derecho, es un sistema que promueve valores religiosos.

Debe subrayarse que la razón para privilegiar los objetivos de los diseñadores legales en la interpretación jurídica no es solamente el deseo de responder a las objeciones de Dworkin. Además, y lo que es más importante, el respeto a la ideología de los diseñadores es necesario para que éstos puedan hacer su trabajo, *que consiste en resolver las cuestiones acerca de qué objetivos específicos debería perseguir el grupo*⁶².

Para ver por qué esto es así, comencemos con la idea de que la función fundamental de todo sistema jurídico es alcanzar ciertos objetivos políticos y morales de carácter muy general. Estos objetivos incluyen el mantenimiento del orden, la prevención de comportamientos ilícitos e indeseables, la promoción de la justicia distributiva, la protección de los derechos, la provisión de servicios

⁶² No todo sistema jurídico tiene diseñadores o ha sido diseñado. En algunos casos, la estructura de un sistema jurídico, o alguna de sus partes, es el resultado de la costumbre. En estas situaciones, puede no haber ideología que subyazca a la estructura institucional del sistema y por tanto tampoco habrá camino para resolver los desacuerdos teóricos (de hecho, en estos casos no es ni siquiera posible este tipo de desacuerdos). Digo que *puede* no haber ideología porque los funcionarios pueden teorizar aspectos consuetudinarios previamente no teorizados del sistema y desarrollar el mismo en la dirección de esta nueva ideología. Dichos funcionarios serán considerados por tanto diseñadores, y los desacuerdos teóricos podrán resolverse invocando su ideología.

y la resolución justa de los conflictos. Cómo deberían alcanzar los sistemas jurídicos estos objetivos es, por supuesto, una cuestión compleja y polémica. ¿Qué derechos tienen los individuos y cuáles merecen protección legal? ¿Qué distribución de los bienes es justa? ¿Con qué métrica moral deberíamos valorar el comportamiento? Estas cuestiones son capaces de provocar dudas y desacuerdos profundos. Es razonable suponer que sin algún mecanismo que sirva para fijar los fines y valores específicos que debería perseguir el sistema jurídico, hay un riesgo importante de que no llegue a existir la ingente cantidad de comportamiento coordinado que se requiere para que el derecho alcance su misión moral⁶³.

Una de las funciones principales de los diseñadores del sistema jurídico es resolver las cuestiones sobre los objetivos políticos específicos de dicho sistema. Así, a través del proceso de diseño institucional, distribuyen derechos y responsabilidades de modo que, con el ejercicio de los poderes asignados, y con la observancia de los deberes establecidos, se alcancen los fines y se realicen los valores que ellos desean promover. De esta manera, el comportamiento de los miembros de la comunidad se canaliza en la dirección de los objetivos seleccionados. Con esto no quiero decir que las funciones fundamentales del derecho se puedan alcanzar simplemente mediante el respeto a la estructura institucional. En realidad, si los diseñadores no son dignos de confianza y diseñan el sistema defectuosamente, no hay garantía de que se alcancen los amplios objeti-

⁶³ Incluso en aquellos raros casos donde hay un muy amplio consenso en la comunidad sobre qué objetivos políticos específicos perseguir, cómo deben adjudicarse los conflictos entre tales objetivos, y cómo deberían ser implementados institucionalmente, existirá aún la necesidad de tener mecanismos que puedan suprimir la disidencia. Dado que en política no todo el mundo gana, hay siempre la amenaza de que el perdedor desafíe los resultados, y sin alguna forma de solucionar este tipo de disputas, la capacidad del sistema jurídico para alcanzar sus fines fundamentales estará en peligro.

vos morales antes mencionados. Lo decisivo, más bien, es que si los diseñadores son básicamente dignos de confianza, que es lo que el derecho siempre supone, respetar sus juicios sobre cómo alcanzar los objetivos fundamentales del sistema es una estrategia altamente eficaz para alcanzar realmente esos fines⁶⁴.

