

¿POR QUE ES IMPORTANTE DWORKIN?

La obra de Ronald Dworkin constituye una de las aportaciones más valiosas de la filosofía jurídico-política norteamericana actual. Sus trabajos han sido objeto de una polémica que ha trascendido más allá de los estrechos círculos académicos en la que se inició. Economistas, filósofos y sociólogos han dedicado su atención al análisis y a la crítica de su obra destruyendo el tradicional aislamiento entre juristas y otros especialistas de ciencias sociales. En el ámbito anglosajón se ha producido una auténtica tormenta de artículos y discusiones que han llegado hasta los periódicos de gran tirada. ¿Cuáles son las razones por las que sus tesis han sido debatidas? Seguramente existen algunas para tomarse su obra en serio si autores de primera línea le han dedicado su atención. Y se lo han tomado en serio porque desde sus primeros escritos Dworkin ha adoptado una forma polémica de escribir y ha dirigido sus afiladas armas críticas contra las doctrinas utilitaristas y las escuelas analíticas del derecho. Las controversias dworkinianas tienen un ciclo determinado. Se inician con la afirmación de tesis heterodoxas y sorprendentes. En un segundo estadio sus críticos ponen de manifiesto todo tipo de dificultades y obstáculos. Dworkin responde en un tercer estadio manteniendo algunos aspectos importantes de la tesis y reconociendo algo de la crítica para mantener el fondo de la tesis. Pero lo que gana la teoría dworkiniana en plausibilidad lo pierde en originalidad. Una buena muestra de este ciclo se encuentra en la publicación de *Taking Rights Seriously*, —cuya última edición incluye una respuestas a sus críticos—; la colección de ensayos editados por M. Cohen *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* de sus críticos —(London Duckworth, 1984) y el último round de la polémica en el libro Ronald Dworkin *A Matter of Principle* recientemente editado por Harvard University Press. Este último está dividido en seis partes que tratan los siguientes temas: la base política del derecho, el derecho como interpretación, liberalismo y justicia, el punto de vista económico en el derecho, discriminación inversa, censura y libertad de expresión.

El ataque al positivismo jurídico y la crítica del utilitarismo constituye uno de sus grandes objetivos polémicos. Su alternativa exige la construcción de una ciencia general del derecho basada en presupuestos distintos a los de la ciencia jurídica tradicional.

La ciencia general del derecho.

En el ámbito anglosajón la filosofía jurídica ha estado dominada durante ciento cincuenta años por la escuela analítica. John Austin —discípulo de Bentham— fundó la escuela analítica y propuso un plan de investigación para la construcción de una ciencia general del derecho bien delimitada y definida.

Una ciencia general del derecho —según Austin— debería incluir una parte normativa y una parte conceptual. La parte normativa la denominó *ciencia de la legislación* y su objetivo fundamental era estudiar *cómo debe ser el derecho*. Bentham y Austin no se limitaron a señalar

el campo de investigación sino que pusieron también las bases del contenido normativo de la ciencia de la legislación. La filosofía utilitarista — en sus diversas versiones— se ha constituido en la parte normativa de la ciencia general del derecho y ha sido desarrollada durante estos años por los filósofos.

La parte *conceptual* de la ciencia general del derecho se denomina *Jurisprudencia* y se ocupa de estudiar *cómo es el derecho*. La escuela analítica de Jurisprudencia ha tenido un gran desarrollo desde su fundación por Austin hasta Hart —cuya teoría constituye la versión más depurada y sofisticada de la escuela analítica— y ha sido un feudo propio de juristas. La Jurisprudencia tiene como objeto de estudio el derecho positivo. Olvida la nebulosa metafísica de las doctrinas iusnaturalistas y pretende constituirse en una ciencia cuyo objeto es la descripción del derecho positivo. Austin señaló que la Jurisprudencia podía estudiar el contenido de un derecho positivo (Jurisprudencia especial o dogmática) o bien los principios, nociones y distinciones comunes a todos los sistemas de derecho (Jurisprudencia general).

Pero Austin no se limitó única y exclusivamente a mostrar los campos que comprende una ciencia general del derecho sino que sostuvo que entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia *no existía ningún puente de conexión*. La escisión entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia fue tan firmemente establecida que los filósofos se ocuparon de la primera mientras que los juristas lo hicieron de la segunda. La ciencia general del derecho se componía de dos compartimentos estancos sin posibilidad de comunicación. La única comunicación posible era de la Jurisprudencia a la ciencia de la legislación, porque para saber cómo debe ser el derecho se debe conocer cómo es el derecho. Pero para conocer cómo es el derecho no es necesario saber cómo debe ser.

