Porque nos interesamos en el derecho, no solo porque lo utilizamos para nuestros propósitos, egoístas o nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora. Si comprendemos mejor la naturaleza de nuestro argumento legal, conocemos mejor qué clase de personas somos.

Ronald DWORKIN
El Imperio de la Justicia, p. 22.

I. NOTA INTRODUCTORIA

PREVIO A ESTUDIAR CON DETENIMIENTO EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO de Ronald DWORKIN, es interesante considerar sus propias confesiones manifestadas en la introducción a su obra más importante: *Los Derechos en Serio*. Las cuales inician con las circunstancias políticas y de debate jurídico en que ha escrito su obra, así como su propia definición de ser defensor de una teoría liberal del derecho que ha de combatir a otra teoría del derecho que se considera liberal, a la que llama dominante: el positivismo y el utilitarismo.

Nuestro autor en mención dice que la teoría del derecho debe ser y contener a la vez:

- I. Conceptual: se vincula a la filosofía del lenguaje, y ésta con la lógica y la metafísica.
 - A) Teoría de la legitimidad.
 - B) Teoría de la justicia legislativa.
- II. Normativa:
 - 1) Teoría De la legislación.
 - 2) Teoría de la judicación.
 - C) Teoría de la controversia.
 - D) Teoría de la jurisdicción o de la competencia judicial.
 - 3) Teoría de la obediencia.
 - E) Teoría de la deferencia del derecho.
 - F) Teoría de la coacción.

La teoría general del derecho a su vez viene incorporada en una filosofía política y moral más amplia, que a su vez pueden depender de teorías filo-

El antipositivismo de Ronald Dworkin

sóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad¹.

DWORKIN critica a la teoría dominante (resultado del positivismo jurídico y del utilitarismo) en Inglaterra y Estados Unidos. La versión más acabada de dicha teoría en su aspecto conceptual es la del positivismo de H. L. A. HART, y en su aspecto normativo es el uso del análisis económico, y menciona que a pesar de las severas críticas a que ha sido sometida esta teoría dominante, ninguna ha reivindicado los derechos individuales frente a los colectivos, indicando esto como falla de dicha teoría.²

II. LA CRÍTICA AL POSITIVISMO JURÍDICO

De DWORKIN debemos considerar las siguientes características de su pensamiento: 1) que está circunstanciado en el sistema legal de Estados Unidos, 2) que el debate se centra en la relación entre el derecho, la moral y la política, 3) que no tiene el afán de construir una teoría meramente científico-descriptiva³, 4) que antepone los derechos individuales a cualquier objetivo social del derecho, y 5) que la crítica al positivismo la realiza desde la perspectiva resultante de las características antes mencionadas.

1. EL PROBLEMA MORAL SUBYACENTE AL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO DEL DERECHO

Inicia con la crítica al positivismo como teoría dominante en lo que ha denominado el aspecto conceptual, desde el supuesto de que son problemas

¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona, España. Planeta de Agostini, 1993. págs. 32 y 33.

² *Ibid*, cfr. p. 36.

³ Su teoría es también normativa, sobre todo en lo que refiere a los principios no entendidos como los generales del derecho, sino como proposiciones que prescriben derechos. Vid LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, 1995. págs. 39 y 40.

Derecho y moral. Estudio introductorio

morales los que subyacen a los aparentemente lingüísticos, así como a los de aplicación del derecho, mismos que pueden ser apreciados y estudiados cuando se les considera lejos del mero análisis conceptual de los significados, penetrando en su carga moral y política específica que pueden llegar a tener⁴.

Las voces usadas coloquialmente no presentan mayor problema hasta que aparece un caso complejo, el cual pone en evidencia que más allá de las cuestiones lingüísticas existe una controversia perteneciente al ámbito de la moral, para la que ni abogados ni jueces se encuentran preparados. Por lo que tales problemas no son percibidos y planteados normalmente, lo que en gran parte se debe a la instrucción que han recibido, la cual condiciona su concepción y práctica del derecho, DWORKIN lo sintetiza así:

A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir los hechos esenciales. Y se les enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano.⁵

Las corrientes del realismo jurídico, la jurisprudencia sociológica y la jurisprudencia norteamericana se han alejado del problema moral que subyace en el derecho, concluyendo en que son factores subjetivos los que en última instancia determinan las decisiones de los jueces,⁶ lo cual los ha hecho fracasar, pues “[...] los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos morales ni de estrategia [...]”⁷

Para DWORKIN, HART es un filósofo de la moral, en tanto que ha vuelto el tema de la moral al plano de la discusión del derecho, con lo que se introducen elementos para la crítica de varios de los aspectos de la teoría dominante.