Una vez que reconocemos que los diseñadores jurídicos juegan esta función "resolutiva", podemos entender por qué debemos privilegiar sus resoluciones sobre fines y valores concretos cuando determinamos la metodología interpretativa. Si los miembros del grupo tuvieran la capacidad de acudir a la filosofía moral y política con objeto de determinar la justificación adecuada de la práctica jurídica, perturbarían de hecho tales cuestiones. En este sentido, explicaciones de la interpretación jurídica como la de Dworkin frustran el propósito de tener autoridades legales —puesto que permiten a los sujetos reabrir las cuestiones que las autoridades resolvieron al diseñar el sistema jurídico—. Después de todo, los juicios de los diseñadores sólo sirven para engordar la interpretación constructiva. Sus juicios sólo serán respetados en la medida en que el intérprete dworkiniano considere moralmente apropiada a la luz de la práctica común. Para hacer ese juicio, el intérprete se verá forzado a realizar reflexiones filosóficas abstractas, y a afrontar cuestiones que han desconcertado a la humanidad durante los últimos milenios.

Una vez que vemos la necesidad de respetar las resoluciones preceptivas sobre *qué* objetivos concretos perseguir, el mismo argumento aconseja respetar las decisiones sobre *cómo* deberían perseguirse específicamente dichos fines. Porque las autoridades no

⁶⁴ Debería estar claro que este argumento no implica que los miembros de la comunidad estén siempre moralmente obligados a respetar a los diseñadores del sistema. Porque cuando los diseñadores no son merecedores de confianza, o de algún modo no son dignos de ser honrados, puede no haber razón para respetar sus juicios sobre los fines fundamentales.

sólo quieren los *fines*, sino también los *medios*. Es, por tanto, su tarea determinar cómo asignar los derechos y responsabilidades a partir de sus valoraciones de la competencia y el carácter de los distintos miembros del grupo. Si una vez diseñada una institución en particular, los miembros del grupo tuvieran que preguntarse de nuevo "¿Qué cuota de poder se me debería asignar para justificar mejor la práctica?", estarían deshaciendo precisamente lo que los diseñadores intentaban hacer.

Con objeto de preservar la capacidad de las autoridades legales para diseñar (y rediseñar) un sistema jurídico, el intérprete debe respetar no sólo las decisiones de los diseñadores relativas a objetivos políticos específicos, sino también las relativas a los roles y la confianza. En consecuencia, el intérprete debe averiguar cómo dividieron el trabajo aquellos con autoridad para diseñar el sistema, y qué papeles confiaron a los distintos participantes. Además, debe determinar qué juicios o reclamos de confianza y desconfianza subyacen a esa división del trabajo. Así, por ejemplo, grandes concesiones de poder a ciertos participantes, con relativamente pocos deberes que cumplir, podrían evidenciar altos grados de confianza en la competencia y el carácter de esos individuos, mientras que, al contrario, una distribución muy dispersa del poder, con pocas oportunidades para el ejercicio de la discrecionalidad, podría sugerir un bajo nivel de confianza.

¿Cómo debería procesar un intérprete esta información sobre fines y medios? El intérprete podría comenzar confeccionando una lista de posibles metodologías interpretativas, e intentando averiguar sus propiedades básicas. Por ejemplo, debería tratar de descubrir si ciertas metodologías requieren o no un gran nivel de pericia para su aplicación, y si son fáciles de quebrantar o difíciles de manipular. Una vez descubiertas las propiedades básicas de las metodologías candidatas, el intérprete debería intentar extraer cierta información de la estructura institucional del sistema jurí-

dico en cuestión. Debería averiguar las actitudes de aquellos que diseñaron el sistema en relación a la competencia y el carácter de ciertos participantes, así como los objetivos que se les confía promover. Finalmente, el intérprete debería emplear la información obtenida en los dos pasos previos para determinar cuál es la metodología interpretativa adecuada para el sistema en cuestión. Debería tratar de averiguar qué metodologías interpretativas promueven mejor los objetivos descubiertos a la luz de las actitudes de confianza encontradas. La relación entre el método interpretativo y la ideología sistémica a menudo puede resultar bastante compleja, pero puede ser también bastante simple. He aquí un ejemplo de conexión directa: una metodología interpretativa que requiera para su aplicación efectiva de un alto grado de competencia o carácter moral sería inapropiada para sistemas donde es improcedente un alto grado de confianza; en su lugar, sería más adecuado un procedimiento hermenéutico más fácil de aplicar y menos sujeto al abuso —quizá uno que apele al mero significado, en lugar de al propósito—.

