

RONALD DWORKIN

LOS DERECHOS EN SERIO

PLANETA-AGOSTINI

las razones por las cuales las tesis de Dworkin no han merecido atención aquí se debe a que el autor americano ha prescindido de los desarrollos de la filosofía jurídica europea continental. Genaro Carrió —uno de sus críticos más relevantes de habla castellana— se sorprende de que en la obra de Dworkin (que constituye un importante ataque al positivismo) no merezcan atención los autores más representativos de las doctrinas positivistas de nuestros tiempos como Bobbio o Ross.² Posiblemente esta falta de atención hacia las escuelas europeas haya reducido el ámbito de influencia de las teorías de Dworkin. Muchos autores —que lo citan— se limitan a etiquetarle de «apologeta del sistema americano» o de «neiusnaturalista»³ para evitar un enfrentamiento directo con la *incomodidad* que producen sus tesis. Y, ciertamente, es un autor incómodo porque pone en cuestión los presupuestos del positivismo jurídico, de la filosofía política utilitarista y, además, rescata la filosofía liberal del conservadurismo

LAS TESIS SOBRE EL POSITIVISMO

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas.⁴ Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una *doctrina peligrosa*. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque. La crítica del supuesto de la distinción rígida entre el derecho y la moral es el objetivo fundamental de su «ataque al positivismo». Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico.

Normas, directrices y principios

El «ataque al positivismo» se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. Según Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios. El concepto de una norma clave —como la regla de reconocimiento— permite identificar las normas mediante un test que él denomina *el test de su pedigree o de su origen*.^{*} Dworkin considera que el test de pedigree es un test adecuado si se afirma —con el positivismo— que el derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa visión del derecho es unilateral. Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa.

El criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio —*su peso específico*— es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.

Los principios —además— informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante. Para dar fuerza a su argumento Dworkin da una serie de ejemplos de pro-

* Las doctrinas positivistas más desarrolladas han utilizado como criterio de identificación del sistema jurídico una norma clave. Tal es el caso de la norma fundamental de Ke'sen o la regla de reconocimiento de Hart. La regla de reconocimiento de Hart consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas. Cada sistema normativo tiene su propia regla de reconocimiento y su contenido varía y es una cuestión empírica. Hay sistemas normativos que reconocen como fuente del derecho un libro sagrado, o la ley, o las costumbres, o varias fuentes a la vez. La regla de reconocimiento es el criterio que utiliza Hart para identificar un sistema jurídico y fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella.

blemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana y demuestra el papel que de hecho juegan los principios.⁵

Los positivistas —ante la crítica de Dworkin— han reaccionado de modos muy diversos. Algunos, como Carrió,⁶ han sostenido que el ataque de Dworkin al positivismo es más aparente que real y que se mueve todavía en el ámbito del positivismo. Otros han señalado que una modificación de la regla de reconocimiento sería suficiente para invalidar la crítica. Mientras que desde otras perspectivas se ha afirmado que Dworkin representa un nuevo renacimiento del iusnaturalismo.

La regla de reconocimiento

La distinción entre normas y principios es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del derecho. Genaro Carrió sostiene que esta crítica no da en el blanco porque la regla de reconocimiento no sólo permite identificar normas sino también principios. Carrió pone el siguiente ejemplo: «Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella comunidad los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas ... las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al modo de origen o pedigree de la norma porque tendría en cuenta el contenido».⁷

Otros autores —más cercanos a Dworkin—, como Sartorius en *Individual Conduct and Social Norms*, mantienen la tesis de que «es posible encontrar un criterio complejo por medio del cual se puede determinar que ciertos principios y directrices forman parte del derecho de la misma forma que las normas y los precedentes judiciales».⁸ Este objetivo se puede conseguir ampliando un poco el contenido de la regla de reconocimiento.

Estos autores tratan de integrar la distinción entre normas y principios en la tradición positivista mediante una modificación de la regla de reconocimiento.