El ataque al utilitarismo.

Una de las razones que explican el éxito de los trabajos de Dworkin es su crítica al modelo de ciencia general del derecho propuesto por la escuela analítica. Como se ha dicho, la parte normativa de la ciencia general del derecho está fundamentada en la doctrina utilitarista. Y si bien es cierto que durante décadas el utilitarismo se ha considerado una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido el bienestar social, también es cierto que en la actualidad constituye un serio obstáculo para el progreso moral. Y lo es, porque las doctrinas utilitaristas no respetan los derechos individuales. El bienestar social —según Dworkin— sólo está justificado si respeta los derechos. Un derecho individual existe si y sólo si triunfa frente a la mayoría o frente a un objetivo social beneficioso. En otras palabras, tengo derecho a la integridad física *si y sólo si* no existe ningún objetivo social ni ninguna mayoría que pueda justificar que se me torture.

El utilitarismo no se toma en serio los derechos individuales porque sostiene una teoría política basada en los *objetivos*. El criterio supremo es el del bienestar social y a éste están subordinados el resto de los valores. Los derechos individuales no pueden vencer frente a los objetivos sociales porque su valor es inferior. El criterio de jerarquía de valores

que el utilitarismo usa incentiva el bienestar sin tener en cuenta el coste que ello puede suponer para los derechos individuales. El propio Bentham llegó a afirmar que la idea de unos derechos individuales era *un disparate en zancos*.

Dworkin opone a la filosofía utilitarista una teoría basada en los derechos individuales fundamentada en la poderosa e influyente teoría de John Rawls. Y, desde esta atalaya, critica el pseudoigualitarismo y las atrocidades a las que puede conducir la aplicación coherente de las doctrinas utilitaristas.

La ciencia de la legislación se ocupa de cómo deber ser el derecho. Pero un derecho justo no se puede fundamentar en objetivos sociales —como hace el utilitarismo— sino en derechos individuales inviolables. A las teorías basadas en objetivos sociales Dworkin opone las teorías basadas en los derechos y entre ellos destaca el derecho a la igual consideración y respeto.

El ataque a la escuela analítica.

La obra de Hart, *The Concept of Law*, constituye la versión más depurada de la escuela analítica. Dworkin la toma como punto de referencia para su crítica a la parte conceptual de la ciencia general del derecho.

El autor americano parte de una distinción lógica entre *normas, directrices y principios*. En los ordenamientos jurídico-positivos se pueden encontrar los tres tipos de prescripciones. Las normas tienen la particularidad de aplicarse *in toto* o no aplicarse porque indican las condiciones de aplicación y las consecuencias de ellas. Las directrices señalan un objetivo social beneficioso que debe conseguirse; mientras que los principios hacen referencia a la justicia y dan razones —más o menos poderosas— para decidir en un sentido determinado. Según Dworkin, es relativamente fácil encontrar la solución a un caso cuando existe una norma que lo regula. Pero, las directrices y los principios tienen mayores dificultades de identificación y de uso porque no establecen sus condiciones de aplicación.

Esta dificultad de identificación de las directrices y los principios ha conducido a las escuelas analíticas a dejarlos fuera de su análisis y prestar atención exclusiva a las normas. Las escuelas analíticas han ideado diversos procedimientos para la identificación de las normas jurídicas positivas. El mandato del soberano de Austin, la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart son los *criterios supremos* a los que nos debemos referir para identificar la validez de una norma jurídica positiva y su pertenencia a un sistema jurídico positivo determinado. Si queremos saber si una norma pertenece a un sistema jurídico positivo determinado debemos averiguar si se deduce —directa o indirectamente mediante un proceso de delegación— del criterio supremo. El concepto de *norma clave* permite identificar las normas válidas mediante un test de origen.

Este test de origen es insuficiente porque no permite identificar las directrices y los principios. Según Dworkin, las normas clave ofrecen una visión parcial del derecho porque lo reducen a normas y excluye las di-

rectrices y los principios.

Para demostrar la debilidad de los criterios de identificación del derecho propuestos por la escuela analítica Dworkin elige la estrategia de los *casos difíciles*. Un caso es difícil si no existe una norma exactamente aplicable. Ante un caso difícil la escuela analítica ha dado diversas respuestas.

