

## V. La función del juez y Ronald M. Dworkin

Ronald M. Dworkin desarrolla su teoría jurídica sobre una demoledora y polémica crítica al positivismo, llevado a su máxima expresión, según él, por H.L.A. Hart.<sup>144</sup>

La tesis central de Dworkin es la afirmación de los derechos individuales de los hombres. Estos derechos no son necesariamente jurídicos (no requieren para existir reconocimiento del derecho) ni dependen de las mayorías (son "triumfos frente a las mayorías"). Sin embargo, la existencia de estos derechos individuales tiene gran trascendencia jurídica: apoyado en la existencia de éstos, Dworkin arremete contra la tesis positivista de la discreción judicial, afirmando que, ante un caso difícil, el juez no tiene discreción (en el sentido en que los positivistas usan esa palabra), sino el deber de descubrir cuál de las dos partes tiene el derecho que más atención merezca, y decidir a su favor. En definitiva, Dworkin cree que los casos tienen una 'respuesta correcta' ('right answer')<sup>145</sup>. Con esta proposición, Dworkin elabora su polémica teoría, que desarrollaremos en esta parte del texto.

144 La línea de Dworkin, de enfatizar el rol del modelo de función judicial y el problema de la argumentación tienen su correlato 'continental' en lo que se ha dado en llamar 'la nueva retórica'. Autores de esta escuela son, entre otros, Ch. Perelman ("Lógica Jurídica y Nueva Retórica", Ed. Civitas, Madrid, traducción de Luis Díez Picazo, 1988), Th. Viehweg y, entre los hispanos, J.A. García Amado, "Teoría de la Tópica Jurídica" (Ed. Civitas, Madrid, 1988).

145 En un artículo denominado "No Right Answer?" (Aparecido en Hacker, P.M.S., y Raz, Joseph, (ed.): "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart", Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 58-84), Dworkin dice "sostener la impopular tesis (...) de que las ocasiones en las cuales una cuestión jurídica no tiene una respuesta correcta en nuestro sistema jurídico son mucho más escasas de lo que generalmente se supone (p. 58s).

## A. El criterio de existencia

Dentro del esquema de Raz, Dworkin presta relativamente poca importancia al problema de la existencia del sistema jurídico: pretende afirmar los derechos de las personas frente a las mayorías a los jueces, y para ello parte del supuesto de que el sistema ya existe; simplemente la pregunta por la existencia del sistema jurídico es relevante para el esquema de Dworkin. Podríamos suponer que Dworkin está en principio de acuerdo con el criterio de existencia que propone Hart. Sin embargo, con el desarrollo de su teoría, especialmente en su libro "Law's Empire" ("El Imperio del Derecho"), vaca la noción convencional de regla de reconocimiento que maneja Hart, admitiendo la posibilidad de controversias fundadas en torno ella<sup>146</sup>. Sin embargo, no es muy explícito a este respecto, sobre todo dado su compromiso político ideológico, lo que veremos más adelante.

## B. Criterio de identidad y modelo de función judicial.

Una de las críticas que Dworkin dirige al positivismo, tomando como paradigma a la teoría de Hart, se basa en su afirmación de que en un sistema jurídico existen no sólo normas<sup>147</sup>, sino también otros estándares que utiliza el juez en sus decisiones. En este sentido, es importante determinar qué otros estándares coexisten con las normas, y como podemos afirmar su juridicidad.

146 Cfr. Dworkin, Ronald: "El Imperio de la Justicia" (1986), Ed., Gedisa, Barcelona, 1988, cap. IVss. Vid. también infra, pp. 249ss.

147 Dworkin, R.M.: "¿Es el derecho un sistema de normas?", en Dworkin, R.M., (ed): "La Filosofía del...", op. cit., en nota 6, pp. 75ss. Reproducido en el libro de Dworkin, "Los Derechos en Serio" (1977), traducción de Marta Guastavino, Ariel, 1984, pp. 61ss., con el título de "El Modelo de las Normas (I)".

Para comprender el criterio de identidad de Dworkin, es necesario referirse brevemente al modelo de función judicial que éste postula:

A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quien corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garanticen su derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez -al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo<sup>148</sup>.

La afirmación contenida en c) es el núcleo del ataque de Dworkin al modelo positivista de función judicial. A partir de esta afirmación (y de la contenida en d)) es que Dworkin es considerado por algunos como neoiusnaturalista.