Como señalé previamente, una virtud de este tipo de propuesta es que, al no afirmar que la metodología interpretativa se determina por una convención específica sobre la metodología interpretativa adecuada, tiene la capacidad de explicar la posibilidad de los desacuerdos teóricos. Los participantes en una práctica pueden discrepar sobre la metodología interpretativa adecuada porque no están de acuerdo sobre alguno o algunos de los pasos señalados anteriormente. Pueden discutir sobre los requisitos que exigen determinadas metodologías, sobre los propósitos ideológicos del sistema, sobre su distribución de la confianza y la desconfianza, o sobre qué metodología armoniza mejor con dichos propósitos y juicios de competencia y carácter.

Nótese que esta teoría es fuertemente positivista. Dado que toma la ideología que anima un régimen como su piedra de toque,

esta explicación puede terminar recomendando una metodología interpretativa basada en un conjunto de valores y creencias moralmente cuestionables. El sistema jurídico en cuestión, por ejemplo, puede existir para promover la desigualdad racial o la intolerancia religiosa; puede incorporar visiones ridículas sobre la naturaleza humana y los límites del conocimiento. Sin embargo, el intérprete positivista toma esta ideología como dada y busca determinar qué metodología interpretativa armoniza mejor con ella.

Esta explicación de la interpretación jurídica es positivista en el sentido más importante, es decir, vincula la metodología interpretativa a los *hechos sociales*. Que un sistema jurídico tenga una cierta ideología es un hecho sobre el comportamiento y las actitudes de los grupos sociales. La explicación privilegia los hechos sociales, como mencioné antes, no por un deseo fanático de salvar al positivismo a toda costa, sino porque la alternativa haría que los sistemas jurídicos fueran incoherentes. Atribuir al sistema jurídico propósitos, división de roles y juicios de confianza moralmente justificados, destruye la división básica del trabajo entre los que determinan tales materias y aquellos que aplican tales determinaciones.

De este modo, el positivista puede sostener que los fundamentos jurídicos se determinan mediante hechos sociales y explicar los desacuerdos teóricos sobre tales fundamentos, a pesar de lo que asegura Dworkin en *Law's Empire*. Lo que he tratado de mostrar aquí es que el compromiso con los fundamentos sociales del derecho puede mantenerse en ausencia de una convención específica sobre la metodología interpretativa adecuada, siempre y cuando exista un consenso sobre los factores que determinan en última instancia la metodología interpretativa. Es decir, que el derecho estará basado en hechos sociales en la medida en que los diseñadores de turno acuerden los objetivos básicos del sistema, la competencia y el carácter de los participantes, y la distribución

adecuada de los roles⁶⁵. El hecho de que la metodología interpretativa esté determinada por estos factores no sólo reconoce que los desacuerdos teóricos son posibles, sino que también explica por qué son tan abundantes. Es altamente probable que los participantes discutan entre sí sobre cuáles son estos entendimientos compartidos y cuáles son las metodologías mejor respaldadas por ellos.

A decir verdad, una consecuencia de este enfoque es que, en ausencia de dichos entendimientos compartidos, los desacuerdos sobre la metodología interpretativa adecuada serían irresolubles. Incluso aunque tales entendimientos existan, pueden ser tan delgados que no ofrezcan apenas apoyo a ninguna de las partes en los debates interpretativos. No estoy seguro, sin embargo, de que estas implicaciones invaliden la solución que estoy ofreciendo. En primer lugar, aunque tales entendimientos no lleguen a determinar una única metodología, sí pueden excluir ciertas posiciones interpretativas. Puede no haber una respuesta correcta a estas discusiones, pero con frecuencia hay respuestas erróneas. En segundo lugar, y más importante, una teoría del derecho debería explicar la *inteligibilidad* de los desacuerdos teóricos, pero no necesariamente ofrecer una resolución de los mismos. En otras palabras, una teoría adecuada debería mostrar que tiene sentido que los participantes discutan mutuamente sobre los fundamentos del derecho. Si existe realmente una única solución a estas discusiones es una cuestión contingente y completamente distinta, y una teoría del derecho no debería, en realidad no debe, requerir una solución semejante sólo porque los participantes creen que existe.

⁶⁵ De manera similar, debe existir una comprensión compartida entre los participantes del sistema sobre quiénes son los diseñadores y cuáles son las estructuras institucionales que han creado.