⁴ SALMERÓN, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*. México, Distrito Federal. Fontamara, 2000. p. 149.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. Cit. nota 1. p. 44.

⁶ *Ibid*, Cfr: p. 46-50.

⁷ *Ibid*, Cfr: p. 51.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

2. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DOMINANTE

No obstante lo anterior, DWORKIN se propone “[...] examinar los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. HART. [...]”⁸, y resume al positivismo en los siguientes postulados:

- a) Reduce el derecho de una comunidad a normas que son usadas directa o indirectamente por la misma, las cuales pueden ser identificadas de otras espurias por su pedigrí u origen.
- b) Que el conjunto de todas estas normas jurídicas válidas agota el concepto del derecho.
- c) A todo derecho jurídicamente válido le es correlativa una obligación⁹.

Esta reducción del positivismo¹⁰ a los anteriores postulados la realiza considerando que dentro de lo mencionado puede contenerse cualquiera de las manifestaciones del positivismo jurídico, aún considerando las variantes. Este propósito reductivo tiene también la intención de que demostrando las deficiencias del positivismo en la versión más acabada, la del profesor HART, se prepare el área de la filosofía del derecho para la incorporación de las cuestiones morales y políticas, cuya injerencia en el derecho no es considerada por la corriente criticada.

DWORKIN realiza una somera mención del pensamiento de AUSTIN y de HART, y del primero vale la pena mencionar que considera bella su simplicidad, y que señala los errores ya mencionados por HART en su análisis de la obra del mismo autor. Como el propio DWORKIN lo ha mencionado, su análisis y crítica se han de dirigir al positivismo más acabado, que es el del propio HART. En la breve mención que hace del pensamiento de este autor considera que ha elaborado una teoría más compleja que la de su antecesor, y que

⁸ *Ibid*, Cfr: p. 65.

⁹ *Ibid*, Cfr: p. 65 y 66.

¹⁰ Algunos no están de acuerdo con esta reducción del positivismo en la que no solo hay una teoría del derecho, sino también una de cómo debería funcionar éste, ya que hay pocas pruebas al respecto. LYONS, David. *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona, España, Gedisa, 1998, págs. 126 y 127.

Derecho y moral. Estudio introductorio

ha conservado muchos de los puntos fundamentales del positivismo, reconociendo sus aportaciones: sistema de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, considerar diferentes fuentes de derecho; y la de la institución legislativa: la larga práctica consuetudinaria y la relación de una norma con decisiones judiciales. En el capítulo dos de la parte dedicada a HART se ha analizado lo que se refiere a las fuentes sociales del derecho, por lo que dedicaremos más atención a las críticas que DWORKIN le hace¹¹.

La limitación que importa señalar, es la que refiere a que el derecho se agota en normas, tal y como se mencionó en los incisos a y b, ésta limitante de la concepción el derecho conduce a la teoría hartiana a que en los casos difíciles las reglas denotan su carácter de textura abierta, haciendo que los jueces deban hacer uso de su discreción para poder decidir esos casos.

Pero para DWORKIN, no es la textura abierta ni la discrecionalidad de los jueces la que explica la forma en cómo se deba dar solución a los casos difíciles que se presenten, y recurre a algunos juicios famosos del derecho estadounidense para poner en evidencia que donde la forma predominante del positivismo solo concibe normas jurídicas, además existen principios, y que no es la discrecionalidad de los jueces la que resuelve la controversia, sino una correcta interpretación del derecho y sus principios (con carga moral específica) contenidos en el mismo sistema normativo, las que han de proporcionar la respuesta correcta a ese caso difícil.

De allí la crítica al positivismo de que es “[...] un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas [...]”¹²

3. VUELTA A HART Y A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Qué tanta diferencia entre las teorías de HART y DWORKIN existe, es la interrogativa planteada por el segundo de los autores.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio. Op. Cit.* nota 1. págs. 67 y 71.