En las afirmaciones contenidas desde el punto d) en adelante, aparece el problema de la fundamentación de la decisión en principios. Aquí vale la pena detenerse un momento.

Dworkin dice que hay dos modos en que un juez puede fundamentar su decisión ante un caso difícil (es decir, un caso para el cual no hay norma aplicable): puede utilizar argumentos de principios y argumentos de política. Los argumentos políticos "justifican una decisión política demostrando que favorece o protege

una meta colectiva de la sociedad en cuanto todo". Por su parte, los argumentos de principio "justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo"<sup>149</sup>.

La decisión de los jueces en los casos difíciles debe, en principio, responder a argumentos de principios, y no a argumentos de política. Ello por dos razones: en primer lugar, se sostiene que, en una democracia moderna, una sociedad debe estar dirigida por hombres elegidos por la mayoría y responsables de sus actos ante sus electores. Dado que los jueces no son ni lo uno ni lo otro, deben tener el menor poder político posible al aplicar argumentos de política, los jueces ejercen con innegable poder político. En segundo lugar, "si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber creado después del hecho"<sup>150</sup>.

148 Calsamiglia, A.: "Ensayo Sobre Dworkin", en Dworkin, R.: "Los Derechos...", op. cit. en nota 147, p. 18. Aunque no es muy bueno, este ensayo de Calsamiglia presenta globalmente las ideas de Dworkin contenidas en "Los Derechos en Serio". Por lo tanto (y con esa limitación) es recomendable como introducción.

149 Dworkin, R.: "Los Derechos en...", op. cit. en nota 147, p. 148. Los principios tienen diferencias lógicas con las normas. En efecto, éstas son aplicables o inaplicables. Si son válidas personal, territorial, temporal y materialmente deben ser aplicadas y si no lo son no deben serlo. No hay terceras posibilidades. Los principios, por el contrario, tienen peso específico, y si no son aplicados en un caso porque fueron superados por otros (piénsese, v. gr., en la constante tensión entre 'pacta sunt servanda' y 'rebus sic stantibus'), pueden ser aplicados en el siguiente. Cuando una norma es válida y aplicable, debe solucionarse el caso conforme a ella; cuando un principio es válido, éste sólo "expone una razón en favor de argumentaciones encaminadas en un cierto sentido, pero no implica necesariamente una solución correcta" (Dworkin, R.: "¿Es el Derecho...", en Dworkin, (ed): "La Filosofía...", op. cit. en nota 6, p. 92). Entre nosotros, Enrique Barros sigue muy de cerca la caracterización de Dworkin de las normas y los principios (Confrontar Barros, Enrique: "Reglas y Principios en el Derecho", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 1984, No. 2, pp. 269 a 281 con Dworkin, Ronald: "Los Derechos...", op. cit. en nota 147, pp. 61 ss). El problema de los principios es comentado por Raz (desde un enfoque crítico con Dworkin) en "Legal Principles and the Limits of Law", The Yale Law Journal, Vol. 81, 1972, pp. 823 ss. A su vez, la respuesta de Dworkin a las críticas de Raz se encuentran en Dworkin, R.: "Social Rules and Legal Theory", Idem, p. 855 ss. Cfr. infra, notas 169 y 170.

150 Idem, p. 150.

Por las dos razones expresadas, Dworkin afirma que 'el juez no es legislador'. Y como no es legislador, debe resolver los casos difíciles sin crear nuevos derechos, sino **reconociendo los preexistentes**, es decir utilizando argumentos de principio. Estos principios, más las normas y las directrices políticas dadas por los legisladores, son los elementos que el juez utiliza al resolver un caso difícil. Encontrar el criterio que nos permita saber cuándo directrices, normas y principios, forman parte de un sistema jurídico es el problema de la identidad, que Dworkin debe resolver.

Ronald Dworkin no es un miembro de la escuela denominada 'realismo jurídico'<sup>151</sup>, es decir, no asume como criterio de identidad la función judicial, de modo que sea derecho lo que los jueces aceptan como tal. Sin embargo, dicha función es central en este criterio, pues las disposiciones jurídicas cumplen su función en el foro. Aun cuando no aparece norma aplicable, el juez debe buscar la 'respuesta correcta'.

Para saber qué disposiciones son parte de un sistema jurídico, es necesario construir un modelo teórico coherente que explique tal sistema, de modo tal que pertenecerán a éste todas las disposiciones jurídicas compatibles con la teoría general.