7. EL FUTURO DEL DEBATE HART-DWORKIN

En un reciente artículo, "Más allá del debate Hart/Dworkin", Brian Leiter hacia la siguiente comentario provocador:

Parece que ha llegado el momento oportuno para retroceder y preguntar si el debate Hart/Dworkin merece jugar en el siglo XXI el mismo papel organizador del currículo jurisprudencial que tuvo a finales del siglo XX. Me inclino a responder esta pregunta con una negación, aunque no porque pueda ver el futuro de la teoría jurídica sin la obra maestra de Hart en su centro. Antes bien, me da la impresión —y creo que a muchos otros también— que en el debate Hart/Dworkin hay un claro ganador, tanto más ahora que parece ponerse en duda incluso el valor heurístico de las críticas dworkinianas⁶⁶.

No hace falta decir que para Leiter Hart ha sido el claro ganador y que, dada esta resonante victoria, el debate Hart-Dworkin no merece por más tiempo el lugar de honor pedagógico y de investigación que tuvo durante las cuatro últimas décadas.

Hasta cierto punto, comparto la opinión de Leiter. Si identificamos, como hace Leiter y mucho otros, el debate Hart-Dworkin únicamente con las críticas de Dworkin en "The Model of Rules I" y la discusión que provocaron, entonces pienso que han "ganado" claramente los positivistas, al menos en el sentido de que han sabido desactivar el desafío de Dworkin. Entendido de manera restringida, el debate Hart-Dworkin ha agotado ciertamente su fecha de caducidad intelectual, puesto que la cuestión sobre si el positivismo puede explicar el hecho de que los jueces a menudo tienen que aplicar principios sin pedigrí en los casos difíciles es, como dicen los abogados, una pregunta hecha y contestada.

Ahora bien, como he tratado de mostrar, la crítica de Dworkin a Hart y al positivismo jurídico no terminó con "The Model of Rules I". Su desafío evolucionó con el tiempo y, en el proceso, llegó a ser resistente a las diferentes respuestas positivistas. Así, me aparto

⁶⁶ Leiter, *supra* nota 29, p. 18.

de la compañía de Leiter cuando escribe que "No se trata, debo añadir, de que no haya ningún desafío pendiente al positivismo jurídico, sino que los asuntos importantes que ahora afronta el positivismo jurídico son diferentes a los que Dworkin hizo famosos". He argumentado, sin embargo, que el positivismo es especialmente vulnerable a la crítica de Dworkin en *Law's Empire*. Perder de vista este desafío, como han hecho muchos positivistas, es ignorar la amenaza más seria que afronta el positivismo jurídico en los comienzos del siglo veintiuno.

Las noticias sobre la muerte del debate Hart-Dworkin son, por tanto, en gran medida exageradas. Los aspectos concretos han cambiado, pero la cuestión básica, y su importancia fundamental, permanece igual hoy que hace cuarenta años. ¿Está la ley finalmente basada sólo en hechos sociales, o los hechos morales también determinan la existencia y el contenido del derecho? Sólo el futuro nos dirá quién tiene derecho a cantar victoria en este debate.

El imperio de la ley como el imperio de los principios liberales

DAVID DYZENHAUS

La concepción-derechos [del imperio de la ley] supone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales unos con respecto a otros, así como derechos políticos con respecto al Estado en su conjunto. Dicha concepción insiste en que estos derechos morales y políticos han de ser reconocidos en el derecho positivo, de modo que se hagan respetar, hasta donde sea posible, a petición de los ciudadanos individuales a través de los tribunales u otras instituciones judiciales al uso. Según esta concepción, el imperio de la ley equivale al imperio de una concepción pública apropiada de los derechos individuales. No distingue, como hace la concepción-libro de reglas, entre el imperio de la ley y la justicia sustantiva; requiere, por el contrario, como parte del ideal del derecho, que las reglas de dicho libro capturen y hagan respetar los derechos morales¹.

Ronald Dworkin

INTRODUCCIÓN

Es una creencia generalmente aceptada que el imperio de la ley constituye un elemento crucial para la legitimidad del gobierno. Los filósofos del derecho no discuten esta creencia, pero se dividen a causa de la ambigüedad que trae consigo. Aceptan que un gobierno legítimo es aquél que, entre otras cosas, opera bajo las restricciones del imperio de la ley, pero discrepan sobre si dichas restricciones son suficientes para garantizar un gobierno razonablemente legítimo. Como veremos enseguida, este desacuerdo estimula algunas conside-

¹ Ronald Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law", en *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), pp. 11-2.