

HART, H. L. A. “Post Scriptum”, en *Estudios Públicos* N° 65, 1997,  
pp. 225-263.

---

 ENSAYO
 

---

## POST SCRIPTUM

(EL CONCEPTO DE DERECHO)\*

H. L. A. Hart

Indiscutiblemente, H. L. A. Hart es uno de los teóricos legales más lúcidos e influyentes de este siglo. Su obra más emblemática, *El concepto de Derecho* (1961), es una referencia obligada si se quiere dar una debida cuenta del panorama actual de la filosofía y teoría del Derecho. Ello no sólo en la tradición anglosajona —su referente más inmediato—, sino que también en las culturas jurídicas que, como la nuestra, remontan sus raíces a Europa continental.

Tanto en el ámbito jurídico como en la teoría moral y política, el impacto del *Concepto de Derecho* ha sido profundo y ha dado lugar a un debate muy fructífero y aún en marcha. Hart quiso hacerse cargo de algunos aspectos de esta discusión, agregando una nueva sección al final del libro. Sin embargo, no concluyó esta tarea y dejó un manuscrito, cuya primera parte, de dos, quedó casi terminada. Penelope A. Bulloch y Joseph Raz realizaron un cuidadoso trabajo de edición de esa primera parte y, reconstituyendo con las propias notas dejadas por Hart aquellos pocos párrafos incompletos, han incluido un “Post Scriptum” en la segunda edición de *El concepto de Derecho* (1994).

---

H. L. A. HART. Fue Fellow del University College (Oxford) y tuvo a su cargo, hasta fines de los años sesenta, la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford. Autor de *Causation in the Law* (1959), en conjunto con A. M. Honore; *The Concept of Law* (1961, primera edición); *Law, Liberty and Morality* (1963), y *Punishment and Responsibility* (1968), además de numerosos artículos publicados en revistas filosóficas y jurídicas.

\* Traducido de H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2ª edición, 1994), con permiso de Oxford University Press. © Oxford University Press 1961, 1994.

*Estudios Públicos*, 65 (verano 1997).

En él, Hart responde a la crítica de su obra escogiendo fundamentalmente las de Ronald Dworkin. De este modo, Hart se detiene en el genuino carácter del positivismo legal, vuelve sobre la teoría de las reglas jurídicas a la luz de la distinción entre reglas y principios, reconsidera el *status* y función de la regla de reconocimiento de cara a esta misma distinción, avanza en las relaciones entre Derecho y moral y, por último, retoma el delicado problema de la discreción judicial. En esta tarea, Hart despliega la sofisticación intelectual y simpleza expositiva que lo caracterizó, sin escapársele el progresivo desplazamiento epistemológico experimentado por Dworkin hacia el paradigma hermenéutico.

## Introducción\*

Este libro [*The Concept of Law*] se publicó por primera vez hace treinta y dos años. A contar de entonces, la jurisprudencia y la filosofía se han acercado una a la otra y, tanto en este país como en los Estados Unidos, la teoría jurídica ha tenido un desarrollo notable. Querría pensar que mi trabajo contribuyó a estimular esta evolución, pese a que en el ámbito académico los juristas y los filósofos que han criticado mis principales planteamientos han sido casi tan numerosos como aquellos que los han acogido. En todo caso, el hecho es que aunque escribí el libro pensando en los estudiantes ingleses de pregrado, su difusión ha sido mucho mayor y ha generado un elevado número de estudios críticos adicionales, tanto en el mundo de habla inglesa como en varios países en que se han publicado sus traducciones. Gran parte de esos textos críticos corresponden a artículos aparecidos en revistas de Derecho y de filosofía, pero además se han publicado algunas obras importantes en las que varios de los postulados del libro [*The Concept of Law*] han sido blanco de reparos y han servido de punto de partida para que los críticos dieran a conocer sus propias teorías acerca del Derecho.

Aunque he devuelto algunos de los dardos de mis críticos, en especial del profesor Lon Fuller<sup>1</sup>, ya fallecido, y del profesor R. M. Dworkin<sup>2</sup>,

---

\* Las notas de pie de página que figuran entre corchetes fueron agregadas por los editores Penelope A. Bulloch y Joseph Raz.

<sup>1</sup> Véase mi crítica a su *The Morality of Law* (1964), en 78 *Harvard Law Review*, 1281 (1965), reproducida en mi obra *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), p. 343.

<sup>2</sup> Véanse mis ensayos “Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976”, en 51 *New York University Law Review*, 538 (1976); “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, 11 *Georgia Law Review*, 969 (1977); “Between Utility and Rights”, 79 *Columbia Law Review*, 828 (1979). Todos los títulos anteriores se incluyeron en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Véanse también “Legal Duties and Obligation”, cap. VI, en mi obra *Essays on Bentham* (1982), y “Comment”, en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (1987), p. 35.

hasta ahora nunca los había rebatido en profundidad. Por el contrario, preferí situarme como observador y sacar partido de un debate sumamente instructivo en el que algunos de los críticos han discrepado entre sí casi tanto como conmigo. Sin embargo, en este “Post Scriptum” procuro responder a algunas de las amplias objeciones formuladas por Dworkin en muchos de los trascendentes artículos reunidos en *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y en *Law’s Empire* (1986)<sup>3</sup>. En este “Post Scriptum” centro la atención, sobre todo, en las críticas expresadas por Dworkin, no sólo porque ha sostenido que casi todos los planteamientos de este libro [*The Concept of Law*] son totalmente errados, sino porque ha puesto en duda todo mi concepto de la teoría del Derecho y la forma en que debería operar, según se señalaría implícitamente en mi libro. En general, las críticas de Dworkin a las ideas principales de mi libro han sido bastante congruentes a lo largo de los años, pero ha habido importantes cambios tanto en la sustancia de algunos argumentos como en la terminología en que han sido expresados. Algunas de las críticas que se destacaban en sus primeros ensayos no figuran en su obra posterior, pese a que no se ha desistido expresamente de ellas. Sin embargo, esas primeras objeciones se han difundido ampliamente y han ejercido gran influencia, por lo que me parece que procede responder a ellas, así como a las críticas posteriores.

La primera y más larga sección del presente ensayo se ocupa de los argumentos de Dworkin, pero en la segunda sección recojo lo sostenido por otros críticos, en el sentido de que algunos de mis planteamientos no sólo son abstrusos y errados, sino que a veces hasta incongruentes y contradictorios<sup>4</sup>. Tengo que reconocer que en más oportunidades de las que querría confesar, mis críticos han tenido la razón y quiero aprovechar este “Post Scriptum” para aclarar lo que es confuso y revisar lo que escribí originalmente, cuando resultó ser incongruente o contradictorio.

## 1. Naturaleza de la Teoría Jurídica

Al escribir este libro [*The Concept of Law*], mi intención fue formular una teoría del Derecho a la vez general y descriptiva. *General*, porque no está referida a ningún sistema legal o cultura jurídica determinada, sino que procura explicar el Derecho en forma ilustrativa y aclaratoria en cuanto institución social y política compleja, dotada de una dimensión controlada por reglas (y,

<sup>3</sup> En adelante *TRS*, *AMP* y *LE*, respectivamente. [N. del T.: *TRS* y *LE* están traducidos al castellano, respectivamente, bajo los siguientes títulos: *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984) y *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988).]

<sup>4</sup> [Hart no concluyó la segunda de las dos secciones aquí mencionadas. Véase Nota de los editores a la segunda edición de *The Concept of Law* (1994), pp. vii-ix].

en este sentido, dotada de un aspecto “normativo”). Pese a las numerosas variantes que ha tenido a través de distintas culturas y épocas, la institución del Derecho generalmente ha conservado su forma y estructura, por mucho que en torno a ella hayan surgido diversos equívocos y ficciones que inducen a confusión y que es preciso aclarar. El punto de partida de esta tarea aclaratoria, como se indica en la página 3 de este libro [*The Concept of Law*], es la idea general que tiene una persona instruida acerca de las principales características de un régimen jurídico moderno y de carácter nacional. Mi teoría es *descriptiva* en el sentido de que es imparcial desde el punto de vista moral y no tiene fines justificatorios: no pretende justificar ni encomiar, por motivos morales o de otra índole, las formas y estructuras que figuran en mi planteamiento general del Derecho, aunque, a mi juicio, antes de poder formularles una crítica moral útil, es importante conocerlas cabalmente.

Para llevar a cabo esta labor descriptiva utilizo reiteradamente conceptos tales como *reglas que imponen deberes*, *reglas que otorgan facultades*, *reglas de reconocimiento*, *reglas de cambio*, *aceptación de las reglas*, *puntos de vista internos y externos*, *afirmaciones internas y externas*, y *validez legal*. Estos conceptos centran la atención en los elementos en función de los cuales es posible analizar claramente una serie de instituciones y prácticas jurídicas, y responder a interrogantes relativas a la naturaleza general del Derecho que surgen al reflexionar acerca de estas instituciones y prácticas. Entre otras cosas, cabe preguntarse qué son las reglas, en qué difieren de simples hábitos o regularidades de comportamiento, si hay tipos radicalmente diferentes de reglas jurídicas, cómo podrían relacionarse las reglas, qué se requiere para que las reglas constituyan un sistema y cómo las normas jurídicas y el poder que éstas tienen se relacionan, por una parte, con las amenazas y, por la otra, con los requisitos morales<sup>5</sup>.

Concebida así, a la vez en forma descriptiva y general, la teoría del Derecho difiere totalmente de la idea de Dworkin de que dicha teoría (lo que él a menudo denomina “jurisprudencia”) es en parte evaluativa y justificatoria y está “dirigida a una cultura jurídica determinada”<sup>6</sup>, que generalmente es la del propio autor de la teoría y, en el caso de Dworkin, la del Derecho angloamericano. Dworkin dice que la labor central de la teoría jurídica concebida de esta manera es “interpretativa”<sup>7</sup> y en parte evaluativa, puesto que consiste en la identificación de los principios que “calzan” o concuerdan mejor con el Derecho establecido y con las prácticas jurídicas de un sistema legal y que, al mismo tiempo, proveen su mejor

<sup>5</sup> Véase H. L. A. Hart, “Comment”, en Gavison, *supra*, Nº 2, p. 35.

<sup>6</sup> *LE*, p. 102.

<sup>7</sup> *LE*, cap. 3.

justificación moral, por lo que muestran al Derecho “bajo su mejor luz”<sup>8</sup>. A juicio de Dworkin, los principios así establecidos no sólo forman parte de una teoría del Derecho sino que, además, son implícitamente elementos del propio Derecho. Así, para él, la “jurisprudencia” es la parte general de la adjudicación, el prólogo mudo de cualquier fallo judicial<sup>9</sup>. En sus primeros trabajos se refería a estos principios simplemente como “la teoría más sólida acerca del Derecho”<sup>10</sup>, pero en su obra posterior, *Law's Empire*, dice que estos principios y los postulados de Derecho que de ellos se desprenden son Derecho en un “sentido interpretativo”. Para Dworkin, la práctica jurídica establecida, o los paradigmas del Derecho que debe interpretar esta teoría interpretativa, son “preinterpretativos”<sup>11</sup> y se supone que el teórico no tendrá problemas ni labor teórica que realizar para reconocer estos datos preinterpretativos, puesto que se establecen por consenso general de los juristas de sistemas jurídicos determinados<sup>12</sup>.

No veo por qué deban, o de hecho puedan, surgir conflictos importantes entre planteamientos tan distintos acerca de la teoría del Derecho como el mío y el de Dworkin. Así, gran parte de su obra, incluso *Law's Empire*, gira en torno a las ventajas relativas de tres versiones diferentes de la forma en que el Derecho (las “decisiones políticas del pasado”)<sup>13</sup> justifica la coacción, y de este modo ofrece tres tipos diferentes de teoría del Derecho que denomina, respectivamente, “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” y “el Derecho como integridad”<sup>14</sup>. Todo lo que dice sobre estos tres tipos de teorías es de gran interés e importancia como contribución a una jurisprudencia evaluativa justificatoria y no pretendo rebatir su detenido análisis de esas ideas interpretativas<sup>15</sup>, salvo en cuanto sostiene que una teoría positivista del Derecho como la que se ofrece en este libro [*The Concept of Law*] puede replantearse de manera reveladora como una teoría interpretativa de esa naturaleza. A mi juicio, esto último es un error y más adelante explico mis razones para rechazar cualquier versión interpretativa de este tipo acerca de mi teoría.

<sup>8</sup> *LE*, p. 90.

<sup>9</sup> *LE*, p. 90.