Para elaborar dicho modelo teórico-explicativo, Dworkin inventa un abogado "dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, a quien llamaré Hércules". La labor de Hércules reflejará, en consecuencia, la labor constructiva que debe realizarse para llegar a un criterio de identidad que dé cuenta de todo

<sup>151</sup> Sobre el realismo jurídico y su desarrollo histórico en el sistema jurídico Vid. Schwartz, Bernard: "Algunos Artífices del Derecho Norteamericano", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985. Para una novedosa interpretación de este mismo movimiento, Vid. Ackerman, Bruce: "Del Realismo al Constructivismo Jurídico", Ed. Ariel, Barcelona, 1988, especialmente los capítulos 2 y 3.

el material jurídicamente relevante. "Supongo que (Hércules) acepta (...) que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos"<sup>152</sup>. Hércules debe elaborar una teoría que le permita explicar su sistema jurídico: su constitución, sus leyes, etc.

### i. La constitución.

Dworkin sostiene que Hércules deberá comenzar su labor constructiva con la constitución. ¿Porqué la constitución tiene el poder de crear o anular derechos? La respuesta debe ser aproximada a la siguiente: los ciudadanos se aprovechan de una serie de beneficios que les da el esquema de libertades consagrado en una constitución democrática. Es razonable, por consiguiente, exigirles que soporten también sus desventajas<sup>152b</sup>. Ahora Hércules deberá elaborar una teoría constitucional, esto es, un esquema de los principios, que debe ser compatible con las normas particulares de ésta.

Los derechos, junto con la idea anterior, sirven como guía para el intérprete, como está señalado más adelante. Ello (en algunos casos) aun contra ley expresa en contrario. Así, v.gr., antes de la reforma constitucional de 1989, mediante argumentos de justicia, el Tribunal Constitucional, dificultando su aplicación, derogó técnicamente, en forma tácita, el vergonzoso artículo 8° de la constitución de 1980<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Dworkin, Ronald: "Los Derechos en...", op. cit. en nota 147, p. 177.

<sup>152b</sup> En esto, Dworkin es tributario de Rawls, John: "Teoría de la Justicia" [1971], F.C.R., México, 1985.

<sup>153</sup> Al respecto, cfr. Ruiz-Tagle, Pablo: "Debate Público Restringido en Chile 1980-1988" Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, 1989, XVI, No. 2.

El esquema elaborado por Hércules debe preferir la teoría constitucional **más apta** conforme a la limitación anterior. Pero ella no será lo suficientemente concreta como para dar cuenta de algunos casos. Así, por ejemplo, la libertad religiosa consagrada en el artículo 19 No. 6 de la constitución, ¿incluye el derecho de no pagar impuestos que sean destinados a algún fin contrario a algún precepto de la religión?. ¿O sólo el derecho de que no sean usados para favorecer a una sobre otra?<sup>154</sup>. En el primer caso exigir un impuesto para financiar una guerra podría violar este derecho, en el segundo no. En algún momento de su razonamiento, Hércules deberá plantearse el problema como un asunto de filosofía política, y no como un mero problema de adecuación entre la teoría y las normas.

Resumiendo, a nivel constitucional, Hércules "debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique el esquema de gobierno respectivo (...). Debe enriquecer esta teoría refiriéndola alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales (...). Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante"<sup>155</sup>. A nivel constitucional, pertenecerán al sistema jurídico todas las normas y principios compatibles con esta teoría.

## ii. Las leyes.

Supongamos que en la jurisdicción de Hércules una ley pena a quien separe de su hogar "a cualquier persona que haya sido

ilegalmente detenida, confinada, inducida con engaño, mediante estratagema, secuestrada, raptada, o alejada por cualquier medio que fuere"<sup>157</sup>. Un joven convence a una muchacha de que su deber religioso era escaparse con él, violando una Orden del tribunal, y contraer un matrimonio celestial. ¿Ha cometido el joven un delito? Dworkin sostiene que el joven tiene derecho a su libertad, a menos que la ley, adecuadamente entendida, le prive de ese derecho. Es incoherente con cualquier teoría de la constitución que los jueces puedan crear retroactivamente un delito. Hércules deberá preguntarse porqué la ley puede afectar los derechos. La respuesta deberá encontrarla en su teoría constitucional, según la cual, por ejemplo, un parlamento elegido democráticamente es el órgano adecuado para tomar decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados delictivos. Esta teoría, sin embargo, impondrá limitaciones al legislador: le impondrá el deber de procurar los objetivos colectivos que definan el bien público, e impondrá restricciones que reflejen los derechos individuales. Hércules puede echar mano a estas limitaciones para interpretar la ley: deberá preguntarse cuál "interpretación vincula de manera más satisfactoria el lenguaje que usó el legislador con las responsabilidades constitucionales de éste. (...). No requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, mejor que cualquier otra teoría alternativa"<sup>158</sup>.