Una postura distinta mantiene Raz. Este autor —discípulo de Hart— ha puesto de manifiesto las debilidades de la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico. Pero, de la insuficiencia de la regla de reconocimiento no se puede inferir —como hace Dworkin— la

imposibilidad de encontrar un criterio que permita identificar el derecho.⁹

El neoiusnaturalismo de Dworkin

La reacción positivista no se ha limitado a la mera modificación de la regla de reconocimiento (Carrió o Sartorius) o a la búsqueda de criterios distintos (Raz) para la identificación del derecho. Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que «la interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral. Para Dworkin una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere «la verdad del iusnaturalismo».¹⁰

Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una *caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la justicia del derecho. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo —que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía —entre el iusnaturalismo y el positivismo— fundamentada en el *modelo re-constructivo* de Rawls.¹¹ Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea recons-

3. NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES POLÍTICAS

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política»^{*} al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester

* En el texto se usa «directrices políticas» o, simplemente, «directrices» como traducción del inglés *policies* (plural de *policy*, plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona), término que traducido como plural al castellano («políticas») resulta incorrecto y equivoco. Su forma singular, en cambio, se ha hecho familiar —y es fácilmente distinguible de «política» en la acepción de «ciencia y arte de gobernar», y de lucha por el poder de hacerlo— en expresiones tan conocidas como «una política» desarrollista, o de reconversión industrial o de apoyo a las universidades privadas. En el mismo sentido ha de entenderse la forma adjetiva en frases como «argumentos políticos» o «consideraciones políticas». (N. de T.)

disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.⁸

✧ Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios —en el sentido genérico— de las normas, y empezar por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*,⁹ si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: «Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino».¹⁰ Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen».¹¹ El asesino no recibió su herencia.

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*,¹² con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a «re-

parar» las partes defectuosas, «garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades». Henningsten argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) «Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.»¹³ b) «En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.»¹⁴ c) «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.»¹⁵ d) «En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.»¹⁶ e) «¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?»¹⁷ f) «Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un "pacto" en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...»¹⁸

Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas. Parecen muy diferentes de proposiciones como «La velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora» o «Un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos». Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

* La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídica-

cas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecúan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se

beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión; si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera. Hay muchos ejemplos menos espectaculares. Si un hombre deja un trabajo por otro mucho mejor pagado, y para hacerlo incumple un contrato, es posible que tenga que indemnizar por daños y perjuicios a su primer patrono, pero por lo común tiene derecho a conservar su nuevo salario. Si alguien quebranta la libertad bajo fianza para ir a hacer una inversión provechosa atravesando los límites estatales [en los Estados Unidos], es posible que lo envíen de vuelta a la cárcel, pero seguirá obteniendo los beneficios.

No consideramos que estos ejemplos en contrario —y otros, innumerables, que son fáciles de imaginar— demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico, ni que sea incompleto y necesite de excepciones que lo limiten. No tratamos estos ejemplos como excepciones (por lo menos, no en el sentido en que es una excepción el hecho de que un *catcher* deje caer el tercer lanzamiento), porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio. No están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se pueda obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de ellos podría agudizar nuestra percepción del peso del principio (una dimensión sobre la que volveré en breve), pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo.

Un principio como «Nadie puede beneficiarse de su propio delito» no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de dere-

chos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta; si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. Considérese la proposición, enunciada como punto «d)» en los extractos tomados del caso Henningsen, de que «el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches». Este enunciado no intenta siquiera definir los deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles. Se limita a enunciar —y éste es un eslabón esencial en la argumentación del caso Henningsen— que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. No significa que jamás puedan confiar en dicho principio, ni que los tribunales puedan rehacer a voluntad los contratos de compra-venta de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La «obligación especial» tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compra-venta de automóviles, pero por sí misma no la determina.

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en

particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trasciendan las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)

La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. «Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos» no es una proposición muy diferente, en la forma, de «Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito», pero quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio. En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es «absoluta» dicen que se la debe tomar en este sentido,

es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del «riesgo actual e inminente» o alguna otra forma de «equilibrio».