<sup>10</sup> *TRS*, p. 66.

<sup>11</sup> *LE*, pp. 65-66.

<sup>12</sup> Sin embargo, Dworkin advierte que la identificación de ese Derecho preinterpretativo de por sí puede entrañar una interpretación. Véase *LE*, p. 66.

<sup>13</sup> *LE*, p. 93.

<sup>14</sup> *LE*, p. 94.

<sup>15</sup> Sin embargo, cabe señalar que algunos críticos, por ejemplo, Michael Moore en su artículo “The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?”, 41 *Stanford Law Review*, 871 (1989), pp. 947-948, pese a aceptar que la práctica jurídica es interpretativa en el sentido que le atribuye Dworkin, niega que la teoría del Derecho pueda ser interpretativa.

Sin embargo, Dworkin expresa en sus escritos que una teoría del Derecho de carácter general y descriptiva es desacertada o, en el mejor de los casos, simplemente inútil. “Las teorías útiles acerca del Derecho”, dice, “interpretan una etapa determinada de una práctica históricamente en evolución”<sup>16</sup>, y antes ya había sostenido que “la distinción tajante entre descripción y evaluación ha debilitado la teoría jurídica”<sup>17</sup>.

La verdad es que me cuesta comprender las razones por las cuales Dworkin rechaza la teoría descriptiva del Derecho, o “jurisprudencia” como la llama a menudo. Al parecer, su principal objeción es que la teoría del Derecho debe tener en cuenta un aspecto interno del Derecho, que es el punto de vista de una persona interiorizada acerca de un sistema legal, o que forma parte de él, y ninguna teoría descriptiva cuya perspectiva no es la de un participante, sino la de un observador externo, puede explicar adecuadamente este aspecto interno<sup>18</sup>. Pero, en realidad, el proyecto de jurisprudencia descriptiva que se ilustra en mi libro [*The Concept of Law*] en nada impide que un observador externo no participante describa las formas en que los participantes conciben el Derecho desde ese punto de vista interno. Por esta razón, en mi libro expliqué con cierto detenimiento que los participantes expresan su punto de vista interno al aceptar que el Derecho proporciona pautas de conducta y criterios de crítica. Naturalmente, los defensores de la teoría descriptiva del Derecho, en su calidad de tales, no aceptan el Derecho de la manera en que lo hacen los participantes, pero pueden y deben describir esa aceptación, como efectivamente procuré hacerlo en el libro. Es cierto que para ello el partidario de la teoría jurídica descriptiva debe *comprender* qué entraña adoptar el punto de vista interno y en ese sentido limitado debe ser capaz de ponerse en el lugar del partícipe, lo que no quiere decir que acepte el Derecho o que comparta o haga suyo su punto de vista interno, ni que de alguna otra manera renuncie a su posición descriptiva.

En su crítica de la jurisprudencia descriptiva, Dworkin parece descartar esta evidente posibilidad de que un observador externo tenga en cuenta de esta manera descriptiva el punto de vista interno de un participante, puesto que, como dije, define la jurisprudencia como la “parte general de la adjudicación”, y esto equivale a considerar que la jurisprudencia o la

<sup>16</sup> *LE*, p. 102; cf. “Las teorías generales del Derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial”. *LE*, p. 410.

<sup>17</sup> *AMP*, p. 148; cf. “las teorías jurídicas no pueden razonablemente concebirse como (...) versiones imparciales de la práctica social”, en “A Reply by Ronald Dworkin”, Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1983) [en adelante *RDCJ*], pp. 247-254.

<sup>18</sup> [Véase *LE*, pp. 13-14.]

teoría del Derecho son en sí parte del sistema jurídico, mirado desde el punto de vista interno de los que operan en el sistema judicial. Sin embargo, los partidarios de la teoría descriptiva del Derecho pueden comprender y describir el punto de vista interno acerca del Derecho que tienen los participantes, sin tener que adoptarlo o compartirlo. Incluso si (como han sostenido Neil McCormick<sup>19</sup> y otros críticos) el punto de vista interno del participante, manifestado en su aceptación de que el Derecho proporciona pautas de conducta y criterios de crítica, necesariamente incluyera también la convicción de que hay razones morales para ajustarse a las exigencias del Derecho y razones morales que justifican que éste se valga de la coacción, esto sería algo que también debiera registrar una jurisprudencia descriptiva y moralmente neutra, pero no respaldar ni compartir.

Sin embargo, en respuesta a mi afirmación de que las cuestiones en parte evaluativas, que él denomina ‘interpretativas’, no son las únicas que corresponde tratar a la jurisprudencia y a la teoría del Derecho, y de que a la jurisprudencia general y descriptiva le corresponde un papel importante, Dworkin ha reconocido que ello es así y ha explicado que observaciones suyas tales como que “la jurisprudencia es la parte general de la adjudicación” necesitan precisarse, puesto que, como ahora sostiene, ello sólo es “efectivo respecto de la jurisprudencia relativa a la cuestión del sentido”<sup>20</sup>. Acojo con agrado esta enmienda importante de lo que parecía ser la pretensión absurda y, como el mismo Dworkin ha señalado, “imperialista”, de que la única forma adecuada de teoría jurídica es interpretativa y evaluativa.

Pero aun así me resultan muy sorprendentes las siguientes palabras de advertencia con que Dworkin acompaña ahora su desistimiento de esta pretensión supuestamente imperialista: “No obstante cabe destacar lo mucho que ha penetrado dicha cuestión [del sentido] en los problemas examinados por teorías generales como la de Hart”<sup>21</sup>. La pertinencia de esta advertencia no es clara. Las cuestiones que he analizado (véase la lista en la p. 228 supra) incluyen preguntas tales como cuál es la relación entre el Derecho y las amenazas de coacción, por una parte, y las exigencias de la moral, por la otra, y Dworkin parece advertir que al examinar esta clase de cuestiones incluso los partidarios de la teoría descriptiva tendrán que responder a interrogantes relacionadas con el sentido o significado de los postulados de Derecho que sólo pueden dilucidarse satisfactoriamente mediante una teoría del Derecho interpretativa y en parte evaluativa. Si real-

<sup>19</sup> [Véase *Legal Reasonings and Legal Theory* (1978), pp. 63-64, 139-140.]

<sup>20</sup> R. M. Dworkin, “Legal Theory and the Problem of Sense”, en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart* (1987), p.19.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

mente esto fuera así, para establecer el sentido de un determinado postulado de Derecho, incluso los defensores de la teoría descriptiva del Derecho tendrán que formular y contestar la siguiente pregunta interpretativa y evaluativa: “¿Qué sentido habrá que atribuir a este postulado si éste se desprende de los principios que calzan mejor con el Derecho establecido y mejor lo justifican?” Pero, aunque fuera cierto que los partidarios de la teoría general y descriptiva del Derecho que traten de responder al tipo de preguntas que he mencionado deberán determinar el significado de los enunciados jurídicos en muchos sistemas legales diferentes, no parece haber razón para aceptar que esto *deba* hacerse formulando la pregunta interpretativa y evaluativa sugerida por Dworkin. Incluso si los propios magistrados y juristas de los sistemas legales, que debieron tener en cuenta a los representantes de la teoría general y descriptiva del Derecho, resolvieran efectivamente las cuestiones de sentido de esta manera interpretativa y en parte evaluativa, esto sería algo de que el teórico descriptivo tendría que dejar constancia como un hecho en el cual basar sus conclusiones de índole descriptiva y general respecto del significado de aquellos enunciados de Derecho. Naturalmente, sería un grave error suponer que, por el hecho de que estas conclusiones tengan tal fundamento, ellas mismas deban ser interpretativas y evaluativas y que, al darlas a conocer, el teórico se ha apartado de la labor de descripción y ha optado por la de interpretación y evaluación. La descripción puede seguir siendo descripción, aunque lo que describa sea una evaluación.

## 2. Naturaleza del positivismo jurídico

### i) El positivismo como teoría semántica

Según Dworkin, mi libro [*The Concept of Law*] es representativo del positivismo jurídico moderno, que se diferencia de versiones anteriores, como las de Bentham y Austin principalmente, porque en él se rechazan las teorías imperativas que éstos tenían acerca del Derecho y, a la vez, su idea de que todo el Derecho emana de una persona u órgano legislativo soberano que no está sujeto a limitaciones legales. A juicio de Dworkin, mi versión del positivismo jurídico adolece de numerosos errores, diversos pero conexos. El principal es la idea de que la verdad de enunciados jurídicos como los que describen derechos y obligaciones legales depende únicamente de hechos históricos, incluso relacionados con convicciones personales y actitudes sociales<sup>22</sup>. Los hechos de los que depende la verdad de los postulados

<sup>22</sup> *LE*, pp. 6 y sgtes.

de Derecho constituyen lo que Dworkin denomina “los fundamentos del Derecho”<sup>23</sup> y, según él, los positivistas sostienen erradamente que se determinan por reglas lingüísticas, compartidas por magistrados y juristas, que rigen el uso y en consecuencia el significado de la palabra “Derecho”, tanto cuando ella aparece en declaraciones acerca de lo que es “el Derecho” de un sistema particular en cierto momento, como en planteamientos acerca de lo que es “Derecho” (esto es, el Derecho en general)<sup>24</sup>. Desde este punto de vista positivista del Derecho habría que deducir que las únicas discrepancias que pueden producirse acerca de cuestiones de Derecho son las relativas a la existencia o inexistencia de estos hechos históricos; no puede haber discrepancias o controversias teóricas acerca de lo que son los “fundamentos” del Derecho.

Dworkin dedica numerosas e ilustrativas páginas de su crítica del positivismo jurídico a demostrar que, contrariamente a lo que sostienen los positivistas, la discrepancia teórica acerca de lo que son los fundamentos del Derecho es uno de los rasgos salientes de la práctica jurídica angloamericana. En contraposición al punto de vista de que éstos se determinan incontrovertiblemente por reglas lingüísticas compartidas por jueces y abogados, Dworkin insiste en que son fundamentalmente debatibles, puesto que no sólo comprenden hechos históricos sino que, a menudo, apreciaciones morales y juicios de valor susceptibles de controversia.

Dworkin ofrece dos interpretaciones muy diferentes acerca de la manera en que positivistas como yo hemos llegado a adoptar este punto de vista profundamente errado. De acuerdo con la primera de esas interpretaciones, los positivistas creen que si los fundamentos del Derecho no fueran establecidos de manera irrefutable mediante normas, sino que fueran una cuestión discutible que permitiera discrepancias teóricas, la palabra “Derecho” *significaría* cosas distintas para diferentes personas y al usarla estarían incurriendo simplemente en un diálogo de sordos, no comunicándose sobre la misma cosa. A juicio de Dworkin, esta convicción que se atribuye a los positivistas es totalmente equivocada, y señala que la razón, supuestamente basada en esa convicción, que aducen los positivistas para negar que los fundamentos del Derecho sean controvertibles es un “aguijón semántico”<sup>25</sup>, porque se apoya en una teoría acerca del significado de la palabra “Derecho”. Por esta razón, en *Law's Empire*, Dworkin se propuso retirar ese “aguijón semántico”.

<sup>23</sup> *LE*, p. 4.

<sup>24</sup> *LE*, pp. 31 y sgtes.

<sup>25</sup> *LE*, p. 45.

No obstante que en el primer capítulo de *Law's Empire* se dice que, junto con Austin, soy partidario de la teoría semántica y que, por lo tanto, derivado del significado de la palabra “Derecho” una teoría positivista del Derecho basada en hechos puros y simples, y que me ha picado el aguijón semántico, la verdad es que nada de lo que expreso en mi libro [*The Concept of Law*] ni cosa alguna que haya escrito respalda tal interpretación de mi teoría. Así pues, mi doctrina de que los sistemas avanzados de Derecho de carácter nacional contienen una regla de reconocimiento que especifica los criterios para establecer las leyes que deben aplicar los tribunales, podría estar equivocada; pero en ningún momento baso esa doctrina en la errada idea de que es parte del significado de la palabra “Derecho” el que todos los sistemas legales contemplan una regla de reconocimiento de esta naturaleza, ni en la idea más equivocada aún de que si los criterios para establecer los fundamentos del Derecho no estuvieran incontrovertiblemente fijados, el “Derecho” *significaría* cosas diferentes para distintas personas.

En realidad, esta última afirmación que se me atribuye confunde el *significado* de un concepto con los criterios para su *aplicación*, de tal modo que, lejos de aceptarlo, al explicar el concepto de justicia advertí expresamente (p. 160 [*The Concept of Law*]) que los elementos de juicio para la aplicación de un concepto cuyo significado es constante pueden variar y ser controvertibles. Para dejar esto en claro, de hecho hice el mismo distinguo, que Dworkin subraya en su obra posterior, entre concepto e ideas diferentes acerca de un concepto<sup>26</sup>.