¹² *Ibid*, pag. 72.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

El segundo de los autores mencionados ha criticado a la teoría positivista dominante¹³ reduciéndola a lo que ha considerado sus postulados elementales. Pero un análisis minucioso daría como resultado que la crítica del profesor fue precipitada o la reducción de la teoría criticada pasó por alto muchas aristas, pues el mismo autor mencionado acepta que en la teoría del profesor HART no hay nada que niegue una visión sensata del derecho que dejara margen tanto para los principios como para las normas. Y en lo que se refiere a la regla de reconocimiento no se niega que pueda ser más compleja para que pueda ser utilizada para identificar a los principios¹⁴.

La discusión se mantiene en torno a la inclusión de los principios como integrantes del sistema normativo, los cuales no son explícitamente considerados en la regla de reconocimiento que el profesor HART construye para identificar las reglas jurídicas de aquellas que no lo son. Ahora con la manera en cómo el derecho es concebido por DWORKIN, en el que se deben considerar que tanto los principios como otros esquemas o directrices han de ser integrados al derecho, surge también el problema de cómo diferenciar los principios y directrices unos de otros y decidir cuál ha de ser considerado al momento de resolver un caso concreto, así como qué peso e importancia asignar a un principio o directriz. Por lo que corresponde revisar las diferentes propuestas que en este sentido se han elaborado tratando de salvaguardar la regla de reconocimiento del profesor HART.

Respecto a éste asunto de la regla de reconocimiento el profesor DWORKIN propone tres tesis para enmendar su juicio inicial:

- (i) La primera tesis sostiene que, en toda nación que tenga un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces y funcionarios legales alguna *norma social* o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio. [...]

¹³ Cfr. numeral 5 del tema *Post scriptum* al Concepto del Derecho, en el capítulo dedicado a Hart..

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Primera reimpresión. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 74.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- (ii) La segunda tesis sostiene que en todo sistema jurídico alguna *regla o principio* normativo en particular, o un conjunto complejo de ellos, es la norma adecuada para que usen los jueces en la identificación de normas o principios de derecho más particularizados. [...]
- (iii) La tercera tesis sostiene que en cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces aceptan alguna regla o teoría normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales¹⁵.

El problema se centra dice el propio DWORKIN en la primera de las tesis mencionadas, HART sostiene que en todo sistema normativo existe una norma social que hace que los jueces identifiquen las normas y los límites de sus deberes, en tanto que DWORKIN niega el origen social de la norma en el sentido hartiano, y sostiene la segunda de las tesis fundada en alguna regla o principio normativo como medio para identificar las normas y principios. Aquí prepara la elaboración de lo que en adelante será la teoría de la argumentación para la solución de los casos difíciles, ya que con base en el razonamiento podría sostenerse una u otra teoría.

Se combate la idea de que la norma tenga un único origen social, y que la regla de reconocimiento como criterio identificador tenga el mismo origen. La cuestión social no puede dar una explicación cabal y precisa de la norma, ésta solo debe marcar el umbral de la norma, pero no el origen, ni tampoco sus límites, de ésta manera se da lugar a que en la interpretación pueda precisarse lo que la práctica consensual impone como deber, y que el deber impuesto por la norma no tenga como límite (solo descriptivo, aunque no necesariamente correlativo) a la práctica, sino se pueda fundar en otros argumentos a efecto de explicitarla¹⁶. Ocurre algo semejante con la práctica judicial si se le considera como origen del reconocimiento de las normas y principios, pues los últimos serán discutibles en razón de su peso.

Otra de las cuestiones que entran en el análisis de la regla de reconocimiento es la de una teoría alterna que atribuye el origen de la regla de reconocimiento al apoyo institucional, teoría sostenida por el profesor SARTORIUS. Dicho apoyo institucional es tomado por el profesor DWORKIN en el sentido de una lista de principios elaborada por los abogados, la cual se contrapondría a

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio. Op. Cit.* nota 1. págs. 119-120.

¹⁶ *Ibid*, págs. 115-116.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

otra listas elaboradas por diferentes abogados, pero en la que el apoyo institucional es en sí misma una regla social, aunque ahora el problema es que el apoyo institucional puede ser empleado como criterio de justificación y no de contenido en lo que se refiere a los principios.