En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. La primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anula todo contrato que «restringe el comercio», cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra «irrazonable» y considerando que prohibía solamente las restricciones «irrazonables» del comercio.¹⁹ Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez que un tribunal encuentra que la restricción es «irrazonable» está obligado a declarar que el contrato no es válido) y sustancialmente como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es «irrazonable»).

Con frecuencia, palabras como «razonable», «negligente», «injusto» y «significativo» cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trasciendan la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el *tipo* de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos «irrazonables» son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente «injustos», esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz

o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas, y por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.

4. LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el de *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista muy diferentes que podemos tomar:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el «derecho» incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del «derecho»), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.

Se podría pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos enfoques, que no se trata más que de una cuestión verbal, según cómo se quiera usar la palabra «derecho». Pero eso sería un error, porque la elección entre ambos puntos de vista es de la mayor importancia para un análisis de la obligación jurídica. Es una opción entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica. A veces decimos que alguien «tiene por norma» hacer algo, cuando nos referimos a que ha decidido seguir cierta práctica. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr un par de kilómetros antes del desayuno porque quiere conservar la salud y tiene fe en un régimen de vida. No queremos decir con ello que esté obligado por la norma que él mismo se dicta, ni siquiera que él mismo la considere como obligatoria. Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. Si volvemos a usar el ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por costumbre ir al cine una vez por semana y decir que los ingleses tienen por norma que se debe ir al cine una vez por semana. La segunda formulación da a entender que si un inglés no sigue la norma, se ve sujeto a críticas o censuras, pero la primera no. La primera no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica —podemos decir que quien no va al cine descuida su educación—, pero con eso no se sugiere que el sujeto en cuestión esté haciendo algo malo, *simplemente* porque no sigue la norma.²⁰

Si pensamos en los jueces de una comunidad, podríamos describir las normas jurídicas que sigue este grupo de dos

LOS CASOS DIFÍCILES

1. INTRODUCCIÓN

En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez —de acuerdo con esa teoría— tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor.

Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación supone que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos. Este capítulo se refiere a las cuestiones que deben plantearse jueces y abogados, pero no garantiza que todos ellos den la misma respuesta a dichas cuestiones.

Quizás algún lector objete que si no existe, ni siquiera en principio, ningún procedimiento para demostrar qué dere-

chos tienen las partes en los casos difíciles, de ello se sigue que no tienen ninguno. La objeción presupone una tesis discutible de filosofía general, a saber, que ninguna proposición puede ser verdadera a no ser que se pueda demostrar que lo es, en principio. No hay razón para aceptar esa tesis como parte de una teoría general de la verdad, y si las hay, y buenas, para rechazar su aplicación específica a proposiciones referentes a derechos legales.¹

2. LA TESIS DE LOS DERECHOS

A. Principios y directrices políticas

Las teorías de la función judicial se han vuelto cada vez más complejas y sutiles, pero las más populares siguen subordinándola a la legislación. Los rasgos principales de esta actividad son conocidos. Los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas. Tal es el ideal que, por diferentes razones, no se puede realizar plenamente en la práctica. Las leyes y normas del derecho consuetudinario suelen ser vagas, y es necesario interpretarlas antes de que se las pueda aplicar a casos nuevos. Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente. Pero cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema.

El razonamiento es perfectamente conocido, pero en esta historia de sentido común hay otro nivel de subordinación subyacente que no siempre se advierte. Cuando los jueces legislan —tal es la expectativa— no sólo actuarán como diputados sino como representantes de la legislación. Legislarán movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior, si éste estuviera actuando independientemente. Se trata de un nivel de subordinación más profundo, porque hace que toda comprensión de lo que hacen los jueces en los casos difíciles dependa de una comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Esta subordinación más profunda es, por ende, tanto conceptual como política.

De hecho, sin embargo, los jueces no son ni deben ser

legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.

Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política, que introduciré ahora en forma más bien tosca. Es la distinción entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos por el otro.²

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [racial en los Estados Unidos], y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio. Con estos dos tipos de argumento no se agota el espectro de las discusiones políticas. A veces, por ejemplo, una decisión política —como la de permitir que los ciegos se eximan de ciertos aspectos del impuesto sobre la renta— puede ser defendida más bien como un acto de virtud o generosidad pública que sobre la base de una directriz política o de un principio. Pero estos dos últimos son los fundamentos principales de la justificación política.

La justificación de un programa legislativo de cierta complejidad exigirá, por lo común, ambas clases de argumentos. Incluso un programa que sea principalmente cuestión de política, como puede serlo un programa de subsidios para industrias importantes, puede necesitar de argumentos de principio que justifiquen sus designios. Puede suceder, por ejemplo, que el programa prevea iguales subsidios para fabricantes de capacidades diferentes, partiendo del supuesto de que los fabricantes de aviones menos poderosos tienen derecho a no verse excluidos de su actividad por la intervención gubernamental, aunque tal vez sin ellos la industria como tal sería más eficiente. Por otra parte, un programa basado principalmente en principios, como el programa contra la discriminación, puede reflejar el sentimiento de que los derechos no son absolutos, y de que pierden validez cuando las consecuencias de la política son muy graves. Por ejemplo, el programa puede prever que las reglas prácticas

de empleo equitativo y justo no se aplicarán cuando hacerlo pueda resultar especialmente subversivo o peligroso. En el caso de los subsidios, podríamos decir que los derechos conferidos se generan en virtud de la directriz y son restringidos por el principio; en el caso de la anti-discriminación, los derechos son generados por el principio y están sujetos a la restricción de la directriz.

Es evidentemente competencia del poder legislativo obrar con arreglo a argumentos políticos y adoptar programas que vengan generados por tales argumentos. Si los tribunales son delegados de la legislación, entonces deben tener competencia para hacer lo mismo. Por cierto que las decisiones judiciales rutinarias, que se limitan a imponer los términos inequívocos de alguna ley evidentemente válida, se justifican siempre por argumentos de principio, aun cuando la ley como tal haya sido generada por una directriz política. Supongamos que un fabricante de aviones plantea una demanda para recuperar el subsidio previsto por la ley. Argumenta que tiene derecho al subsidio; su argumentación es de principio. No sostiene que la defensa nacional saldría ganando si a él le dieran el subsidio; incluso puede reconocer que ya cuando fue adoptada, la ley se equivocaba en cuestiones de política, o que hace ya tiempo que habría debido ser derogada por razones políticas. Su derecho a un subsidio ya no depende de ningún argumento político, porque el estatuto ha hecho de él una cuestión de principio.

Pero si el caso de que se trata es un caso difícil, en el que no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces podría parecer que la decisión adecuada podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio. Consideremos, por ejemplo, el problema del reciente caso *Spartan Steel*.³ Los empleados del acusado habían roto un cable eléctrico perteneciente a una compañía que suministraba fluido al demandante, y la fábrica de este último había tenido que cerrar mientras reparaban el cable. El tribunal tenía que decidir si autorizaba al demandante a cobrar daños y perjuicios por pérdida económica causada por daño negligente a la propiedad ajena. La decisión podía haber sido alcanzada preguntándose si una firma en la situación del demandante tenía derecho a daños y perjuicios, que es una cuestión de principio, o si sería prudente, desde el punto de vista económico, distribuir la responsabilidad por accidentes en la forma que sugería el demandante, que es una cuestión política.

Si los jueces son delegados con función legislativa, el tribunal debe estar dispuesto a seguir tanto la segunda argumentación como la primera, y a decidir en favor del demandante si así lo exige esa argumentación. Tal es, supongo, lo que quiere decir la popular idea de que un tribunal debe estar en libertad de decidir un caso nuevo, como el de *Spartan Steel*, por razones políticas; y de hecho, en ese caso, lord Denning describió precisamente de esa manera su propia opinión.⁴ No creo que tuviera la intención de distinguir un argumento de principio de un argumento político, de la manera técnica que yo lo he hecho, pero en todo caso, no tenía la intención de excluir, en ese sentido técnico, un argumento político.