Finalmente, Dworkin también insiste en que la afirmación de los positivistas de que la suya no es una teoría semántica del Derecho, sino una reseña descriptiva de los rasgos que distinguen el Derecho en general como fenómeno social de carácter complejo, se contraponen a una teoría semántica hueca y engañosa. Su razonamiento<sup>27</sup> consiste en que, después de todo, ya que una de las características que distinguen el Derecho como fenómeno social es que los juristas discuten la veracidad de los postulados jurídicos y “explican” esto remitiéndose al significado de dichos postulados, tal teoría descriptiva del Derecho tiene que ser semántica<sup>28</sup>. A mi juicio, este argumento confunde el significado de la palabra “Derecho” con el de los postu-

<sup>26</sup> Acerca de esta distinción, véase John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), pp. 5-6, 10. [Al distinguir el concepto de justicia de las ideas sobre la justicia, Rawls sostiene que “Aquí sigo lo que dice H. L. A. Hart (*The Concept of Law*, primera edición, pp.155-159). Véase *A Theory of Justice*, p. 5 n. 1.] [Existe traducción al castellano del libro *A Theory of Justice* bajo el título *Teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).]

<sup>27</sup> *LE*, pp. 418-419, n. 29.

<sup>28</sup> Véase *LE*, pp. 31-33.

lados jurídicos. Según Dworkin, una teoría semántica del Derecho es aquella en virtud de la cual el propio significado de la palabra “Derecho” hace que el Derecho dependa de ciertos elementos concretos. Sin embargo, por lo general los postulados de Derecho no son afirmaciones acerca de lo que es Derecho, sino acerca de lo que es *el Derecho*, esto es, lo que el Derecho de un sistema permite o exige o faculta a las personas para hacer. Así pues, aunque el significado de estos postulados de Derecho se determinara mediante definiciones, o por sus condiciones de veracidad, ello no lleva a concluir que el sentido mismo de la palabra “Derecho” dependa de ciertos elementos concretos. Ello sólo sería así si los elementos que proporciona la regla de reconocimiento de un sistema y la necesidad de que exista esta regla derivaran del significado de la palabra “Derecho”. Pero mi obra en ningún momento lo sugiere<sup>29</sup>.

Dworkin también tergiversa en otro sentido mi versión del positivismo jurídico. A su juicio, mi doctrina de la regla de reconocimiento exige que los elementos de juicio para identificar el Derecho consistan en hechos históricos y, en consecuencia, es un ejemplo de “positivismo basado en hechos puros y simples” (*plain-fact positivism*)<sup>30</sup>. Sin embargo, aunque los principales ejemplos que ofrezco de los elementos que proporciona la regla de reconocimiento se refieren a lo que Dworkin denomina “pedigrí”<sup>31</sup>, que sólo se ocupan de la forma en que las instituciones jurídicas adoptan o crean el Derecho y no de su contenido, tanto en esta obra (p. 72 [*The Concept of Law*]) como en mi artículo anterior titulado “Positivism and the Separation of Law and Morals”<sup>32</sup> señalo expresamente que en algunos sistemas de Derecho, como el de los Estados Unidos, los elementos de juicio que en definitiva establecen la validez jurídica podrían incorporar expresamente, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales de fondo, y éstos pueden constituir el contenido de restricciones jurídicas de orden constitucional. Al atribuirme un positivismo “de hechos puros y simples” en *Law's Empire*, Dworkin pasa por alto este aspecto de mi teoría. Por esta razón, no hay duda de que la versión semántica de este positivismo que me atribuye no es mía, como tampoco lo es cualquiera forma de positivismo de hechos puros y simples.

<sup>29</sup> Véase la p. 209 [*The Concept of Law*, segunda edición], donde rechazo toda hipótesis de esta naturaleza.

<sup>30</sup> [Esta frase es de Hart y no figura en *LE*.]

<sup>31</sup> *TRS*, p. 17.

<sup>32</sup> 71 *Harvard Law Review*, 598 (1958), reproducido en mi obra *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (véanse especialmente pp. 54-55).

## ii) El positivismo como teoría interpretativa

En su segunda versión del positivismo de hechos puros y simples, Dworkin no lo trata como una teoría semántica, ni como si se basara en consideraciones lingüísticas, sino que procura replantearlo como una modalidad de su teoría interpretativa, que denomina “convencionalismo”. De acuerdo con esta modalidad (que Dworkin termina rechazando por defectuosa), los positivistas, a modo de un teórico interpretativo empeñado en mostrar al Derecho bajo su mejor luz, dicen que los elementos de juicio acerca del Derecho son hechos puros y simples, establecidos de manera incontrovertible, no por el léxico jurídico como en la versión semántica, sino por una convicción compartida por jueces y juristas. Esto arroja una luz favorable sobre el Derecho, pues lo muestra como si garantizara algo que es de gran valor para los sujetos de Derecho, a saber, que las posibilidades de coacción dependen de hechos que están al alcance de todos, de manera que antes de que ella se ejerza, habrán sido adecuadamente advertidos. Dworkin dice que esto es “el ideal de las expectativas protegidas”<sup>33</sup>, sólo que, en definitiva, las ventajas de este ideal no pesan más que sus diversos defectos.

Sin embargo, no puede decirse que esta versión interpretativa del positivismo como convencionalismo sea una versión o replanteamiento plausible de mi teoría del Derecho, y ello por dos razones. Primero, como ya lo indiqué, mi teoría no es una versión del positivismo que se basa en hechos puros y simples, pues admite valores y no únicamente hechos “puros y simples” como criterios del Derecho. Pero, en un segundo y más importante lugar, mientras que todas las versiones de la teoría interpretativa del Derecho propuestas por Dworkin se basan en el supuesto de que la finalidad o propósito del Derecho y de la práctica jurídica es justificar la coacción<sup>34</sup>, yo no sostengo y nunca he sostenido que así sea. Al igual que otras formas de positivismo, mi teoría no pretende establecer la finalidad o propósito del Derecho y de la práctica jurídica como tales, de tal modo que ella en ningún momento respalda el punto de vista de Dworkin, que desde luego no comparto, en el sentido de que la finalidad del Derecho es justificar el empleo de la coacción. En realidad, me parece que no tiene sentido buscarle al Derecho una finalidad más concreta que la de proporcionar directrices a la conducta humana y pautas para criticar esa conducta. Naturalmente, esto no servirá para distinguir las leyes de otras normas o principios cuyo propósito general es el mismo; el Derecho se distingue porque contempla reglas

<sup>33</sup> *LE*, p. 117.

<sup>34</sup> [*LE*, p. 93.]

secundarias para establecer, modificar y hacer cumplir sus normas, así como por su pretensión general de que tiene prioridad sobre las demás normas. Sin embargo, aunque mi teoría adhiriera firmemente a la versión convencional del positivismo basado en hechos puros y simples, que ampara las expectativas al garantizar que generalmente se podrán conocer de antemano los casos en que procede la coacción, ello sólo demostraría que yo considero que ésta es una ventaja moral especial del Derecho, pero no su única finalidad. Como los casos en que procede la coacción son principalmente casos en que se ha desarticulado la función principal del Derecho consistente en orientar el comportamiento de sus sujetos, la coacción, pese a ser importante, es una función secundaria. No es razonable considerar que su justificación sea la finalidad o propósito del Derecho como tal.

Las razones que invoca Dworkin para replantear mi teoría jurídica como una teoría interpretativa convencional, que postula que la coacción sólo se justifica “cuando se ajusta a supuestos convencionales”,<sup>35</sup> se basa en mi reseña de los “Elementos del Derecho”, que figura en la Sección 3 del Capítulo V de mi libro [*The Concept of Law*]. Allí señalo que las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación son medios para subsanar los defectos de un sistema sencillo de carácter imaginario, que se compone únicamente de reglas primarias de obligación. Estos defectos son la *incertidumbre* respecto de la identidad de las reglas, su carácter *estático* y la *ineficiente* pérdida de tiempo que entraña la presión social difusa como único medio de hacer cumplir las reglas. Sin embargo, al plantear que estas reglas secundarias son la forma de subsanar estos defectos, en ningún momento sostengo que la coacción se *justifica* únicamente cuando se ajusta a estas reglas, y todavía menos que la finalidad o propósito del Derecho en general sea proporcionar esta justificación. En realidad, la única vez que aludo a la coacción, al analizar las reglas secundarias, es cuando me refiero a lo *ineficiente* que resulta entregar el cumplimiento de las reglas a una presión social generalizada y no a sanciones organizadas y administradas por los tribunales. Pero no hay duda de que resolver la ineficiencia no constituye justificación.

Desde luego, no puede negarse que al permitir que las personas a menudo conozcan de antemano cuándo procede la coacción, el agregar al régimen de reglas primarias de obligación una segunda regla de reconocimiento contribuirá a justificar la coacción, por cuanto eliminará una objeción moral a su uso. Sin embargo, el conocimiento cierto y anticipado de las exigencias del Derecho que trae consigo la regla del reconocimiento es

<sup>35</sup> LE, p. 429 n. 3.

importante no sólo cuando está en juego la coacción, sino que es igualmente decisiva para el ejercicio inteligente de las facultades jurídicas (por ejemplo, otorgar testamento o celebrar contratos) y, en general, para planificar inteligentemente la vida privada y pública. Por lo tanto, no puede decirse que la finalidad o propósito general de la regla de reconocimiento sea justificar la coacción, como tampoco que ésta sea la finalidad o propósito general del Derecho en su conjunto. Mi teoría en ningún momento sugiere que pueda serlo.

### iii) El positivismo “blando”

Cuando me atribuye una doctrina de positivismo “de hechos puros y simples”, Dworkin considera erradamente que mi teoría no sólo exige (como efectivamente lo hace) que la existencia y autoridad de la regla de reconocimiento dependan de que sea aceptada por los tribunales, sino también (y esto no lo exige) que los criterios acerca de la validez jurídica que ella proporciona consistan exclusivamente en el tipo de hechos simples que él llama cuestiones de “pedigrí” y que se relacionan con la forma y manera de crear o de adoptar el Derecho. Esto es doblemente equivocado. Primero, pasa por alto el hecho de que reconozco expresamente que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios relativos a la validez jurídica la concordancia con principios morales o valores substantivos, de tal modo que mi doctrina es lo que se ha denominado “positivismo blando” (*soft positivism*) y no, como ha dicho Dworkin, un positivismo de “hechos puros y simples”. En segundo lugar, mi obra en ningún momento sugiere que los criterios relativos a hechos puros y simples que proporciona la regla de reconocimiento deban ser únicamente cuestiones de pedigrí, ya que también pueden ser restricciones de fondo al contenido de disposiciones legales tales como la Decimosexta o Decimonovena Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos sobre la libertad de culto o las restricciones del derecho a sufragio.

Pero esto no contesta las principales críticas de Dworkin, porque al responder a otros teóricos que también han adoptado alguna modalidad de positivismo blando<sup>36</sup>, ha formulado críticas importantes a su respecto que, de ser válidas, serían aplicables a mi teoría y en consecuencia merecen responderse aquí.

<sup>36</sup> Véanse sus réplicas a E. S. Soper y J. L. Coleman en *RDCJ*, pp. 247 y sgtes., y 252 y sgtes.

La principal crítica de Dworkin es que hay una profunda inconsistencia entre el positivismo blando, que permite que la identificación del Derecho dependa de cuestiones controvertibles acerca de su concordancia con la moral u otros juicios de valor, y la “imagen” que tienen del Derecho los positivistas en general, según la cual éste se ocupa fundamentalmente de proporcionar pautas confiables de conducta pública, que puedan identificarse con certeza como cuestiones de hecho y no dependan de razones morales controvertibles<sup>37</sup>. Para demostrar la incompatibilidad entre el positivismo blando y el resto de mi teoría, Dworkin dice que mi versión de la regla de reconocimiento subsana, entre otros defectos, la incertidumbre del imaginado régimen prejurídico de reglas primarias de obligación de carácter consuetudinario.