III. EL MODELO DE LAS NORMAS

Para DWORKIN el problema del derecho no se agota en concebirlo como un sistema de normas¹⁷, sino que incluye también principios y directrices políticas. Esta concepción del derecho amplía el horizonte jurídico y sus efectos se amplían a muchas otras situaciones que el positivismo clásico no contempla, entre las que desarrollaremos en el presente trabajo se encuentran las siguientes:

- El problema de la discrecionalidad de los jueces.
- Los casos difíciles.
- La inclusión de los principios y directrices al derecho.
- El derecho como práctica argumentativa, desde la perspectiva del derecho como integridad, y la coherencia.

Veamos como inicia la construcción del modelo de las normas con el que dará cuenta de la integración de los principios al derecho, y se ampliará el ámbito jurídico hasta la política, todo esto en defensa de la tesis de los derechos, y del derecho como integridad.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona, España, Gedisa, 1988. p. 23. Y al igual que KELSEN y HART, no niega que el derecho sea un fenómeno social, pero que en función de su estructura, función y consecuencia, la práctica legal a diferencia de otros fenómenos sociales es, argumentativa.

Derecho y moral. Estudio introductorio

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE LAS NORMAS

Para este modelo de las normas, DWORKIN parte de la manera en como la teoría dominante concibe a los principios, y señala dos posturas que los sistemas normativos asumen respecto de estos principios: a) donde se considera a los principios como si fueran normas jurídicas, y en cierto sentido son obligatorios, y b) en donde no son obligatorios como si fueran las normas, y si se emplean se considera una extralimitación del juez.

En el primero de los casos mencionados, se encuentran aquellos sistemas normativos que establecen la posibilidad de que los principios, como principios generales del derecho forman parte del sistema normativo. No pretendemos afirmar que principios como son entendidos por el profesor DWORKIN, y los principios generales del derecho son lo mismo, pero pedimos se admita que en algunos casos podrían llegar a coincidir, aunque tenemos la desventaja de que en ambos casos no contamos con un catálogo que determine cuáles son los principios, con la única certidumbre que en el caso de los principios generales del derecho para tener aplicación a un caso concreto deberán ser admitidos como tales por los tribunales.

La diferencia respecto de aquellos sistemas que no los admiten es enorme, cuando se dice que un juez al resolver a echado mano de principios que no pertenecen al sistema normativo, está implícito que se trata de un sistema lo más próximo a ser autopoiético, en el que las propias deficiencias son subsanadas sin recurrir al exterior.

DWORKIN es enfático en lo que refiere a considerar o no a los principios como parte del sistema normativo, ya que de su consideración devienen las obligaciones como correlativas a las normas y principios. Esto lo relaciona directamente con la crítica que había realizado al positivismo clásico, en el sentido de que considerar al derecho sólo como normas jurídicas, y correlativas a estas las obligaciones; lo que para él es una concepción errada del derecho, ya que conduce a la discrecionalidad.

Al introducir principios y directrices DWORKIN adopta una postura ante la teoría del derecho no solo descriptiva, sino valorativa, deja de existir la separación conceptual entre el derecho y la moral de HART, y sobre todo la pureza de Hans Kelsen. En cambio se crea un vínculo íntimo entre derecho y moral

El antipositivismo de Ronald Dworkin

utilizando la teoría de la argumentación para referirse a un principio o directriz cuando deba de resolverse algún caso difícil.

Otro de los puntos en que diverge la postura de DWORKIN respecto de la teoría dominante, es en lo que se refiere a la regla de reconocimiento. En el modelo de las normas del autor citado, los principios no pueden diferenciarse a partir de una regla de reconocimiento, misma que sea estable y con todas las características de un patrón a ser usado en cualquier situación. La regla de reconocimiento en el sistema normativo hartiano es empleada para comprobar la validez de una regla, sea en razón de su pedigrí, o pertenencia al sistema, así como su juridicidad.