154 Dworkin, R.: "Los derechos...", op. cit. en nota 147, p. 178.

155 Idem, p. 179.

156 Ibídem.

157 El caso es real, 'Chatwin vs. United States' (1946) (Cit. por Dworkin, Ibídem).

158 Idem, p. 180. Esta perspectiva permite superar el tradicional problema interpretativo de la determinación del sentido de la ley: ¿es éste la voluntad del legislador actual, o la del que promulgó la ley, o es la voluntad objetiva de la ley?.

La interpretación legal conforme a la responsabilidad del legislador debe tener un límite: evidentemente el legislador no toma ni ha tomado todas las decisiones que estarían justificadas a la luz de una teoría constitucional. Se hace necesario, entonces, un nuevo criterio que nos permita distinguir, entre todas las opciones justificadas por la teoría constitucional respectiva, las actualmente tomadas por el legislador de las sólo potenciales. Este papel limitador es cumplido por los términos de la ley (su 'tenor literal'). "Las palabras de la ley que efectivamente promulgaron (los legisladores) permiten que el proceso de interpretación opere sin caer en el absurdo; la ley permite que Hércules diga que el órgano legislativo llevó cierta práctica hasta los límites del lenguaje que usaba, sin que se suponga también que llevó esta práctica hasta un punto ulterior no determinado"<sup>159</sup>.

### iii. Los precedentes.

En algún momento le será presentado a Hércules un caso no solucionado por la ley. Imaginémonos el caso. El demandante, Juan, alegará que, si bien es cierto que la ley no le concede lo que él pide, ha habido un número indeterminado de casos en que los jueces, encontrándose con igual insuficiencia de ley, han resuelto de modo tal que él debería ganar si se aplicara el mismo criterio. ¿Obligan estas decisiones anteriores al juez? En caso afirmativo, ¿por qué está vinculado nuestro héroe por la decisión de un tribunal en, v.gr., 1879? La teoría que Hércules formule debe dar respuesta a este problema.

Sin necesidad de hacer un esfuerzo mayor encontrará una respuesta: los jueces, al fallar un caso, tienen la pretensión de establecer normas generales que, a su juicio, beneficiarán a la

comunidad. El juez actual debe, en consecuencia, fallar en el mismo sentido que el juez de entonces, para de ese modo concretar el beneficio calculado por aquél. Con esta respuesta, Hércules puede tratar los precedentes de modo análogo a la ley, aplicando técnicas de interpretación similares. Esta explicación, sin embargo, tiene serios inconvenientes:

Por su propia naturaleza, los precedentes carecen de una formulación verbal canónica, es decir, un tenor literal, el que los jueces se esfuercen por alcanzar esas fórmulas (pensemos, v.gr., ¿a quién se le ocurriría hablar en Chile de interpretación sin decir que ésta es 'fijar el sentido y alcance de...?') no soluciona este problema, por dos razones: 1, porque no necesariamente se pretenderá alcanzar estas fórmulas (y, si eventualmente se pretende, nada asegura que se logrará); y 2, porque "muchas de las opiniones que los litigantes citan como precedentes no contienen proposición alguna que se pueda tomar como forma canónica de la norma establecida por el caso"<sup>160</sup>.

Pese a lo anterior podría sostenerse que, **cuando encuentre una fórmula canónica**, Hércules deberá interpretarla como ley, reconociendo en tal fórmula lo que Dworkin llama 'la fuerza de promulgación del precedente'. Aquí surge un nuevo y más importante inconveniente: en efecto, cuando un precedente tiene tal fuerza, no se considera que su influencia sobre casos posteriores se limite a ella. Los precedentes tienen, sostiene Dworkin, **una fuerza gravitacional** que opera sobre decisiones posteriores, aún cuando éstas escapan a su órbita particular.