A mi juicio, esta crítica del positivismo blando exagera el grado de certidumbre que el positivista consecuente debe atribuir a un conjunto de criterios jurídicos, así como exagera la incertidumbre que habrá de resultar si los criterios relativos a la validez jurídica incluyen la concordancia con principios o valores morales concretos. Desde luego, es cierto que una de las funciones importantes de la regla de reconocimiento es promover la certeza con que se puede determinar el Derecho. Pero no lo haría si las pruebas que introduce para verificar el Derecho plantearan no sólo cuestiones discutibles en algunos casos, sino en todos o en la mayoría de ellos. Sin embargo, nunca he pretendido que el objetivo de la regla de reconocimiento sea excluir a cualquier precio la incertidumbre en otros valores. Esto queda en claro, o espero que así haya sido, cuando afirmo expresamente que tanto la regla de reconocimiento como las reglas jurídicas especiales identificadas con referencia a ella pueden tener una “penumbra” de incertidumbre de carácter controvertible<sup>38</sup>. También sostengo que, en general, aunque pudieran concebirse leyes que resolvieran por anticipado todas las interrogantes que pudieran plantearse acerca de su significado, a menudo el dictarlas entraría en conflicto con otros objetivos que el Derecho debería proteger<sup>39</sup>. En el caso de numerosas reglas jurídicas se debería aceptar, e incluso acoger con beneplácito, un pequeño margen de incertidumbre; de tal modo que una decisión judicial informada puede ser adoptada cuando la composición de un caso imprevisto es conocida y las cuestiones envueltas en esa decisión pueden ser identificadas y, así, racionalmente resueltas. El único caso en que podría considerarse incoherente la forma de positivismo blando que incluye entre los criterios del Derecho la concordancia con principios o

<sup>37</sup> *RDCJ*, p. 248.

<sup>38</sup> Véanse (*The Concept of Law*, 2ª edición), pp. 123, 147-154.]

<sup>39</sup> Véase (*The Concept of Law*, 2ª edición), p. 128.]

valores morales que pueden ser discutibles, es aquel en que se considera que la función de la regla de reconocimiento es superior y predominante, en lo que concierne a proporcionar certeza. En este caso, la cuestión subyacente es el grado de incertidumbre que puede tolerar un sistema legal para poder avanzar de manera significativa a partir de un sistema descentralizado de normas de tipo consuetudinario y proporcionar pautas de conducta generalmente confiables y determinadas, reconocibles de antemano.

La segunda crítica que formula Dworkin a la coherencia de mi versión del positivismo blando plantea cuestiones distintas y más complejas relacionadas con la determinación y la completitud del Derecho. Lo que propongo en mi libro es que las reglas y principios jurídicos, identificados de manera general por los criterios que ofrece la regla de reconocimiento, poseen a menudo lo que he llamado “textura abierta”, de tal manera que cuando se trata de establecer si una regla determinada es o no aplicable a un caso particular, el Derecho no da respuesta en un sentido u otro y, en consecuencia, demuestra ser en parte incierto. Éstos no son simplemente “casos difíciles”, discutibles en el sentido de que juristas razonables e informados pueden discrepar respecto de cuál es la respuesta jurídicamente correcta, sino que en estos casos el Derecho es fundamentalmente *incompleto*, puesto que *no* proporciona respuesta alguna a las cuestiones en juego. Estos casos no están reglamentados jurídicamente y para pronunciarse al respecto los tribunales deben ejercitar la función creadora de Derecho de tipo restringido que yo llamo “discreción”. Dworkin niega que el Derecho pueda ser incompleto en este sentido y que deje intersticios que deban llenarse mediante el ejercicio de esa discreción creadora de Derecho. A su juicio, esto es una inferencia errada del hecho de que un postulado de Derecho que afirme la existencia de un derecho o de un deber jurídicos pudiera ser discutible y, en consecuencia, materia acerca de la cual podrían discrepar personas razonables e informadas, y cuando discrepan, a menudo no hay manera de demostrar categóricamente si la cuestión es verdadera o falsa. Tal conclusión es un error, puesto que cuando un postulado de Derecho es controvertible, de todas formas puede haber “hechos conexos” en virtud de los cuales es verdadero o falso y, aunque no pueda demostrarse su veracidad o falsedad, siempre podrá estimarse que los argumentos que sostienen que es verdadero son superiores a aquellos que dicen que es falso, y viceversa. Esta distinción entre el Derecho que es controvertible y el Derecho que es incompleto o indeterminado es muy importante para la teoría interpretativa de Dworkin, puesto que, de acuerdo con ella, un postulado de Derecho sólo es verdadero si, conjuntamente con otras premisas, se desprende de los principios que a la vez armonizan mejor con la evolución

institucional del sistema legal y, además, proveen su mejor justificación moral. De ahí que, para Dworkin, la verdad de cualquier postulado de Derecho depende en definitiva de la verdad de un juicio moral, entendido como lo que mejor justifica, y como para él los juicios morales son esencialmente controvertibles, también lo son todos los postulados de Derecho.

Según Dworkin, la idea de que haya un criterio de validez jurídica, cuya aplicación entrañe un juicio moral controvertible, no plantea problemas teóricos. A su juicio, de todas formas puede servir para demostrar fehacientemente el Derecho preexistente, puesto que su carácter controvertible es perfectamente compatible con la existencia de hechos (en muchos casos, hechos de naturaleza moral) en virtud de los cuales es verdadero.

Sin embargo, sostiene Dworkin, el positivismo blando, que acepta que un criterio relativo a la validez legal sea en parte una prueba moral, incurre en una segunda inconsistencia, además de la ya examinada en las pp. 239 y 240, supra. En efecto, no sólo es incompatible con la “imagen” positivista del Derecho, en virtud de la cual éste se identifica con la certeza, sino también con el afán que él atribuye a los positivistas de hacer que “el valor objetivo de los postulados de Derecho”<sup>40</sup> sea independiente de todo compromiso con una teoría filosófica controvertible acerca del rango que corresponde a los juicios morales. En efecto, una prueba moral sólo puede servir para demostrar el Derecho preexistente cuando hay hechos morales objetivos en virtud de los cuales los juicios morales son verdaderos. Sin embargo, el que haya estos hechos morales objetivos es una teoría filosófica discutible: de no haberlos, el juez que deba aplicar una prueba moral sólo puede considerarse llamado a ejercitar su discreción para crear Derecho de acuerdo con su concepto de la moral y de sus exigencias, y con sujeción a cualesquiera restricciones que sobre ello imponga el sistema legal.

Con todo, pienso que la teoría del Derecho debería tratar de no comprometerse con teorías filosóficas controvertibles acerca de la situación general de los juicios morales y dejar pendiente, como lo hago en este libro (p. 168 [*The Concept of Law*]), la interrogante general de si ellos tienen lo que Dworkin denomina “validez objetiva”. Pues, cualquiera que sea la respuesta a esta interrogante filosófica, el deber del juez será el mismo, a saber, formular el mejor juicio moral posible respecto de las cuestiones morales que tenga que resolver. En la práctica, no importa que para fallar el juez tenga que *crear* Derecho de acuerdo con la moral (sujeto a cualesquiera restricciones que le imponga el Derecho) o, por el contrario, guiarse por su criterio moral acerca de lo que es el Derecho

<sup>40</sup> *RDCJ*, p. 250.

*existente*, según lo revele una prueba moral para Derecho. Naturalmente, si la teoría jurídica deja abierta la cuestión de la situación objetiva de los juicios morales, como sostengo que debería ser, el positivismo blando no puede simplemente caracterizarse como una teoría en que los criterios de la validez jurídica pueden comprender principios o valores morales, puesto que si sigue siendo discutible que los principios y valores morales tengan existencia objetiva, también queda sin resolver la cuestión de si los postulados del positivismo blando, que pretenden incluir la conformidad con ellos entre las pruebas del Derecho existente, pueden tener ese efecto o si, en cambio, sólo constituyen directrices para que los tribunales procedan a *crear* Derecho en conformidad con la moral.

Cabe señalar que algunos teóricos, en especial Raz, sostienen que cualquiera que sea la jerarquía de los juicios morales, cuando la ley exige que los tribunales apliquen parámetros morales para establecer el Derecho, les otorga discreción y les ordena utilizarla de acuerdo con su leal saber y entender moral para elaborar Derecho nuevo. De este modo, la moral no se convierte en Derecho preexistente<sup>41</sup>.

### 3. La naturaleza de las reglas

#### i) La teoría práctica de las reglas

En varias partes de mi libro advierto sobre la distinción entre los planteamientos internos y externos del Derecho, y entre los aspectos internos y externos del Derecho.

Para explicar estas distinciones y la importancia que revisten, comienzo (pp. 56-57 [*The Concept of Law*]) por examinar, no el caso altamente complejo de un sistema legal que comprende a la vez reglas dictadas y consuetudinarias, sino el más sencillo (al que se aplican las mismas distinciones entre lo interno y lo externo) de las reglas de tipo consuetudinario de cualquier grupo social, grande o pequeño, a las que llamo “reglas sociales”. La descripción que hago de ellas ha llegado a conocerse como “teoría práctica” de las reglas, porque trata las reglas sociales de un grupo como si estuviesen constituidas por una forma de práctica social que comprende los patrones de conducta que observan comúnmente la mayoría de los miembros del grupo, así como una determinada actitud normativa frente a esos

<sup>41</sup> Véase J. Raz, “Dworkin: A New Link in the Chain”, 74 *California Law Review*, 1103 (1986), pp. 1110, 1115-1116.

patrones de conducta, que he denominado “aceptación”. Ésta consiste en la disposición permanente de las personas a adoptar tales pautas como guía de su propia conducta en el futuro y, a la vez, como criterios de crítica que pueden legitimar exigencias y diversas formas de presión para ajustarse a ellas. El punto de vista externo de las reglas sociales corresponde al de la persona que observa su práctica, mientras que el punto de vista interno es el del partícipe de dicha práctica que acepta las reglas como pautas de conducta y como fundamentos para la crítica.

Mi teoría práctica de las reglas sociales ha sido criticada ampliamente por Dworkin, quien, como dije, hace un distingo similar, aunque en muchos sentidos muy diferente, entre la descripción externa que un sociólogo elabora de las reglas sociales de una comunidad y el punto de vista interno del partícipe que recurre a las normas con el fin de evaluar y criticar su propio comportamiento y el de los demás<sup>42</sup>. No hay duda de que parte de la crítica que formula Dworkin a mi descripción original de las reglas sociales es pertinente y reviste importancia para comprender el Derecho. A continuación señalaré las numerosas modificaciones que ahora creo necesario introducir en mi versión original.

a) Tal como lo ha sostenido Dworkin, mi planteamiento es incorrecto en el sentido de que pasa por alto la importante diferencia entre el consenso resultante de una *convención*, que se manifiesta en las reglas convencionales de un grupo, y el consenso que representa una *convicción* independiente y que se manifiesta en las prácticas convergentes del grupo. Las reglas son prácticas sociales convencionales cuando la sujeción general de un grupo a ellas forma parte de las razones que tienen los distintos miembros del grupo para aceptarlas; en cambio, las prácticas simplemente convergentes, como la moral compartida por un grupo, no están constituidas por convención sino por el hecho de que los miembros del grupo tienen razones similares pero independientes para comportarse de determinada manera, y generalmente actúan en consecuencia.

b) Mi versión acerca de las reglas sociales, como también ha sostenido con razón Dworkin, sólo es aplicable a reglas que son convencionales en el sentido que acabo de aclarar. Esto restringe bastante el alcance de mi teoría práctica y actualmente no creo que explique satisfactoriamente la moral, sea individual o social. Sin embargo, la teoría sigue siendo una descripción fiel de las reglas sociales convencionales que, además de las costumbres sociales ordinarias (a las que puede o no reconocérseles valor legal), incluyen algunas reglas jurídicas importantes, tales como la regla de

<sup>42</sup> [Véase *LE*, pp. 13-14.]

reconocimiento que, de hecho, es una forma de norma consuetudinaria de carácter judicial que existe únicamente si es aceptada y practicada en las actividades de identificación y aplicación del Derecho que realizan los tribunales. En cambio, las reglas jurídicas dictadas, pese a que pueden reconocerse como válidas mediante los criterios que proporciona la regla de reconocimiento, pueden existir como normas jurídicas desde el momento en que son promulgadas y antes de que se haya planteado la posibilidad de utilizarlas, y a ellas no puede aplicárseles la teoría práctica.