En el caso de los principios, ni la validez, ni la juridicidad son referentes que las distinguan de cualquiera otra regla o prescripción de buena conducta que deba ser observado, recordemos que son el peso y la importancia lo que diferencia a un principio de cualquiera otro. Y aquí enfatizamos la referencia que hace el propio HART al mencionar a la costumbre como fuente de las normas jurídicas, en el sentido de que si la costumbre está a la base de la regla de reconocimiento, ésta misma abre la posibilidad de que los principios se introduzcan al sistema normativo. Sin embargo, DWORKIN se detiene ante la imposibilidad de hacer una regla de reconocimiento de los principios, o de enumerarlos en una lista, y concluye, aunque no aclara con precisión el alcance de sus observaciones, lo siguiente:

Los principios deben ser considerados como derecho, y no se debe pretender resumir a las normas a un criterio que sirva como cuchillo para separar las reglas jurídicas de cualquiera otra, como es el uso de la regla de reconocimiento. Con ello debe abandonarse la doctrina de la discreción judicial, y como consecuencia de esto también debe modificarse la idea de obligación jurídica que se tiene. Empero queda la pregunta ¿si todo esto debe de modificarse, en qué sentido?, y ¿cómo ha de quedar el modelo de las normas que se propone?¹⁸

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1, págs. 94-100.

Derecho y moral. Estudio introductorio

2. LA JURIDICIDAD DE LAS NORMAS

Previo a exponer detalladamente el modelo de las normas de DWORKIN, tratemos el problema que a nuestro autor le interesa, el de la juridicidad de la norma, o lo que es la pregunta por el origen de los deberes y las obligaciones de carácter jurídico, distinguiéndolas de los morales.

A la pregunta de la juridicidad se han dado diversas respuestas, de las cuales trataremos las más conocidas dentro de la tradición jurídica del positivismo, iniciando por la del profesor de Viena, Hans Kelsen, quien en la relación de validez y eficacia hace derivar la validez de la norma por una parte en razón de su pertenencia al derecho positivo, y esta pertenencia a su vez la coloca en una relación de jerarquía respecto de las otras normas, en las que existen las que preceden, hasta llegar a la norma fundamental, y de allí a la hipótesis normativa.

Brevemente expuesta la manera de conferir validez a las normas jurídicas pareciera que estamos ante un sistema cerrado o autopoietico, aunque debemos aclarar que para el autor en comento las normas jurídicas tienen un origen social, solo que adquieren el carácter de jurídicas cuando son reconocidas como tales por su pertenencia al orden normativo, y al integrarse al entramado normativo también ingresan a la relación de jerarquía.

Veamos con mayor detenimiento la manera en que explica la juridicidad normativa.

La norma es de carácter prescriptivo (impone deberes, obligaciones, confiere derechos y/o facultades) a diferencia de los enunciados normativos, que solo describen cómo es el derecho, cómo funciona el mecanismo del sistema jurídico (que describe lo que ocurre cuando un sujeto realiza determinada conducta que se ubica en el supuesto de una norma, en la que hace funcionar el sistema normativo, el cual mediante las autoridades judiciales aplica la sanción correspondiente a quien ha realizado la conducta negativa); y también se diferencia de los enunciados de carácter axiológico (el derecho “debe ser” de “x” manera.)

En lo que se refiere al último fundamento del sistema normativo, supuesto imprescindible para la construcción de la Teoría Pura del Derecho, es necesario evitar el *regreso infinito* de las normas para derivar su validez, como legitimación de origen o pedigrí, lo cual ocurre también en lo que se refiere

El antipositivismo de Ronald Dworkin

a las sanciones. Pues las normas que imponen sanciones deben de tener a su vez otra sanción y de continuar así tendríamos un regreso infinito, por lo cual para evitarlo, *la última sanción solo puede estar autorizada (ser facultativa.)* KELSEN lo explica de esta manera:

El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, solo se puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia solo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.¹⁹

Y del derecho como un sistema de origen social, el profesor KELSEN lo dice así:

[...] Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. La moral y el derecho son unos de esos sistemas sociales [...] Considerada Desde un punto de vista psicológico-sociológico, ésa es la función de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas como perjudiciales –por cualquier razón– socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles [...]²⁰

Así la juridicidad de la norma deviene de la sanción establecida al incumplimiento de la conducta prescrita por la norma jurídica (prohibida u obligatoria), que no es la deonticamente debida (aunque en algunos casos pueden llegar a coincidir). Al mencionar que sea “obligatoria” o el estar “prohibida” determinada conducta, no se alude a esa conducta como deonticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. “[...] La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena edición, trad. Roberto. J. Vernengo. México, Distrito Federal. Porrúa, 1997. p. 39.