Dworkin refuta a los que, como Hart, creen que el problema de esta **fuerza gravitacional** es propio sólo de ciertos casos especia-

<sup>159</sup> Id., p. 183.

<sup>160</sup> Idem, p. 182.

les (como la tesis de Hart, de la 'textura abierta' de las normas, a la cual Dworkin se refiere explícitamente). "En realidad es frecuente que los jueces estén en desacuerdo no sólo respecto de la forma en que se ha de interpretar una norma o principio, sino incluso sobre si la norma o principio que un juez cita ha de ser siquiera reconocida como derecho"<sup>161</sup>.

Pese a todo lo anterior, es evidente que, en un sistema de Common Law, los jueces se sienten creando normas con sus fallos, de un modo distinto que mediante la mera interpretación de los textos escritos. Una teoría del precedente que no dé cuenta de esto debe ser desechada. Por último, explicar la fuerza obligatoria del precedente asimilando éste a la legislación viola la máxima democrática de 'el juez no es legislador'.

Dworkin sostiene que todas las teorías del precedente que consideren a éstos en forma análoga a la ley serán incapaces de explicar coherentemente su **fuerza gravitacional**. En vez de recurrir a esta analogía forzada, esta característica peculiar de los fallos judiciales puede ser explicada "apelando (...) a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes"<sup>162</sup>.

161 Id., p. 184 (El subrayado es nuestro). Esta es la idea 'controversial' de Dworkin a la que hacíamos referencia supra (p. 208). Jules Coleman (vid. infra, p. 248ss. Vid También la nota 231) critica esta tesis de Dworkin, rehabilitando parcialmente la idea de Hart de la regla convencional de reconocimiento. Coleman sigue a Hart argumentando sobre lo que el llama 'positivismo negativo'.

162 Id., p. 185. Es interesante destacar que esta interpretación es perfectamente aplicable a un sistema continental, como el nuestro. En efecto, es razonable sostener que, en Chile, los jueces están obligados a fallar casos similares de modo similar (o, si no lo hacen, a explicar las razones que los llevaron a diferenciar), pues de lo contrario estarían discriminando arbitrariamente, violando la garantía constitucional del art. 19 No. 2 de la Constitución Política del Estado. (esta tesis fue desarrollada por el profesor Jorge Streeter Prieto, en el curso "El Razonamiento Jurídico en Derecho Económico", realizado durante el año 1990 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

Esta nueva teoría del precedente fundada en la equidad permite a Hércules sacar ciertas conclusiones respecto a su responsabilidad cuando decide casos difíciles, la más importante de las cuales es que debe aplicar la fuerza gravitacional del precedente hasta donde alcancen los argumentos de principio necesarios para justificar esa decisión. Es claro: los argumentos de política se pasan, por definición, en consideraciones oportunistas hechas por el legislador (ellos están vedados al juez, por la teoría constitucional de Hércules), y no hay razón de equidad que implique que, necesariamente, una decisión oportuna en 1910/1930 deba ser oportuna hoy. Esto es más claro si consideramos que no sólo varían las condiciones que pueden hacer más o menos oportuna una medida, sino varían, además, las opciones colectivas.

Los argumentos de política son contingentes (y, por ende, son una limitación a la teoría de la equidad) en dos sentidos: Supongamos, por ejemplo, que en 1955 se condenó al padre del lector, conductor de un Chevrolet Impala, a pagar daños y perjuicios a un peatón al que culpablemente atropelló. Las razones de la condena fueron: 1, que en esa época se estaba realizando un gran esfuerzo por disminuir el número de accidentes, y 2, que se creía que eso se lograría mediante el sistema de culpa. En 1990 un peatón es atropellado por el lector. ¿Obliga el precedente al juez, conforme a la teoría de la equidad? Los argumentos en virtud de los cuales se condenó a su padre (reducción de accidentes como opción colectiva y confianza en el sistema de culpa como medio de reducción de ellos) en 1955 fueron de política, de dos tipos: uno era un problema técnico susceptible de medición (hasta cierto punto): ¿convenía utilizar un sistema de responsabilidad subjetiva o uno objetivo para disminuir el número de accidentes?. El

otro argumento de política era una **opción colectiva**: se había optado, en 1955, por priorizar la reducción de accidentes, sobre otros objetivos. Supongamos que en 1990 ya no parece tan importante reducir al mínimo el número de accidentes. Para obtener un mayor nivel de empleo, se ha optado por aceptar un nivel de accidentes más alto, a cambio de una mayor producción de vehículos. Aún cuando, para reducir los accidentes, siguiéramos creyendo en el sistema de culpa, no estaría justificado adoptar una decisión igual. El caso del lector cae fuera de la **fuerza gravitacional** del caso de su padre.