La principal crítica que formula Dworkin a la teoría práctica de las reglas es que parte erradamente de la base de que las reglas sociales están constituidas por su práctica social y, por tal razón, trata el planteamiento de que dicha regla existe como una afirmación, simplemente, del hecho sociológico externo de que se han cumplido las condiciones prácticas para que exista dicha regla<sup>43</sup>. Dworkin sostiene que esto ni siquiera puede explicar el carácter *normativo* de las reglas convencionales más sencillas. En efecto, estas normas establecen *deberes y razones para actuar*, a los que se recurre cuando ellos, como a menudo sucede, se invocan para criticar una conducta y para respaldar la exigencia de una acción. Esta índole de las reglas, consistente en proporcionar razones y establecer obligaciones, conforma el carácter normativo que las distingue y muestra que su existencia no puede consistir en una simple situación de hecho, como sucede con las prácticas y actitudes que, según la teoría práctica, constituyen la existencia de una norma social. Según Dworkin, una regla normativa de tales características sólo puede ser si hay una “determinada situación normativa”<sup>44</sup>. A mi juicio, los términos citados son exasperantemente abstrusos: a partir del ejemplo de la regla relativa a los fieles que asisten regularmente a la iglesia (según la cual los varones deben quitarse el sombrero en el templo)<sup>45</sup>, Dworkin parece deducir que existe una situación normativa cuando hay fundamento o justificación morales para acatar la regla, y por eso sostiene que si bien la simple práctica de los fieles de quitarse el sombrero en el templo no puede constituir una regla, bien puede contribuir a justificarla al establecer motivos de ofensa y dar lugar a expectativas que constituyan una buena base para establecer una regla que exija quitarse el sombrero en la iglesia. Si esto es lo que Dworkin quiere significar por una situación normativa que justifique establecer una regla de carácter normativo, me parece que su concepción de los requisitos de existencia de una regla social es demasiado tajante. En efecto, parece exigir no sólo que los partícipes que invocan reglas, en

<sup>43</sup> [Véase *TRS*, pp. 48-58.]

<sup>44</sup> *TRS*, p. 51.

<sup>45</sup> [*TRS*, pp. 50 -58; véanse (*The Concept of Law*, 2ª edición) pp. 124-125.]

tanto éstas establecen obligaciones o dan motivos para actuar, estén convencidos de que hay buenas razones o justificación morales para actuar conforme a ellas, sino también que objetivamente se den esas buenas razones. Evidentemente, es posible que los integrantes de una sociedad acepten reglas moralmente inicuas, como las que prohíben que las personas de cierto color utilicen lugares públicos tales como parques o playas. En realidad, el requisito más débil para la existencia de una regla social, en el sentido de que los partícipes deben *creer* que hay un buen fundamento moral para cumplirla, es demasiado fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales. En efecto, es posible que algunas reglas sean aceptadas simplemente por respeto a la tradición, por el deseo de identificarse con los demás, o por la convicción de que la sociedad sabe bien lo que es mejor para todos. Estas actitudes pueden coexistir con una conciencia más o menos clara de que las normas son moralmente objetables. Desde luego, es posible que una regla convencional sea tenida como moralmente aceptable y justificada. Sin embargo, cuando se plantea la interrogante de por qué las personas han aceptado reglas convencionales como pauta de comportamiento o como criterio de crítica, no veo razón para seleccionar como la única posible o adecuada, entre las muchas respuestas posibles (véanse pp. 114, 116 [*The Concept of Law*]), aquella que se refiere a la justificación moral de las reglas.

Finalmente Dworkin sostiene que, por mucho que se limite a las reglas convencionales, la teoría práctica de las reglas debe descartarse porque no puede conciliarse con la idea de que su alcance puede ser discutible y, en consecuencia, objeto de discrepancia<sup>46</sup>. No niega que hay algunas reglas incontrovertibles, establecidas por la práctica y la aceptación ordinarias, pero sostiene que las normas así constituidas sólo incluyen casos de poca importancia relativa, tales como las reglas de algunos juegos. Sin embargo, en mi libro [*The Concept of Law*], una regla tan importante y poco controvertida como la regla básica de reconocimiento de un sistema legal es considerada como si fuera una regla establecida por la práctica uniforme de los tribunales de aceptarla como guía tanto al aplicar como al hacer cumplir el Derecho. Dworkin refuta este argumento diciendo que en los casos difíciles los jueces a menudo tienen discrepancias de carácter teórico acerca de cuál es el Derecho aplicable a una materia determinada, y que ellas revelan que la apariencia de incontrovertibilidad y aceptación general es ilusoria. Como es natural, no se puede negar la frecuencia e importancia de estas discrepancias, pero valerse de ellas como argumento para no aplicar la

<sup>46</sup> [TRS, p. 58.]

teoría práctica a la regla de reconocimiento es una idea errada de la función de la regla. Se parte del supuesto de que la regla determina todo el resultado jurídico en los casos particulares, de tal modo que se podría resolver cualquier cuestión jurídica recurriendo a los criterios o pruebas proporcionados por la regla. Pero esto es un error, porque la función de la regla consiste únicamente en establecer los requisitos generales que deben satisfacer las decisiones jurídicas correctas en los sistemas legales modernos. En la mayoría de los casos, la regla lo hace proporcionando criterios de validez, que Dworkin llama cuestiones de pedigrí y que no se refieren al contenido del Derecho, sino a la forma y modo en que se crean o adoptan las leyes. Sin embargo, como ya lo indiqué (p. 238, supra), además de estas cuestiones de pedigrí, la regla de reconocimiento puede proporcionar criterios de prueba que no se relacionan con el contenido fáctico de las leyes sino con su concordancia con valores y principios morales de fondo. Desde luego, es posible que en algunos casos los jueces discrepen respecto de si esto ha quedado o no demostrado, y la prueba moral de la regla de reconocimiento no resolverá este desacuerdo. Tal vez los jueces estén de acuerdo en la pertinencia de estas pruebas como cosa resuelta por la práctica judicial establecida, aunque discrepen respecto de lo que las pruebas exigen en un caso determinado. La teoría práctica de las reglas es plenamente aplicable a la regla de reconocimiento así concebida.

## ii) Reglas y principios

Durante mucho tiempo, la crítica más común de Dworkin a mi libro [*The Concept of Law*] fue que allí se sostiene, erradamente, que el Derecho se compone únicamente de reglas con una estructura del tipo “todo o nada” y que se pasa por alto otra clase de criterios jurídicos, a saber, los principios de Derecho, que cumplen una función importante y diferente en el razonamiento jurídico y en la adjudicación. Algunos críticos, que consideran que éste es uno de los inconvenientes de mi obra, han estimado que se trata de un defecto más bien aislado que yo podría subsanar simplemente incluyendo los principios de Derecho junto con las reglas jurídicas como componentes de un sistema legal, y han sido de opinión que podría hacerlo sin renunciar ni modificar demasiado ninguno de los postulados principales del libro. Sin embargo, Dworkin, que fue el primero en formular esta crítica, ha insistido en que mi teoría del Derecho sólo podría incluir esos principios a expensas de los postulados principales de la teoría. Según él, si yo admitiera que el Derecho se compone en parte de principios, no podría sostener

reiteradamente, como lo he hecho, que el Derecho de un sistema se identifica mediante los criterios que propociona una regla de reconocimiento aceptada en la práctica de los tribunales, o que los tribunales ejercitan un verdadero, aunque intersticial, poder creador de Derecho o discreción en los casos en que el Derecho expreso y vigente no impone una decisión, o que entre Derecho y moral no hay una relación necesaria o conceptual importante. Estas doctrinas no sólo son fundamentales para mi teoría del Derecho, sino que a menudo se consideran el núcleo del positivismo jurídico moderno, por lo que sería problemático abandonarlas.

En la presente sección de mi réplica examino diversos aspectos de la crítica que señala que he pasado por alto los principios de Derecho, e intento demostrar que lo que haya de válido en dicha crítica puede ser adoptado sin ninguna consecuencia grave para mi teoría en su conjunto. Sin embargo, no tengo inconveniente en confesar aquí que traté demasiado superficialmente el tema de la adjudicación y del razonamiento jurídico y, en especial, los argumentos acerca de lo que mis críticos llaman principios de Derecho. Reconozco ahora que uno de los defectos de este libro [*The Concept of Law*] estriba en que los principios sólo se mencionan de paso.

Pero ¿qué es, precisamente, lo que se me acusa de pasar por alto? ¿Qué son los principios de Derecho y en qué se distinguen de las reglas jurídicas? De acuerdo con el sentido en que la doctrina utiliza el término “principios”, éstos a menudo incluyen un vasto conjunto de consideraciones teóricas y prácticas, sólo parte de las cuales se relacionan con las cuestiones que Dworkin pretendió plantear. Aun cuando se considere que el vocablo “principio” se limita a parámetros normativos, incluida la conducta de los tribunales al decidir casos, hay distintas maneras de comparar las reglas y esos principios. Sin embargo, pienso que todos los que me han acusado de pasar por alto los principios estarían de acuerdo en que éstos se distinguen de las reglas al menos por dos características. La primera es una cuestión de grado: a diferencia de las reglas, los principios son amplios, generales o indeterminados, en el sentido de que a menudo lo que se consideraría como un conjunto de reglas distintas puede servir de ejemplo o concreción de un solo principio. La segunda consiste en que los principios, como se refieren más o menos expresamente a algún propósito, meta, derecho o valor, son considerados desde cierta perspectiva como algo deseable de ser mantenido o adherido y, de este modo, no sólo como proveedores de explicación o fundamento de las reglas que los ejemplifican, sino que, al menos, como contribuyentes a su justificación.

Además de estas dos características de alcance y conveniencia, relativamente indiscutibles desde cierto punto de vista y que aclaran la función

explicativa y justificatoria de los principios en relación con las reglas, hay un tercer rasgo distintivo que me parece es una cuestión de grado, pero que para Dworkin es decisivo. Según él las reglas, de acuerdo con el razonamiento de quienes las aplican, operan en la forma de “todo o nada”, en el sentido de que si ellas son válidas y aplicables a un caso determinado, entonces son “necesarias”, esto es, determinan en forma categórica el resultado o consecuencia jurídica<sup>47</sup>. Entre los ejemplos de reglas jurídicas que ofrece, cabe señalar las que establecen que la velocidad máxima en carreteras es de 60 millas por hora, o las leyes que reglamentan el otorgamiento, prueba y eficacia de los testamentos, como, por ejemplo, la disposición que establece que el testamento es nulo a menos que sea firmado por dos testigos. Según Dworkin, los principios de Derecho difieren de estas reglas de “todo o nada” porque en los casos en que son aplicables no “hacen necesaria” una decisión, sino que apuntan hacia una decisión o la favorecen, o establecen una razón que después puede ser rechazada, pero que los tribunales toman en cuenta para inclinarse en un sentido u otro. Para mayor brevedad, diré que esta característica de los principios es su carácter “no concluyente”. Algunos de los ejemplos de estos principios no concluyentes que ofrece Dworkin son relativamente específicos, como el que dice que “los tribunales deben examinar de cerca los contratos de compraventa [de automóviles] para verificar que se resguarden equitativamente los intereses del público y de los consumidores”<sup>48</sup>; otros son de alcance mucho mayor, como “nadie podrá aprovecharse de su propio dolo”<sup>49</sup>. De hecho, muchas de las limitaciones constitucionales más importantes a las atribuciones del Congreso de los Estados Unidos y a la legislación estadual, como son, por ejemplo, las disposiciones de la Primera, Quinta y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, operan como principios no concluyentes<sup>50</sup>. Según Dworkin, los principios de Derecho difieren de las reglas porque tienen una dimensión de *peso*<sup>51</sup>, pero no de validez, de ahí que si uno de esos principios entra en conflicto con otro principio de mayor importancia, es posible que el primero quede supeditado y no determine la decisión que se adopte, pese a lo cual subsistirá incólume para ser utilizado en otros casos en que podrá prevalecer en competencia con otro de menor peso. Por otra parte, las reglas pueden ser válidas o no válidas, pero carecen

<sup>47</sup> [TRS, p. 24.]

<sup>48</sup> TRS, p. 24, citado de *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 NJ 358, 161 A.2d 69 (1960) pp. 387, 161 A.2d., p. 85.

<sup>49</sup> TRS, pp. 25-26.

<sup>50</sup> [Dworkin discute si la Primera Enmienda es una regla o un principio en TRS, p. 27.]

<sup>51</sup> [TRS, p. 26.]

de este factor de peso, de tal modo que, según Dworkin, si se establecen inicialmente de una manera contrapuesta, sólo una de ellas puede ser válida, y la regla que resulte perdedora al competir con otra deberá reformularse de tal manera que sea compatible con su competidora y, en consecuencia, inaplicable al caso determinado<sup>52</sup>.