La primera —en el tiempo— fue considerar que cuando no existía norma aplicable el juez debe rechazar la demanda porque todo lo que no está prohibido está permitido. Kelsen, por ejemplo, sostuvo la tesis de la completud del derecho en base a la norma general exclusiva. La tesis de la completud y de la norma general exclusiva fue criticada en el marco de la propia escuela analítica. Bobbio y sus discípulos han dedicado su atención a la crítica de esta tesis.

La segunda —sostenida en la actualidad por Hart y los epígonos de las escuelas analíticas— mantiene que el juez tiene discreción, es decir, que el juez tiene libertad para decidir entre las diversas alternativas posibles y que el derecho —en estos casos— no determina absolutamente la decisión judicial.

Dworkin reacciona frente a la tesis de la discreción judicial. Mantiene que cuando no existe norma exactamente aplicable el juez no tiene ni libertad ni discreción. Los principios y las directrices entran en juego. El juez debe acudir al propio derecho para resolver el conflicto. Y el derecho —compuesto por normas, principios y directrices— puede ofrecer una respuesta correcta a cualquier conflicto que se le plantee.

Inmediatamente surge la duda sobre el estatuto de los principios. Cabe preguntarse si éstos se encontrarán en un mundo trascendental y si sólo son identificables mediante la intuición. Algunos han interpretado las tesis dworkinianas como una vuelta al iusnaturalismo.

La respuesta de Dworkin es negativa. Los principios —que fundamentan derechos— no se pueden codificar ni establecer de una vez por todas. Son dinámicos y cambian con la sociedad. Los principios no se encuentran en el cielo de los conceptos jurídicos. Desconfía del iusnaturalismo y de su caja de caudales trascendentales que pretendían encontrar principios inmutables y universales. También desconfía de las tesis positivistas y de su identificación del derecho con las normas y de su argucia de la discreción judicial. Dworkin pretende inaugurar una vía intermedia ente el iusnaturalismo y el positivismo sin entregarse a sus reduccionismos.

Ante un caso difícil no cabe acudir al derecho natural. Tampoco es posible admitir la discreción judicial. Lo que debe hacer el juez es acudir a la teoría jurídica que solucione el conflicto y que a su vez sea la explicación y justificación más coherente del derecho positivo. Y esa teoría no se reducirá al análisis de las normas sino que tendrá en cuenta los principios. Dworkin sostiene que existen principios institucionalizados que fundamentan derechos jurídicos y principios no institucionalizados que fundamentan derechos morales. Pero unos y otros no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En un caso difícil tanto los derechos legales como los derechos morales pueden intervenir para resolverlo.

El análisis de los casos difíciles y la crítica de la tesis de la discreción judicial muestran la necesidad de restablecer los *puentes* entre la cien-

cia de la legislación y la jurisprudencia que las escuelas habían destruido.

También aparece la idea —ciertamente heterodoxa en el campo de la reflexión analítica— de que la teoría jurídica no sólo tiene funciones descriptivo-cognoscitivas sino también prescriptivas. La teoría jurídica fundamenta una tecnología que sirve para ayudar al juez a resolver los casos difíciles. De tal forma que la distinción entre la parte conceptual y la parte normativa de la ciencia general del derecho tampoco se mantiene de la forma rígida recomendada por las escuelas analíticas.

Por último, cabría destacar que frente a la tesis de la función creadora de derecho del juez —función política por excelencia— Dworkin mantiene que la función judicial es dar el triunfo al derecho más fuerte y que por tanto deben garantizar derechos preestablecidos y no crearlos. Esta tesis garantizadora es más coherente con el sistema de legitimación del estado de derecho que no permite las leyes retroactivas ni tolera poderes políticos paralelos a los órganos representativos.

El nuevo liberalismo.

La obra de Dworkin pretende restaurar el liberalismo bajo nuevas formas y lo fundamenta en el derecho a la igualdad. Como buen liberal, Dworkin sostiene que uno de los objetivos principales del sistema jurídico es controlar y limitar la acción de gobierno. Pero la defensa de los derechos individuales no le conduce a posiciones conservadoras sino progresistas.

El liberalismo fue en el pasado una doctrina progresiva que fomentó el aumento del bienestar social y el desarrollo económico. También el liberalismo defendió los derechos individuales. Hoy el liberalismo se considera un obstáculo ante el progreso porque ha dejado de ser tutor eficaz del equilibrio entre los derechos individuales y el bienestar social. El liberalismo —se afirma en muchas ocasiones— es la filosofía conservadora de la propiedad privada frente a los avances de las filosofías igualitarias.