Así, al definir la fuerza gravitacional de un precedente, Hércules sólo debe considerar los argumentos de principio que lo justifican. Si la decisión de 1955 supone que el atropellado de entonces tenía un **derecho** a ser indemnizado, y no simplemente que la norma que lo favorece promueve algún objetivo colectivo, entonces es válido el argumento de la equidad, donde se apoya la fuerza obligatoria del precedente. Obviamente ello no implica que todo atropellado obtendrá su indemnización, pues el demandado podría tener otros derechos concurrentes. "Pero bien podría inferirse que en el último caso el demandante tiene el mismo derecho abstracto, y si así sucede, se necesitará entonces algún argumento especial que cite los derechos concurrentes para demostrar que una decisión en contrario en el último caso sería justa"<sup>163</sup>.

Todo lo dicho con respecto a la constitución, a las leyes, y a los precedentes, dan una idea genérica del criterio de identidad de Dworkin. Dicho criterio, sin embargo, está incompleto: falta, por ejemplo, una teoría de los errores, que permita a Hércules discrimi-

nar entre decisiones correctas e incorrectas. Ello porque es indudable que, pese a su sobrehumana inteligencia y capacidad, Hércules no podrá elaborar un conjunto de principios que dé cuenta de todo el material legislativo y judicial existente en la historia de cualquier sistema jurídico mínimamente desarrollado. La exposición de esta teoría de los errores, sin embargo, será omitida aquí, por la naturaleza de este trabajo, y porque no es más que aplicación del método utilizado hasta esta parte.<sup>163b</sup>

### C. La estructura.

Dworkin no parece establecer a priori relaciones entre principios, directrices y doctrinas. En su último libro, Dworkin sostiene que la estructura del sistema está dada por el modo de producción judicial de sus decisiones<sup>164</sup>. Hay, entonces, una producción del sistema incesante, en la cual cada decisión lo aumenta y profundiza. Este proceso de creación del derecho puede ser asimilado, según Dworkin, al trabajo realizado por un grupo de novelistas al escribir una novela. A esta metáfora la llama la **novela legal en serie**, y sus elementos son<sup>165</sup>:

1. Cada novelista (juez) debe recibir el material anterior de la novela (precedentes, otras decisiones judiciales, etc.), interpretarlo, y escribir su capítulo (decisión judicial), agregándolo a lo que el próximo novelista (juez) recibirá;

<sup>163</sup> Id., p. 188.

<sup>163b</sup> "Casos difíciles", reproducido en "Los Derechos...", op. cit. en nota 147, pp. 146ss.

<sup>164</sup> Es importante no olvidar que Dworkin escribe para un sistema donde el respeto al precedente es parte del derecho, sin perjuicio de que su teoría tenga (o pueda tener) pretensiones de universalidad.

<sup>165</sup> Cfr. Dworkin, R.: "El Imperio ...", op. cit. en nota 146, pp. 166ss. En esta parte ver Ruiz-Tagle, Pablo: "La Novela Legal en Serie y el Concepto de Derecho; una Teoría de Ronald Dworkin", En "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Valparaíso, 1988, pp. 95ss.

2. "Cada novelista tiene el trabajo de escribir su capítulo de manera que la novela que se construye sea lo mejor que puede ser"<sup>166</sup>;
3. Deben los novelistas escribir la novela como si fuera la obra de un solo autor (la comunidad completa);
4. Cada novelista debe adoptar una concepción general de lo que es y será la novela, de modo de poder decidir qué cuenta como continuación de ella o qué cuenta como comienzo de una nueva. Dicha concepción debe ser coherente con el material acumulado.
5. "Los novelistas no son capaces de ver las diferencias existentes entre su rol como creadores de capítulos y su rol como intérpretes o críticos"<sup>167</sup>; y
6. No hay una 'versión autorizada' de la novela: ella está sujeta a desacuerdos e interpretaciones contradictorias. Ninguna de ellas es más autorizada que las otras, sino en tanto responde mejor a los elementos previamente enunciados.