²⁰ *Ibid.* p. 38.

Derecho y moral. Estudio introductorio

la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida [...]²¹

Al referirse al carácter deóntico que la norma jurídica se está separando por una parte el supuesto normativo que funciona como accionante del mecanismo jurídico, en el que si la persona realiza la conducta socialmente no deseada se actualiza el supuesto para que se aplique la sanción. Lo cual distingue el carácter científico que la estructura de la norma tiene respecto del deseo o pretensión del sistema moral, o de la ética aplicada, con los cuales puede en determinados momentos coincidir el valor jurídico consignado en la norma con los valores perseguidos por los sistemas antes mencionados, pero que es diferente y autónomo. Razón por la cual veremos adelante que KELSEN niega ese mínimo de moral necesario del que el profesor HART habla, y por supuesto que no admite que los principios y directrices formen parte de lo que denominamos derecho. Ya que en el sistema puro de derecho no existe la posibilidad de considerar a la moral o a la ética aplicada como referentes valorativos para clasificar al derecho como justo o injusto, o en su caso como bueno o no, agotándose para su estudio científico el derecho en sí mismo, con su propia ciencia, método, lenguaje y objeto delimitado de estudio.

La juridicidad²² en tratándose del profesor HART, DWORKIN la refiere de la siguiente manera:

Los deberes existen cuando hay normas sociales que tienen previstos tales deberes. Semejantes normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia. Tales condiciones prácticas se satisfacen cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera; este comportamiento constituye una norma social e impone un deber. [...] La existencia de la norma social y, por ende, la existencia del deber, es simplemente un hecho²³.

²¹ *Ibid.* p. 39

²² Para un análisis más pormenorizado respecto a la vinculatoriedad de las normas jurídicas, o lo que es la juridicidad, léase lo escrito en el apartado 3 del capítulo VII de HART, intitulado “*El contenido mínimo de la moral en el derecho*”, donde se explica, que el autor mencionado sostiene que puede aceptarse que el mínimo de moral contenido en la norma ayuda a explicar la obediencia al derecho.

²³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. p. 106.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

Que el origen de los derechos y los deberes impuestos mediante las normas jurídicas sea una cuestión de hecho implica problemas que DWORKIN analiza detalladamente, entre los cuales están las distinciones entre norma social y regla normativa, que considera semejante a la distinción hecha por el profesor HART de: existencia y aceptación. El caso de la norma social es semejante al del punto de vista externo, en el que el sociólogo describe las conductas que observa y que con base en la repetición y cumplimiento a patrones de conducta las considera como reglas de carácter obligatorio. La regla normativa es el caso del feligrés que además de considerar una regla como de carácter obligatorio, participa de ella cumpliendo lo que ordena.

Ésta teoría general sobre el concepto de obligación y deber (como le llama el profesor DWORKIN) a efecto de indagar su contenido la concibe en varias versiones: i) fuerte.- cuando se afirma un deber le es correlativa la existencia de una norma social que lo establece; ii) débil.- se afirma un deber que presupone una norma social, pero ésta puede no existir.

En el sentido fuerte de la teoría no se logran explicar la mayoría de los casos en los que se dice que se tiene el deber, por lo que nos queda el segundo sentido (débil), en el que con base en la aprobación social de los participantes de la regla se puede aludir a esa aprobación colectiva como cuestión de hecho que da existencia y aceptación a la regla. Pero precisamente esa aceptación conlleva otros problemas no considerados por la teoría dominante, los cuales los denomina de moralidad social, y diferencia entre la moralidad concurrente (cuando miembros de la comunidad afirman una misma regla o semejante, pero tal coincidencia no es definitiva), y moralidad convencional (cuando la semejanza es definitiva.)