Propongo, sin embargo, la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles como el de *Spartan Steel*, son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas. Es obvio que la tesis necesita aún mucha elaboración, pero podemos advertir que hay ciertos argumentos de la teoría política y de la jurisprudencia que la abonan, aun en su forma abstracta. Estos argumentos no son decisivos, pero sí lo bastante poderosos como para sugerir la importancia de la tesis, y para justificar la atención que será necesaria para darle una formulación más cuidadosa.

B. Los principios y la democracia *

La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que 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 nuevo creado después del hecho.

Estos dos argumentos se combinan en apoyo de la idea tradicional de que la adjudicación de competencia al juez debe estar tan subordinada a la ley como sea posible. Pero

presentan objeciones mucho más poderosas a las decisiones judiciales generadas por directrices políticas que a las generadas por principio. La primera objeción, que legislar debe ser misión de funcionarios electos y responsables, no parece admitir excepciones cuando pensamos en la legislación como política, es decir, como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras del bienestar de la comunidad como tal. No está claro en modo alguno que las comparaciones interpersonales de utilidad o preferencia, mediante las cuales pueden objetivarse tales compromisos, tengan sentido ni siquiera en teoría; pero en todo caso, en la práctica no se dispone de ningún cálculo adecuado. Por consiguiente, las decisiones políticas deben tomarse mediante la operación de algún proceso político destinado a producir una expresión exacta de los diferentes intereses que se han de tener en cuenta. El funcionamiento del sistema político de la democracia representativa es quizás apenas indiferente en este aspecto, pero es mejor que el de un sistema que permita que jueces no electivos, que no tienen contacto con el público ni están sometidos al control de grupos de presión, establezcan, a puertas cerradas, compromisos entre los intereses en juego.

La segunda objeción también es convincente en contra de una decisión generada por directrices políticas. Todos coincidimos en que sería injusto sacrificar los derechos de un inocente en nombre de un deber nuevo, creado después del hecho; por consiguiente, también parece injusto privar de su propiedad a un individuo para entregársela a otro con el solo fin de mejorar globalmente la eficiencia económica. Pero ésta es la forma del argumento político que sería necesario para justificar una decisión en el caso de *Spartan Steel*. Si el demandante no tuviera derecho a cobrar daños y perjuicios, y el acusado la obligación de satisfacerlos, el tribunal podría estar justificado si diera la razón al segundo con el exclusivo interés de seguir una política económica correcta.

Pero supongamos, por otra parte, que un juez consigue justificar adecuadamente una decisión en un caso difícil, como el de *Spartan Steel*, con razones que no son políticas, sino de principio. Es decir, supongamos que puede demostrar que el demandante tiene derecho a percibir daños y perjuicios. Los dos argumentos que acabamos de presentar significarían una objeción mucho más leve a la decisión. El primero es menos oportuno cuando un tribunal basa su juicio en principios, porque no es frecuente que un argumento de

LOS DERECHOS EN SERIO

89. Véase p. 41.

90. Véase Benn, "Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests", en Pennock y Chapman (eds.), *Nomos IX: Equality* (1967), pp. 66-7.

91. Véanse pp. 483-484.

ÍNDICE

<i>Ensayo sobre Dworkin</i> , por ALBERT CALSAMIGLIA . . .	7
Introducción	31
✓1. La jurisprudencia	43
✓2. El modelo de las normas (I)	61
✓3. El modelo de las normas (II)	102
✓4. Los casos difíciles	146
5. Los casos constitucionales	209
6. La justicia y los derechos	234
✓7. Los derechos en serio	276
8. La desobediencia civil	304
9. La discriminación inversa	327
10. Libertad y moralismo	349
✓11. Libertad y liberalismo	372
✓12. ¿Qué derechos tenemos?	380
✓13. ¿Pueden ser controvertibles los derechos? . . .	396
Apéndice: Réplica a los críticos	412
Notas	497