No veo razón para que deban aceptarse ni este contraste tajante entre los principios de Derecho y las reglas jurídicas, ni la opinión de que si una regla válida es aplicable a un caso determinado, a diferencia de un principio, siempre deberá determinar el resultado del caso. No hay razón por la cual un sistema jurídico no debería reconocer que una regla válida determine el resultado de los casos en que ella es aplicable, excepto cuando otra regla, tenida como más importante, también sea aplicable al mismo caso. Así pues, la regla que en un caso determinado resulta superada por otra más importante podría subsistir, al igual que un principio, para determinar el resultado en otros casos en que se considere que otra norma rival es menos importante<sup>53</sup>.

En consecuencia, para Dworkin el Derecho comprende a la vez reglas con un carácter de “todo o nada” y principios no concluyentes, y a su juicio la diferencia entre ambos no es cuestión de grado. Sin embargo, no me parece que la posición de Dworkin pueda ser coherente. Sus primeros ejemplos sugieren que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios y que, en competencia con ellas, los principios a veces pueden imponerse y a veces ceder. Los casos que cita incluyen a *Riggs v. Palmer*<sup>54</sup>, en el cual, con el fin de impedir que un asesino heredara según el testamento de su víctima, se acogió el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, no obstante los claros términos de las reglas legales relativas a la sucesión testamentaria. Éste es un ejemplo en que el principio se impone a la regla, pero el hecho de que se plantee esta competencia demuestra sin lugar a dudas que las reglas no poseen un carácter de “todo o nada”, ya que pueden entrar en esta clase de conflicto con principios que pueden supeditarlas. Aunque no describamos estos casos como conflictos entre reglas y principios (como sugiere Dworkin algunas veces), sino como un conflicto entre el principio que explica y justifica la regla en cuestión y algún otro principio, el contraste marcado

<sup>52</sup> TRS, pp. 24-27.

<sup>53</sup> Raz y Waluchow han puesto de relieve este punto importante en el que yo no había reparado. Véase J. Raz, “Legal Principles and the Limits of the Law”, 81 *Yale LJ*, 823 (1972), pp. 832-834; y W. J. Waluchow, “Herculean Positivism”, 5 *Oxford Journal of Legal Studies*, 187 (1985), pp. 189-192.

<sup>54</sup> 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889); TRS, p.23; véase también *LE*, pp. 15 y sgtes.

entre las reglas de “todo o nada” y los principios no concluyentes desaparece ya que, de acuerdo con este punto de vista, la regla no determinará el resultado en un caso en que sea aplicable en conformidad a sus términos si el principio que la justifica es desplazado por otro. A nuestro juicio, igual cosa sucede si un principio brinda razones para dar una nueva interpretación a una regla legal formulada claramente (como también lo sugiere Dworkin)<sup>55</sup>.

La incongruencia de afirmar que un sistema legal se compone a la vez de reglas de “todo o nada” y de principios no concluyentes se puede remediar si aceptamos que la distinción es una cuestión de grado. Desde luego, es posible distinguir de manera razonable, por un lado, entre reglas cuasi concluyentes en las que, salvo contadas excepciones (en que sus disposiciones pueden ser incompatibles con otra regla que se considera más importante), el hecho de satisfacer los requisitos de aplicación es suficiente para determinar las consecuencias jurídicas, y, por otro lado, principios generalmente no concluyentes, que se limitan a señalar una decisión, pero que a menudo no la determinan.

Evidentemente, creo que los argumentos derivados de estos principios no concluyentes son una característica importante de la adjudicación y del razonamiento jurídico, y que ello debería indicarse mediante una terminología adecuada. Hay que agradecerle a Dworkin que nos haya demostrado e ilustrado su importancia y la función que cumplen en el razonamiento jurídico, y reconozco que cometí un gran error en no hacer hincapié en su fuerza no concluyente. Pero al utilizar la palabra “regla” nunca pretendí sostener que los sistemas legales sólo comprenden reglas de “todo o nada” o cuasi concluyentes. No sólo llamé la atención (véanse pp. 130-133 [*The Concept of Law*]) sobre lo que denominé (quizá poco felizmente) “estándares jurídicos variables”, que especifican los factores que hay que tener presentes y sopesar, sino que procuré (véanse pp. 133 a 134 [*The Concept of Law*]) explicar la razón por la cual algunas esferas de conducta se prestan a reglamentación, no por estándares variables tales como “la diligencia debida”, sino más bien por normas cuasi concluyentes que, salvo contadas excepciones, prohíben o exigen las mismas acciones concretas. Así es como tenemos reglas que prohíben el homicidio y el robo y no simplemente principios que exigen respetar la vida y el patrimonio de las personas.

<sup>55</sup> [Para el análisis de Dworkin, véase TRS, pp. 22-28 y *LE*, pp. 15-20.]

#### 4. Los principios y la regla de reconocimiento

##### Pedigrí e interpretación

Dworkin ha sostenido que no es posible identificar los principios de Derecho mediante los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento que se expresa en la práctica de los tribunales, y que, en vista de que los principios son elementos fundamentales del Derecho, hay que abandonar esa doctrina. Según este autor, los principios de Derecho sólo pueden identificarse, mediante una interpretación constructiva, como integrantes del conjunto singular de principios que mejor calza y justifica la historia institucional completa del Derecho establecido de un sistema legal. Desde luego, para identificar el Derecho los tribunales ingleses o estadounidenses nunca han adoptado expresamente un criterio holístico de esta naturaleza, que abarque todo el sistema, y Dworkin reconoce que ningún juez, salvo su mítico juez “Hércules”, podría realizar la hazaña de elaborar de una sola vez una interpretación de todo el Derecho de su país. Sin embargo, a su juicio, lo más lógico es pensar que, de algún modo, los tribunales tratan de “imitar a Hércules” y que interpretar de esta manera sus sentencias sirve para poner de manifiesto “la estructura oculta”<sup>56</sup>.

El caso más célebre de determinación de los principios mediante una forma limitada de interpretación constructiva, y bien conocido por los juristas ingleses, es el de *Donoghue v. Stevenson*<sup>57</sup>, en el cual Lord Atkin planteó por primera vez que subyace un “principio de vecindad” a las diversas reglas que establecen la obligación de actuar con diligencia en distintas situaciones.

No creo que sea plausible considerar que en estos casos tan limitados de ejercicio de la interpretación constructiva, los jueces traten de imitar el enfoque sistémico y holístico de Hércules. Sin embargo, lo que ahora critico a Dworkin es que su preocupación por la interpretación constructiva lo llevó a pasar por alto que muchos principios de Derecho no deben su condición de tales a que su contenido sirva para interpretar el Derecho establecido, sino a lo que él denomina su “pedigrí”, esto es, a la manera en que fueron creados o adoptados por una fuente autorizada reconocida. A mi juicio, esta preocupación lo condujo a un doble error: primero, a creer que los principios de Derecho no pueden reconocerse por un pedigrí y, segundo, a creer que las reglas de reconocimiento sólo

<sup>56</sup> *LE*, p. 265.

<sup>57</sup> [1932] A. C. p. 562.

pueden proporcionar criterios relativos al pedigrí. Ambas convicciones son erradas: la primera, porque ni el carácter no concluyente de los principios ni sus demás características impiden que se los identifique mediante criterios relacionados con el pedigrí. En efecto, evidentemente puede suponerse que las disposiciones de una constitución escrita, de una reforma constitucional o de una ley operan en la forma no concluyente característica de los principios y proporcionan razones para adoptar una decisión que puede ceder frente a alguna otra regla o principio que brinda razones de mayor peso para adoptar la decisión contraria. El propio Dworkin consideraba que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que el Congreso no podrá coartar la libertad de expresión, debe interpretarse de esta manera<sup>58</sup>. Asimismo, algunos principios de Derecho, incluso algunos principios fundamentales del *Common Law*, tales como el que dice que nadie puede aprovecharse de su propio delito, son identificados como Derecho mediante la prueba del “pedigrí”, en el sentido de que han sido invocados reiteradamente por los tribunales en distintos casos como fundamento para fallar de una manera determinada, y ellos deben tenerse en cuenta por mucho que en algunas oportunidades puedan ser desplazados por razones que apuntan en sentido contrario. Ante tales ejemplos de principios de Derecho que se reconocen mediante criterios relacionados con el pedigrí, no podría prosperar ningún argumento general en el sentido de que la inclusión de los principios como parte del Derecho entraña abandonar la doctrina de la regla de reconocimiento. En realidad, como demuestro más adelante, incluirlos no sólo es compatible con la doctrina, sino que de hecho exige aceptarla.

Si se acepta, como sin duda debe hacerse, que al menos algunos principios de Derecho pueden “captarse” o identificarse como Derecho según los criterios de pedigrí que proporciona una regla de reconocimiento, hay que reducir la crítica de Dworkin a la pretensión más moderada de que muchos principios de Derecho no pueden captarse de esta manera, porque son demasiado numerosos, demasiado escurridizos o demasiado susceptibles de cambiar o de modificarse, o bien porque carecen de características que permitirían identificarlos como principios jurídicos por referencia a un criterio distinto a su pertenencia a aquel esquema coherente de principios que mejor calzan con la historia institucional y prácticas de un sistema y que, al mismo tiempo, mejor los justifican. A primera vista, esta demostración de tipo interpretativo no parece ser una solución alternativa al criterio que proporciona una regla de reconocimiento sino, como han señalado

<sup>58</sup> [Véase *TRS*, p. 27.]

algunos autores<sup>59</sup>, sólo una versión compleja de “positivismo blando” de esta clase de criterio, que identifica los principios por su contenido y no por su pedigrí. Es cierto que, por las razones examinadas en las pp. 239 y sgtes., supra, una regla de reconocimiento que contenga un criterio interpretativo de esta clase no podría garantizar que el Derecho sea identificado con el grado de certeza que, según Dworkin, desearían los positivistas. Con todo, demostrar que la verificación mediante el criterio interpretativo forma parte de una modalidad convencional de identificar el Derecho sería, de todas formas, una buena manera de explicar teóricamente su condición jurídica. En consecuencia, entre el reconocimiento de que los principios forman parte del Derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento no existe, ciertamente, la incompatibilidad que sostiene Dworkin.

El razonamiento de los dos últimos párrafos basta para demostrar que, contrariamente a lo que sostiene Dworkin, aceptar que los principios forman parte del Derecho es consecuente con la doctrina de la regla de reconocimiento, aun cuando la prueba interpretativa de Dworkin fuera, como él sostiene, el único criterio adecuado para identificarlos. Sin embargo, en realidad se justifica una conclusión más categórica, a saber: que para identificar los principios de Derecho mediante un criterio de esa naturaleza se necesita una regla de reconocimiento. Ello porque el punto de partida para identificar cualquier principio de Derecho que deba quedar de manifiesto, mediante la prueba interpretativa de Dworkin, es cierta área específica del Derecho establecido con la que dicho principio calza y contribuye a justificar. En consecuencia, el uso de ese criterio supone reconocer el Derecho establecido, y para que ello sea posible se requiere una regla de reconocimiento que especifique las fuentes de Derecho y las relaciones de superioridad y subordinación aplicables a ellas. De acuerdo con la terminología utilizada en *Law's Empire*, las reglas jurídicas y las prácticas, que son el punto de partida de la labor interpretativa de identificar los principios jurídicos subyacentes o implícitos, constituyen “Derecho preinterpretativo”, y gran parte de lo que dice Dworkin sobre este Derecho parece respaldar la idea de que para identificarlo se necesita algo muy parecido a una regla de reconocimiento que establezca las fuentes de Derecho autorizadas, tal como se señala en mi libro [*The Concept of Law*]. La principal diferencia entre mi punto de vista y el de Dworkin es que mientras yo atribuyo el consenso general que suele haber entre los jueces respecto de cuáles son los criterios para identificar las fuentes de Derecho al hecho de que comparten la acepta-

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, E. P. Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge”, *RDCJ*, p. 3, en 16; J. Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *RDCJ*, p. 28; D. Lyons, “Principles, Positivism and Legal Theory”, 87 *Yale Law Journal* 415 (1977).

ción de que hay *reglas* que proporcionan estos criterios, Dworkin prefiere hablar de “consensos”<sup>60</sup> y “paradigmas”<sup>61</sup> y “supuestos”<sup>62</sup> compartidos por los miembros de la misma comunidad interpretativa, y no de reglas. Naturalmente, como ha dejado en claro Dworkin, hay una importante diferencia entre un consenso formado por convicciones independientes, en que la concurrencia de los demás no es un elemento de la razón que tiene cada parte para concurrir a él, y un consenso por convención, en el que sí existe ese elemento. Desde luego, en mi libro [*The Concept of Law*] parto de la base de que la regla de reconocimiento descansa en una forma convencional de consenso judicial. El hecho de que sea así parece bastante claro, al menos en el Derecho inglés y estadounidense, porque, evidentemente, las razones que tengan un magistrado inglés o un juez estadounidense para considerar las leyes del Parlamento o de la Constitución, respectivamente, como una fuente de Derecho que tiene primacía sobre las demás incluye el hecho de que sus colegas están de acuerdo en ello, así como lo estuvieron sus predecesores. En realidad, el propio Dworkin dice que la doctrina de la supremacía de la ley es un hecho bruto de la historia jurídica que limita el papel que puede desempeñar la convicción del juez<sup>63</sup>, y sostiene que “la actitud interpretativa no puede subsistir salvo que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan al menos de manera general los mismos supuestos” acerca de lo que se considera “parte de la práctica”<sup>64</sup>. Por lo tanto, concluyo que cualesquiera sean las diferencias que todavía pueda haber entre las reglas y los “supuestos”, “consensos” y “paradigmas” a que alude Dworkin, su explicación de la identificación de las fuentes del Derecho por los tribunales es sustancialmente igual a la mía.