Los trabajos de Dworkin pretenden rescatar el liberalismo de las garras del conservadurismo y ofrecer una filosofía política liberal de carácter progresista y radical. El éxito de la obra de Dworkin se explica precisamente por esa nueva fundamentación del liberalismo: La igualdad de consideración y respeto constituye el núcleo de la moral liberal. El derecho a la libertad está subordinado al derecho a la igualdad y en realidad un derecho a la libertad —entendido como triunfo frente a la mayoría— no existe.

La crítica a la filosofía utilitarista —una de las manifestaciones más relevantes de la filosofía liberal— y a la jurisprudencia analítica— que es la expresión más acabada de la teoría jurídica liberal— ocupa un lugar muy importante en su obra como prolegómeno de un nuevo liberalismo igualitarista.

¿Por qué es importante Dworkin?

Dworkin propone una ciencia general del derecho bien definida que difiere en aspectos muy importantes del proyecto analítico.

- 1.º—La ciencia de la legislación tiene como objeto de estudio cómo debe ser el derecho. Dworkin —que acepta en principio esta tesis— sostiene que el contenido normativo de la ciencia de la legislación no se puede basar en objetivos sino en una teoría de los derechos individuales. Por tanto, rechaza el substrato utilitarista de la ciencia general del derecho y propone una teoría alternativa de los derechos como fundamento de su parte normativa.
- 2.º—También ha puesto de manifiesto las debilidades del enfoque analítico de la jurisprudencia. La estrategia de los casos difíciles, la crítica de la tesis de la discreción judicial, la tesis de la respuesta correcta y la tesis de la función judicial —garantizadora de derechos— son los elementos fundamentales para su crítica.
- 3.º—Al enfocar el estudio del derecho desde la perspectiva de los problemas candentes de la actualidad ha puesto de manifiesto la necesidad de relacionar el pensamiento moral con el pensamiento jurídico. Entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia existen relaciones importantes. La parte conceptual de la ciencia general del derecho no es absolutamente independiente de la parte normativa. Uno de sus grandes méritos es restablecer el puente entre el razonamiento moral y el jurídico que las escuelas analíticas habían destruido.
- 4.º—La función de la teoría jurídica no es meramente cognoscitiva. Dworkin considera que la teoría utiliza las capacidades humanas humanas para resolver problemas que se plantean ante el juez. La teoría es un auxilio indispensable y tiene la función de orientar la decisión del juez en casos controvertidos y difíciles. Quizá por esa razón —por tratar problemas concretos y específicos— investigadores de otros campos de la ciencia han prestado atención a su teoría. Ello ha permitido un contacto entre juristas y especialistas de otras ciencias sociales que no es muy frecuente, pues tradicionalmente los juristas han permanecido aislados.
- 5.º—Su filosofía política viene a renovar los caducos y conservadores presupuestos liberales en un momento especialmente oportuno. La utilización de aparatos analíticos originales —y poderosos— explica el relanzamiento de un nuevo liberalismo de carácter progresista e igualitario.

No es de extrañar que la obra de Dworkin haya merecido tanta atención porque representa una alternativa a la ciencia general del derecho dominante. Algunos consideran que sus tesis no son tan novedosas como puede parecer a primera vista y que de una forma u otra sus críticas son integrables en el marco de la ciencia general del derecho tradicional. En España, creo que su obra se ha conocido fundamentalmente a través de la crítica de Carrió y se le ha despachado con el epíteto de antipositivista o iusnaturalista. También se ha puesto de manifiesto que sus críticas están aquí fuera de lugar porque el derecho anglosajón es muy distinto al derecho continental. Sin embargo, las preocupaciones de Dworkin no nos son ajenas. Algunos han mantenido que sus tesis sobre los principios y las normas ya se encuentran en autores alemanes como Esser. Creo, sin embargo, que estas críticas son fruto de la precipitación, pues evidentemente Esser no utilizó el método dworkiniano reconstruc-

tivista ni tampoco mantuvo la tesis de la respuesta correcta.

Ciertamente Dworkin es un autor *incómodo* porque pone en cuestión presupuestos profundamente arraigados en la mentalidad de los juristas. El razonamiento jurídico bebe de las fuentes del razonamiento moral y por eso sus tesis merecen respuesta.