El profesor DWORKIN en la analogía que realiza de la moralidad subyacente al origen de una norma, identifica a la moralidad concurrente con el mínimo de moral con el que el profesor HART explica el cumplimiento voluntario de lo establecido por la norma de parte de quienes rige. Pues considera que se cumple con lo estipulado por la norma por considerársela obligatoria en razón de lo que impone, independientemente de que otros no la cumplan, lo que crea la situación de hecho indispensable para que una norma social exista. Sin embargo, contrario a ésta postura, el profesor DWORKIN sostiene que no es la moralidad concurrente, sino la convencional la que explica la observancia y aplicación de la norma, aún cuando considera que quizá si existan

Derecho y moral. Estudio introductorio

jueces que apliquen las normas por la convicción de que deben ser aplicadas independientemente de las prácticas que las sustenten. Empero, las prácticas judiciales en el sistema anglosajón son imprescindibles para explicar el sistema judicial²⁴.

Como el profesor DWORKIN considera que sólo la moral convencional puede explicar a la teoría de la norma social, la analiza a fondo encontrando la deficiencia de que aún a pesar de su carácter convencional la norma puede ser controvertida al no determinar su alcance preciso, o bien originado por la textura abierta del lenguaje. Por lo que llevando al extremo a la moral convencional, el autor en comento, concluye aseverando que de ser así la regla que deriva su origen de la práctica social como cuestión fáctica, debe reducirse a una caricatura de sí misma, al grado de que si un deber es discutible no existe tal deber. Ante tan grave acusación él mismo propone algunas formas de salvación de ésta teoría:

- i) Que la norma sea flexible y pueda extenderse a los casos más controvertibles.
- ii) Cambiando el concepto de norma social que se emplea, esto es, creando una proposición lingüística menos ambivalente, sin que se ignoren los hechos sociales que le dieron origen.
- iii) Que la norma social quede como descripción de la práctica social elevada a norma, pero que fije su umbral en lugar de su límite. De ésta manera se da lugar a que en la interpretación pueda precisarse lo que la práctica consensual impone como deber, y que el deber impuesto por la norma no tenga como límite (solo descriptivo, aunque no necesariamente correlativo) a la práctica, sino se pueda fundar en otros argumentos a efecto de explicarla²⁵.

El tercero de los modos mencionados que la teoría de la norma social puede adoptar traer como consecuencias:

- a) Que ya no se apoye la tesis de una regla de reconocimiento.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. Cfr: págs. 108-110.

²⁵ *Ibid*, pags. 115-116.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

Analicemos, si la práctica social es un referente para la creación y explicitación (interpretación y aplicación) de la norma y no una limitante, en ese sentido, dicha práctica no es el origen único de la norma, sino que se deben incluir estándares diferentes que no corresponden a la práctica social, sino a principios y directrices pertenecientes al entorno cultural del grupo. Por lo que ya no es la sola descripción del sociólogo la que explica la norma y sus efectos, ni tampoco el reconocimiento de quienes la observan como práctica obligatoria. De tal manera que la regla de reconocimiento (vinculada con el origen social de la norma) se queda truncada en cuanto hay estándares diversos a la propia práctica social, lo que la hace insuficiente para dar razón de los estándares que existen en el origen de la norma.

- b) Otra consecuencia de la teoría de la norma social, es que las normas no imponen un mínimo de derechos y deberes, ni aún cuando sean concensuales, ya que puede existir inconformidad de parte de quienes están obligados a observar ese mínimo de moralidad.

Empero, éste punto nos lleva al problema de la juridicidad de la norma, entonces, de dónde surge el deber de observar lo establecido por la regla. En tratándose de la juridicidad, DWORKIN sostiene que la teoría de la norma social hace una inferencia incorrecta al establecer como origen de la norma la práctica social y con ésta el mínimo de moral. Por lo que puede decirse y comprobarse que en muchos casos la norma tiene como antecedente una práctica social, pero esto no significa que sea su origen único, pues el juicio normativo que concibe a la regla con el carácter de norma jurídica puede referir a estándares que no son la práctica social, sino principios y directrices que surgen de la cultura y la necesidad²⁶.

La respuesta a la pregunta del origen del deber judicial impuesto por una norma lo da el mismo profesor DWORKIN en lo que será el primer esbozo de la teoría de la argumentación:

[...] Si una teoría del derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las tradiciones morales de la comunidad que, en

²⁶ *Ibid*, pags. 116-117.