Con todo, desde una perspectiva teórica, entre mi punto de vista y el de Dworkin siguen existiendo diferencias importantes. En efecto, Dworkin ciertamente rechazaría que yo considere que su método interpretativo para los principios jurídicos es, simplemente, la forma concreta que adopta en algunos sistemas legales una regla de reconocimiento convencional cuya existencia y autoridad dependen de que sea aceptada por los tribunales. A su juicio, esto tergiversaría y menoscabaría totalmente la idea de una interpretación “constructiva” que está destinada a mostrar el mejor lado moral del Derecho, lo que, según Dworkin, va envuelto en la identificación del Derecho. En efecto, para él, este tipo de interpretación no es el método para

<sup>60</sup> [*LE*, pp. 65-66, 91-92.]

<sup>61</sup> [*LE*, pp. 72-73.]

<sup>62</sup> [*LE*, pp. 47, 67.]

<sup>63</sup> [*LE*, p. 401.]

<sup>64</sup> *LE*, p. 67.

reconocer el Derecho que exige una simple regla convencional aceptada por los jueces y juristas de ciertos sistemas legales. Por el contrario, Dworkin presenta esta forma de interpretación como una de las características principales de parte importante del pensamiento y la práctica social, además del Derecho, y como algo que revela la “relación profunda que existe entre todas las formas de interpretación”, incluyendo lo que se entiende por interpretación en la crítica literaria y, es más, en las ciencias naturales<sup>65</sup>. Sin embargo, aunque este criterio interpretativo no sea simplemente la pauta de reconocimiento del Derecho que exige una regla convencional, y tenga afinidad y relación con la interpretación según la conciben otras disciplinas, el hecho es que si hay sistemas legales que efectivamente utilicen el criterio interpretativo holístico de Dworkin para identificar los principios jurídicos, bien podría ser que en esos sistemas el criterio fuera proporcionado por una regla de reconocimiento de carácter convencional. Pero como en la práctica no hay sistemas legales que utilicen plenamente este criterio holístico, sino tan sólo sistemas como los del Derecho inglés y estadounidense en que la interpretación constructiva se ha aplicado de manera más moderada, como en *Donoghue v. Stevenson*, para identificar principios jurídicos latentes, lo único que se debe tener presente es si hay que concebir esta labor como la aplicación del criterio que proporciona una regla de reconocimiento convencional o de algún otro modo, y de ser así, cuál es la situación jurídica que le corresponde.

## 5. Derecho y moral

### i) Derechos y deberes

En este libro [*The Concept of Law*] sostengo que si bien entre Derecho y moral hay numerosas relaciones contingentes, entre el contenido del Derecho y de la moral no hay necesariamente una relación conceptual y, en consecuencia, disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Uno de los aspectos de esta forma de separación del Derecho y la moral consiste en que puede haber derechos y deberes jurídicos que carezcan de toda justificación o fuerza morales. Dworkin rechaza esta noción y se pronuncia en cambio por la idea, que en definitiva deriva de su propia teoría interpretativa del Derecho, de que debe haber fundamentos morales que, al menos *prima facie*, respalden las afirmaciones

<sup>65</sup> LE, p. 53.

sobre la existencia de derechos y deberes legales. Por eso considera que la idea de que “los derechos jurídicos deben concebirse como especie de derechos morales” es un elemento “fundamental”<sup>66</sup> de su teoría del Derecho y dice que la doctrina positivista contraria pertenece al “curioso mundo del esencialismo jurídico”<sup>67</sup>, en el cual se nos entrega simplemente, sin análisis previo, el conocimiento de que puede haber derechos y deberes jurídicos que no tengan fundamento o fuerza morales. Para comprender la contribución que puede hacer la jurisprudencia descriptiva de carácter general al conocimiento del Derecho, es importante darse cuenta de que cualesquiera que sean los méritos de su teoría interpretativa general, la crítica de Dworkin a la doctrina de que los derechos y deberes jurídicos pueden carecer de fuerza o justificación morales es equivocada. Y lo es por las siguientes razones: los derechos y deberes legales son el punto en que el Derecho, con sus recursos coactivos, protege la libertad individual y la limita, y otorga o niega a las personas la facultad de valerse de la maquinaria coactiva del Derecho. De tal modo que ya sean las leyes moralmente buenas o malas, justas o injustas, hay que prestar atención a los derechos y deberes como puntos centrales de coordinación de la forma en que opera el Derecho, los cuales son de primordial importancia para el ser humano, independientemente del mérito moral de las leyes. En consecuencia, no es efectivo que en el mundo real las proclamaciones de derechos y deberes jurídicos sólo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para sostener que ellos existen.

### ii) La identificación del Derecho

La diferencia más importante en las relaciones entre Derecho y moral, entre la teoría del Derecho que se desarrolla en este libro [*The Concept of Law*] y aquella de Dworkin, se refiere a la identificación del Derecho. Según mi teoría, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados remitiéndonos a las fuentes sociales del Derecho (por ejemplo, la legislación, los fallos judiciales, las costumbres sociales), sin consideración de la moral, salvo en cuanto el propio Derecho así establecido haya incorporado criterios morales para identificar el Derecho. Por otra parte, de acuerdo con la teoría interpretativa de Dworkin, cada uno de los postulados de Derecho que establece lo que es el Derecho respecto de una determinada

<sup>66</sup> RDCJ, p. 260.

<sup>67</sup> RCDJ, p. 259.

materia entraña necesariamente un juicio moral, puesto que, según su teoría interpretativa holística, los postulados de Derecho sólo son efectivos si, junto con otras premisas, se desprenden del conjunto de principios que armoniza mejor con el Derecho identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho y que, a la vez, proporciona su mejor justificación moral. En consecuencia, esta teoría interpretativa, holística y de carácter general tiene una doble función, a saber: sirve a la vez para identificar el Derecho y para darle una justificación moral.

Tal era, en breve, la teoría de Dworkin antes de que en su obra *Law's Empire* distinguiera entre Derecho "interpretativo" y "preinterpretativo". Estimada como alternativa a la teoría positivista de que la existencia y contenido del Derecho pueden identificarse sin consideración a la moral, la teoría de Dworkin, en su forma original, se prestaba para la siguiente crítica. Cuando el Derecho identificado en relación con sus fuentes sociales es moralmente inicuo, los principios que son su mejor "justificación" sólo pueden ser los principios menos inicuos que calcen en ese Derecho. Sin embargo, éstos no pueden tener fuerza justificadora ni constituir un límite o restricción de carácter moral a lo que puede considerarse Derecho y, como no pueden dejar de calzar en un sistema legal, por perverso que sea, la teoría que pretende identificar el Derecho con referencia a ellos no puede distinguirse de la teoría positivista de que el Derecho puede identificarse sin consideración a la moral. En realidad, los principios que son moralmente correctos de acuerdo con los criterios de lo que Dworkin ha denominado "moralidad básica"<sup>68</sup>, y no simplemente los principios más consistentes desde el punto de vista moral entre los principios que calzan con el Derecho, pueden establecer límites o restricciones de carácter moral a lo que puede considerarse Derecho. No discrepo en absoluto de este postulado, que es plenamente compatible con mi afirmación de que el Derecho puede definirse sin consideración a la moral.

Posteriormente, cuando distingue entre Derecho interpretativo y Derecho preinterpretativo, Dworkin reconoce que puede haber sistemas legales tan perversos que ninguna interpretación de sus leyes resulte moralmente aceptable. Según expresa, en estos casos se puede recurrir a lo que él llama "escepticismo interno"<sup>69</sup> y negar que esos sistemas constituyan Derecho. Pero como hay muchas formas de describir estas situaciones, no estamos obligados a llegar a esta conclusión cuando, en vez de ello, podemos decir que, por perversos que sean, los sistemas legales son

<sup>68</sup> [TRS, pp. 112, 128, y véase TRS, p. 93.]

<sup>69</sup> LE, pp. 78-79.

Derecho en el sentido preinterpretativo<sup>70</sup>. De tal manera que ni siquiera en el caso de las leyes más inicuas del nazismo puede decirse que no sean Derecho, ya que posiblemente sólo difieran de las leyes de sistemas moralmente aceptables por su contenido moral perverso y compartan con ellas muchas de las características propias del Derecho (por ejemplo, las formas de crear la ley, las formas de dictar sentencia y de hacer cumplir la ley). Puede que, en muchos sentidos y para numerosos fines, haya razones suficientes para pasar por alto la diferencia moral y sostener, junto con los positivistas, que estos sistemas perversos constituyen Derecho. Dworkin sólo agregaría a esto, a manera de acotación, que él en general adhiere al punto de vista interpretativo de que estos sistemas inicuos sólo son Derecho en el sentido preinterpretativo.

A mi juicio, este recurso a la flexibilidad de nuestro idioma y la introducción en este punto de la distinción entre Derecho interpretativo y Derecho preinterpretativo admiten, antes que debilitan, el razonamiento positivista. En efecto, no hacen más que transmitir el mensaje de que, pese a que insiste en que de acuerdo con la jurisprudencia descriptiva el Derecho puede identificarse sin consideración a la moral, no sucede lo mismo con la jurisprudencia interpretativa justificatoria, según la cual la identificación del Derecho siempre involucra un juicio moral acerca de qué es lo que justifica mejor el Derecho establecido. Naturalmente, este mensaje no da pie para que los positivistas renuncien a su cometido descriptivo, y no se pretende que lo hagan, pero incluso este mensaje debe ser matizado, porque el Derecho puede ser tan perverso que resulte aplicable un "escepticismo interno", en cuyo caso la interpretación del Derecho no entraña un juicio moral y hay que renunciar a la interpretación en la forma en que Dworkin la concibe<sup>71</sup>.

Otra modificación que introdujo Dworkin en su teoría interpretativa influye de manera importante en su visión de los derechos jurídicos. En la versión original de su teoría holística se parte de la base de que tanto la identificación del Derecho como su justificación se desprenden del conjunto especial de principios que armonizan mejor con la totalidad del Derecho establecido de un sistema y que, al mismo tiempo, mejor lo justifican. En consecuencia, estos principios tienen, como dije, una doble función. Pero, como el Derecho establecido de un sistema puede ser tan perverso que no sea posible realizar una interpretación global justificatoria, Dworkin ha observado que ambas funciones pueden llegar a separarse, dejando sólo los principios de Derecho

<sup>70</sup> [LE, p. 103.]

<sup>71</sup> [LE, p. 105.]

que se han identificado, sin considerar la moral. Sin embargo, este Derecho no puede establecer derechos que tengan la fuerza moral *prima facie* que, según Dworkin, tienen todos los derechos jurídicos. No obstante, como reconoció posteriormente Dworkin, incluso cuando el sistema es tan perverso que no es posible ninguna interpretación moral o justificadora del Derecho en su conjunto, siempre puede haber situaciones en que se pueda sostener que las personas tienen derechos dotados, a lo menos, de una fuerza moral *prima facie*<sup>72</sup>. Éste sería el caso cuando el sistema incluya leyes, por ejemplo las relativas a la celebración y ejecución de los contratos, que posiblemente no se vean afectadas por la iniquidad general del sistema y las personas se hayan basado en esas leyes para planificar sus vidas o enajenar su propiedad. Para atender a estas situaciones, Dworkin modifica su idea original de que los derechos y deberes presuntamente dotados *prima facie* de fuerza moral deben emanar de una teoría interpretativa del Derecho de carácter general, y reconoce que, independientemente de su teoría general, estas situaciones constituyen “razones especiales” para asignar a las personas derechos legales dotados de alguna fuerza moral.