La metáfora empleada por Dworkin es sugestiva; sin embargo, ha suscitado muchas críticas que parecen indicar la necesidad de un mayor desarrollo de su teoría.<sup>168</sup>

Lo más cuestionable de esta nueva teoría de Dworkin es que ella, desde cierto punto de vista, se aleja considerablemente de "Los Derechos en Serie". En efecto, esta idea del 'derecho como integridad', constituido por la novela legal en serie es fundamentalmente re-

activista, especialmente si se atiende a sus elementos 1. y 6. Con ello Dworkin no parece 'tomarse en serio los derechos', introduciendo una gran incoherencia en su tesis. Con esta idea de la novela legal en serie, Dworkin parece estar muy cerca de la llamada 'nueva retórica' (Cfr. supra, Nota 144), y ello parece estar muy lejos de su tesis de la respuesta correcta'.

#### D. El problema del contenido.

La solución que Dworkin da a este problema es original. No parece afirmar que el contenido del derecho deba necesariamente coincidir con algún código metajurídico. Por ello Dworkin no es *eo iusnaturalista*. Pero tampoco afirma la independencia del contenido del derecho: él sostiene que, por un lado, llega un nivel en que derecho y moral están tan unidos que es difícil distinguirlos (y aquí el intérprete se encuentra con principios<sup>169</sup>), y por otro, las características propias del proceso de adjudicación judicial hacen que las directrices políticas<sup>170</sup> influyan en él como un elemento formativo del derecho. En resumen, a este respecto llama la atención cómo para Dworkin es difícil determinar los límites que separan al derecho de otras disciplinas, contra lo que sostiene la tradición que se inicia con Bentham y Austin.

No debe concluirse de lo anterior que Dworkin no sostenga una posición clara respecto del contenido del derecho. De hecho, parece ser que lo que a él le importa es que sus opiniones sean

166 Ruiz-Tagle, P.: "La Novela...", op. cit. en nota 165, p. 96.

167 *Ibidem*.

168 Para un enfoque crítico de la novela legal en serie, ver Ruiz-Tagle "La Novela...", op. cit. en nota 165pp. 97ss.

169 "Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad." (Dworkin, R.: "Los Derechos en...", op. cit. en nota 147, p. 72. [el subrayado es nuestro]).

170 "Llamo directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado" (*Ibidem*).

tomadas en cuenta por los tribunales norteamericanos, antes que objeto de discusiones académicas. Esta es una clara diferencia entre los autores anteriormente analizados y Dworkin. En efecto, mientras aquellos tratan de elaborar una construcción sistemática del derecho dirigida a la gente que cultiva el estudio del derecho como ciencia, éste realiza el mismo tipo de construcción sistemática, pero con el objeto de orientar decisiones jurisprudenciales futuras, y así, tender al reconocimiento real de lo que él llama "derecho a igual consideración y respeto". Mientras las teorías de Bentham/Austin, Kelsen y Hart presentan un marcado corte academicista (sin ánimo de darle a esta palabra una connotación peyorativa), la de Dworkin es una filosofía legal claramente contingente.

La postura política de Dworkin podría denominarse como un 'activismo liberal'<sup>171</sup>. El sostiene que todos los hombres tienen derecho a 'igual consideración y respeto', y que el Estado tiene el deber de intervenir para garantizar tal derecho.

De este derecho a ser tratado con igual consideración y respeto se deriva otro derecho<sup>172</sup>: el derecho a igual tratamiento, "que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o car-

gas"<sup>173</sup>. Este derecho, por ser derivado, es de realización eventual: "En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias". Así, por ejemplo, "si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina"<sup>174</sup>.

Paradojalmente, del derecho a ser tratado como igual se desprende también, en ciertos casos, (como en el ejemplo) un derecho a trato diferenciado. El hijo enfermo tiene derecho a que Dworkin le dé la medicina, y éste no se la puede negar a su hijo pretextando que la discriminación es, en si, contraria al derecho a ser tratado como igual.

La discriminación, sostiene Dworkin, no es arbitraria cuando se fundamenta en que la sociedad **estará como tal mejor** al discriminar. El problema radica aquí, sin embargo, en que "hay dos sentidos distintos en los que puede decirse que una sociedad como tal **está mejor**"<sup>175</sup>: un sentido utilitario y un sentido ideal. El sentido utilitario alude a que el nivel promedio -o colectivo- de **bienestar** en la comunidad mejore, aunque decaiga el de alguno de sus miembros. El **sentido ideal** alude a que la sociedad es más justa, o de alguna otra manera se acerca más a un **modelo ideal**, se mejore o no el bienestar promedio (si el modelo ideal es la maximización del bienestar, ambos criterios se confunden).