### 6. La discreción judicial<sup>73</sup>

El principal conflicto directo que se plantea entre la teoría del Derecho de este libro [*The Concept of Law*] y la teoría de Dworkin surge de mi afirmación de que en cualquier sistema legal siempre habrá casos no reglamentados por la ley en que, en un determinado punto, el Derecho no imponga una decisión en uno u otro sentido y que, en consecuencia, el Derecho es parcialmente indeterminado e incompleto. Si en estos casos el

<sup>72</sup> [LE, pp. 105-106.]

<sup>73</sup> [Se incluye aquí un comienzo alternativo para esta sección, debido a que no fue descartado por Hart.]

A través de su larga sucesión de escritos sobre la adjudicación, Dworkin ha rechazado sostenidamente que los tribunales gocen de discreción como facultad creadora de Derecho para resolver los casos que no están completamente regulados por el Derecho vigente. En realidad, ha sostenido que, aparte de algunas excepciones triviales, no existe esa clase de casos. Ello, puesto que, como dijo célebremente, siempre hay una “respuesta correcta” a cualquier interrogante significativa acerca de lo que es el Derecho respecto de cualquier cuestión jurídica que pueda plantearse en un determinado caso. [Véase su artículo “No Right Answer?”, en P. M. S. Hacker y J. Raz, eds., *Law, Morality and Society*, 1977, pp. 58-84; reimpresso con modificaciones bajo el título de “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *AMP*, cap. 5.]

No obstante, pese a que aparece como una doctrina inalterable, el hecho de que posteriormente Dworkin introdujera ideas interpretativas en su teoría del Derecho y afirmara

juez está obligado a fallar y no puede declararse incompetente o remitir los aspectos no reglamentados por la ley vigente a la legislatura a fin de que ésta se pronuncie al respecto, como alguna vez lo propuso Bentham, deberá ejercer su *discreción* y *crear* Derecho para el caso, en vez de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Así pues, en los casos no previstos o no reglamentados por la ley, el juez al mismo tiempo crea Derecho nuevo y aplica el Derecho vigente, el que a la vez le otorga poder de crear Derecho y limita sus facultades de hacerlo.

Dworkin rechaza esta imagen que presenta el Derecho como en parte indeterminado o incompleto y en el que el juez colma los vacíos ejercitando facultades limitadas de crear Derecho, por estimar que es una visión errónea tanto del Derecho como del razonamiento judicial. De hecho, sostiene que lo incompleto no es el Derecho sino la imagen que tienen de él los positivistas. Que ello es así se desprende de su propia versión “interpretativa” del Derecho, en que además del Derecho establecido y *explicito*, identificado con relación a sus fuentes sociales, éste incluye principios de Derecho *implícitos*, que son aquellos que a la vez calzan o armonizan mejor con el Derecho explícito y son su mejor justificación moral. De acuerdo con este punto de vista interpretativo, el Derecho nunca es incompleto o indeterminado, de tal modo que, para fallar, el juez nunca tiene que apartarse del Derecho y ejercer poderes creadores. En consecuencia, en esos “casos difíciles” en que las fuentes sociales del Derecho no dan la solución a una cuestión jurídica, los tribunales deberían recurrir a esos principios implícitos con sus dimensiones morales.

Es importante señalar que las facultades que atribuyo a los jueces de crear Derecho para resolver los casos en parte no regulados por la ley, son distintas de aquellas que posee la legislatura: las facultades de los jueces no sólo están sujetas a numerosas restricciones que *limitan sus opciones*, restricciones de las que la legislatura puede estar bastante eximida, sino que,

que todos los postulados de Derecho son “interpretativos” en el especial sentido que le atribuye a esta expresión, ha significado que, tal como Raz lo esclareció primeramente [véase J. Raz, “Dworkin: a New Link in the Chain”, *74 California Law Review*, 1103 (1986), pp. 1110, 1115-1116], el fondo de su posición se aproxima mucho a la mía. Ello, debido a que reconoce que los tribunales, en la práctica, tienen y a menudo ejercitan una discreción creadora de Derecho. Puede argumentarse que antes de que introdujera ideas interpretativas en su teoría, nuestras versiones acerca de la adjudicación parecían ser muy diferentes. Esto se debía a que el rechazo originalmente planteado por Dworkin a la discreción en un sentido fuerte y su insistencia en que siempre hay una respuesta correcta, estaban asociados a la idea de que el papel de los jueces al fallar era *discernir* y *hacer cumplir el Derecho vigente*. Sin embargo, esta concepción original, que naturalmente se contraponía muy tajantemente a mi afirmación de que los tribunales, al fallar, a menudo ejercitan una discreción creadora de Derecho, no figura de ninguna manera en.... [El texto del comienzo alternativo de la sección 6 termina en este punto.]

dado que los jueces ejercitan sus facultades únicamente para resolver casos determinados, no pueden utilizarlas para introducir reformas en gran escala o crear códigos nuevos. En consecuencia, sus facultades son a la vez *intersticiales* y sujetas a numerosas restricciones de fondo. No obstante, habrá casos en que el Derecho vigente no imponga ninguna decisión considerada como la correcta, y para fallarlos el juez deberá ejercer sus facultades de crear el Derecho. Pero no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, siempre debe tener razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador responsable, decidiendo de acuerdo con sus propias convicciones y valores. Si cumple con estos requisitos, podrá fallar aplicando criterios o fundamentos no impuestos por el Derecho, los que podrán ser distintos de los que aplican otros jueces que tienen que decidir casos difíciles similares.

Dworkin formula tres críticas a mi planteamiento de que los tribunales ejerciten esta discreción limitada para resolver los casos que no hayan sido cabalmente reglamentados por el Derecho. La primera es que constituye una descripción errada del proceso judicial y de lo que hacen los tribunales en los “casos difíciles”<sup>74</sup>. Para demostrarlo, se vale de la terminología que utilizan los jueces y los juristas para describir la labor que corresponde a los primeros, como también se vale de la fenomenología de la tarea jurisdiccional. Cuando los jueces fallan y los abogados los presionan para que resuelvan en su favor, no hablan del juez como si él estuviera “creando” Derecho, ni siquiera en los casos inéditos. Incluso en los casos más difíciles, el juez no demuestra tener conciencia de que, como sugieren los positivistas, el proceso de decisión consta de dos etapas totalmente diferenciadas: una en la que el juez comprueba que el Derecho vigente no impone una decisión en un sentido u otro; y la otra en la que se aparta del Derecho vigente para crear Derecho *de novo* y *ex post facto* para las partes, según su concepto de lo que es mejor. En cambio, los abogados se dirigen al juez como si éste siempre tuviera que descubrir y hacer cumplir el Derecho vigente y el juez habla como si el Derecho fuera un sistema sin vacíos, en el que hay una solución para cada caso que aguarda ser descubierta y no inventada.

No hay duda de que la conocida retórica del proceso judicial alienta a pensar que en los sistemas jurídicos desarrollados no hay casos que no estén reglamentados legalmente. Sin embargo, ¿hasta qué punto es esto efectivo? Desde luego, hay una larga tradición europea y una doctrina acerca de la división de poderes que exagera la distinción entre Legislador y

<sup>74</sup> [TRS, p. 81; cf. LE, pp. 37-39.]

Juez e insiste en que, cuando el Derecho existente es claro, el Juez es un simple “portavoz” de un Derecho que él no crea ni moldea. Sin embargo, es importante distinguir el lenguaje ritual que utilizan los jueces y los abogados, para resolver las causas que se ventilan en los tribunales, de los planteamientos generales más reflexivos acerca del proceso judicial. Jueces de la importancia de Oliver Wendell Holmes y Cardozo en los Estados Unidos, o de Lord Macmillan, Lord Radcliffe o Lord Reid, en Inglaterra, y una serie de otros juristas, tanto académicos como en el ejercicio de la profesión, han insistido en que hay casos que la ley ha dejado sin reglamentar y en que el juez debe cumplir una labor ineludible, aunque “intersticial”, creadora de Derecho y que, en lo que respecta al Derecho, muchos casos podrían resolverse en uno u otro sentido.

Hay una consideración importante, que contribuye a explicar la renuencia a aceptar la afirmación de que los jueces suelen a la vez crear y aplicar el Derecho y que, además, dilucida las principales características que distinguen la creación del Derecho por la judicatura y por la legislatura. Se trata de la importancia que suelen atribuir los tribunales al procedimiento por analogía cuando se pronuncian sobre casos no reglamentados, de modo que se asegure que el Derecho nuevo que ellos crean, a pesar de que *es* efectivamente nuevo, concuerda con principios o fundamentos que tienen base reconocida en el Derecho existente. Es cierto que en los casos en que las leyes o precedentes particulares son indeterminados, o cuando el Derecho existente nada dice, los jueces no prescinden lisa y llanamente de sus textos jurídicos y comienzan a legislar sin mayor guía por parte del Derecho. Cuando resuelven estos casos, a menudo citan algún principio general o algún propósito o finalidad general que, de acuerdo con alguna parte importante del Derecho vigente, sirva de ejemplo o modelo y apunte hacia una respuesta determinada para el caso difícil de que se trata. De hecho, éste es el núcleo de la “interpretación constructiva” en que hace tanto hincapié la teoría de Dworkin acerca de la adjudicación. Sin embargo, aunque este procedimiento posterga el momento de creación del Derecho por los tribunales, no lo elimina, puesto que en todo caso difícil pueden plantearse principios diferentes que respaldan analogías contrapuestas y a menudo el juez tendrá que elegir entre ellos, basándose, como legislador responsable, en su sentido de lo que es mejor y no en algún orden de prelación ya establecido e impuesto por el Derecho. El momento de creación del Derecho por los tribunales no sólo se postergaría, sino que se eliminaría, en los casos en que el Derecho vigente tuviera un conjunto singular de principios superiores que atribuyeran ponderaciones o prioridades relativas a estos principios contrapuestos de categoría inferior.

Las demás críticas de Dworkin a mi versión de la discreción judicial de los jueces no la condenan porque sea descriptivamente falsa, sino porque presta apoyo a una forma de creación del Derecho que es antidemocrática e injusta<sup>75</sup>. Por lo general, los jueces no son elegidos y, según se dice, en una democracia sólo los representantes de elección popular deben tener facultades para crear el Derecho. Esta crítica puede responderse de diversas maneras. Que se encomiende a los jueces la facultad de crear Derecho para resolver controversias no reglamentadas por la ley, tal vez sea el precio que hay que pagar para evitar los inconvenientes de métodos alternativos de regularlas, tales como la remisión a la legislatura. Y posiblemente este precio parezca pequeño si se limita el ejercicio de estas facultades judiciales, de tal modo que los jueces no puedan crear códigos ni realizar grandes reformas, sino tan sólo establecer reglas para resolver cuestiones concretas planteadas en casos particulares. En segundo lugar, la delegación de un margen limitado de facultades legislativas en el ejecutivo es una característica común de las democracias modernas y delegarlas en el poder judicial no parece constituir una amenaza mayor para la democracia. En ambas formas de delegación, la legislatura elegida ejercerá generalmente un control residual y podrá derogar o enmendar cualquier regulación subordinada que estime inaceptable. Es efectivo que, como sucede en los Estados Unidos, cuando las facultades del poder legislativo son limitadas por una constitución escrita y los tribunales tienen amplias facultades de revisión, una legislatura *elegida democráticamente* quizá no pueda revocar una reglamentación creada por el poder judicial. En tal caso, en definitiva, posiblemente el control democrático sólo pueda asegurarse mediante el engorroso mecanismo de la reforma constitucional. Es el precio que hay que pagar por imponer restricciones legales al gobierno.

Dworkin sostiene, además, que la creación de Derecho por los tribunales es ilegítima y la rechaza como una forma de crear Derecho retroactivamente o *ex post facto*, lo que, por cierto, generalmente se considera injusto. Pero la razón por la cual se estima que es ilegítimo crear Derecho retroactivamente es que frustra las justificadas expectativas de quienes, al actuar, han partido de la base de que las consecuencias jurídicas de sus actos se determinarán por el Derecho vigente en el momento de realizarlos. Sin embargo, aunque esta objeción tiene valor cuando los tribunales modifican o invalidan retroactivamente el Derecho claramente establecido, parece inaplicable en los casos difíciles, puesto que estos son casos que el Derecho no ha reglamentado cabalmente y en los que no hay un Derecho claramente establecido que justifique esas expectativas. □

---

<sup>75</sup> [TRS, pp. 84-85.]