<sup>173</sup> Dworkin, R.: "Los Derechos...", op. cit. en nota 147, p. 332.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 338. Sobre el tema de la discriminación en general, desde una perspectiva igualitarista, se destaca el libro de Rae, Douglas: "Equalities", Harvard University Press, Cambridge, 1981.

<sup>171</sup> La palabra 'liberal' tiene, especialmente en EE.UU., un contenido diverso del que tiene en los países de habla hispana. En EE.UU., es liberal quien cree en la libertad como valor fundamental, pero postula una intervención significativa del Estado para garantizar y realizar dicha libertad. En los países hispanos, son liberales los que defienden el primer aserto, pero no el segundo. Nuestros liberales serían llamados en EE.UU. 'libertarios'. Para una interesante discusión sobre política y derecho, especialmente una apreciación crítica de la influencia del capitalismo y del liberalismo sobre las concepciones jurídicas, Vid. Barcellona, Pietro, et. al. "La Formación del Jurista", Ed. Civitas. Madrid, 1988.

<sup>172</sup> Al hablar de 'derecho a igual consideración y respeto', no estamos usando la palabra 'derecho' en el sentido definido en el capítulo anterior. En el esquema de Hohfeld, este sería un **privilegio**: cada individuo tendría el privilegio de ser considerado y respetado igual que los demás, y frente a cada uno, el resto carecería del derecho a discriminarlo violando tal prerrogativa.

Dworkin desconfía del criterio utilitario, sobre dos consideraciones: en primer lugar, porque implica un **cálculo** de la utilidad que es sumamente controvertible. La aritmética moral de Bentham no lo satisface en estos casos. En segundo lugar, porque pese a que este criterio parece más igualitario<sup>176</sup>, ello depende de cual sea el parámetro para medir la necesidad de mejor tratamiento de cada grupo (la piscina o el teatro, en el ejemplo): si el parámetro son las preferencias **personales** de las personas (esto es, las preferencias personales de una persona por gozar de ciertos bienes u oportunidades, los 'gustos' de las personas'), el igualitarismo del criterio utilitario se reduce a cero, puesto que ahora las oportunidades, las cargas y la asignación de bienes a un individuo **dependerán de la opinión que de él tengan otros**. "Lo que hay que hacer -dirá un utilitario- es decidir conforme a las preferencias **externas** de las personas por la asignación de bienes u oportunidades **a otros**". El problema que plantean las preferencias externas es que comúnmente no son independientes, sino están injertadas sobre las preferencias personales, a las cuales refuerzan. ("Si quiero una piscina para disfrutar del agua -preferencia personal por la piscina-, puedo ser altruista con un atleta amigo, o pensar que el teatro es inmoral -preferencia externa por la piscina"<sup>177</sup>). En el fondo, según Dworkin, las preferencias externas manifiestas pueden ser sólo expresiones de preferencias personales latentes u ocultas.

176 La medicina se da al más necesitado; si hay dinero para construir o un teatro o una piscina, pero no ambos, se construirá lo que prefiera la mayoría. No se considerarán privilegios de persona ninguna. Como decía Bentham, cada hombre ha de contar como uno, y ningún hombre ha de contarse como más de uno. (Dworkin, "Los Derechos ...". op. cit. en nota 147, pp. 341ss).

177 Idem, p. 343. La diferencia entre preferencias personales y preferencias externas se encuentra en Dworkin, Idem, p. 342.

Los criterios ideales requieren un **modelo** predeterminado de sociedad, conforme al cual pueda sostenerse que la sociedad se acerca o se aleja de él al discriminar en cierto sentido. Dicho modelo aunque no lo dice Dworkin- corresponderá lógicamente fijarlo al legislador, lo que es plenamente compatible con una teoría política democrática, con la cual el autor norteamericano está comprometido.

Dworkin y Raz fueron discípulos de Hart. Ambos desarrollaron sus respectivas críticas al modelo de él de modo paralelo: mientras Dworkin critica el fundamento de la regla de reconocimiento de Hart referido a los criterios de existencia e identidad, Raz se preocupa de la existencia y de la estructura de los sistemas jurídicos, enfocado desde la perspectiva del 'razonamiento práctico'. A esto último está dedicada la siguiente parte.