Derecho y moral. Estudio introductorio

opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas²⁷. Este proceso de justificación conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral [...]”²⁸, y más adelante atacando la discrecionalidad vuelve a proponer a la teoría de la argumentación como la solución a los problemas encontrados en la discrecionalidad: “[...] Por el contrario, puesto que rechazo la doctrina de la discreción que describiré en la sección siguiente, doy por sentado que cabe encontrar argumentos convincentes que establezcan la superioridad de una teoría sobre otra. Pero estos argumentos deben incluir otros, referentes a problemas de teoría política normativa [...]”²⁹

En el fondo de la indagación realizada por el autor encontramos al Estado, que es ineludible al tratarse de la juridicidad de las normas. Tanto el origen social de las normas, como el mínimo de moral del derecho habían eludido la cuestión del Estado como elemento importante en la juridicidad del derecho, pero ahora desde la perspectiva que vincula a la filosofía política con el derecho y la moral, se tiene nuevamente como parte importante.

Es innegable que el Estado en ejercicio del poder político realiza las funciones de impartir derecho mediante el poder judicial, sin embargo, el uso de la fuerza para el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos no solamente debe estar fundado en que éste tiene tal facultad de constreñir a los ciudadanos de acuerdo a la legislación existente, sino que requiere que haya más de una razón suficiente para aplicar la coerción, y un Estado liberal como el concebido por DWORKIN debe aceptar la integridad³⁰ como parte fundamental de su manera de ser. La integridad implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, en una concepción que parte de los derechos y no de los deberes, y una estructura y prácticas institucionales que cumplan con la prestación y realización de los deberes que el Estado asume como propios, lo que constituye la justificación moral necesaria de todo Estado democrático, e impone como correlativo el deber a los ciudadanos de retribuir mediante el cumplimiento

²⁷ Para FRANCISCO LAPORTA el no referir las normas al Estado, da lugar a la crítica de que por muy elaboradas que sean dichas resoluciones serán igual de jurídicas que las del juececillo local carente de imaginación. Vid. *Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3. p. 43. Adelante se verá que para nosotros sí hay referencia al Estado de parte de DWORKIN.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. p. 129.

²⁹ *Ibid*, pag. 130.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 142.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

de sus obligaciones. Se debe aclarar que el Estado no explica la totalidad de la juridicidad del derecho, pues esta es compleja e implica todo lo que se ha referido al respecto, pero sí es un elemento importante que no debe eludirse.

IV. LOS PRINCIPIOS MORALES

Los principios en sentido genérico los define como aquellos estándares que no son normas, y en sentido más estricto diferenciando de las directrices, los define como “[...] 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 [...]”³¹

El individualismo político de DWORKIN lo lleva a hacer la aclaración en el sentido de que no debe confundirse al principio con los objetivos sociales. Dichos objetivos tienen un sustento en su mayoría afín a la corriente del utilitarismo, por lo que no respetan los derechos individuales, y anteponen los propósitos colectivos, por ello es que se debe tener presente esta distinción entre lo colectivo y lo individual.

De las críticas que hemos mencionado que sus detractores le hacen a la obra de DWORKIN, se encuentra la de ser localista, tanto respecto a los ejemplos en los que pretende demostrar la aplicación de los principios, así como las teorías del derecho con las que discute, que como hemos visto se refiere sobre todo a la tradición anglosajona, específicamente a H.L.A. HART. El profesor DWORKIN considera que los positivistas pueden tener las siguientes posturas respecto a los principios:

1) **Que los principios no tengan el carácter vinculante.**

A lo que opone que en este caso alguien que solo resuelva considerando las reglas existentes será blanco de críticas por no considerar principios reconocidos y empleados por los jueces en casos difíciles, aún cuando el principio

³¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. pág. 72.

Derecho y moral. Estudio introductorio

en sí mismo no contenga obligación alguna de ser aplicado. La crítica va más allá cuando se dice que aún en el caso de que el tribunal estuviera moralmente obligado, institucionalmente o en razón de su oficio a aplicar los principios, esto no resuelve el problema de fondo respecto de qué es lo que diferencia las obligaciones impuestas por una norma jurídica de las impuestas por los principios y directrices, y por qué éstas últimas no son parte del derecho³².

2) Los principios no determinan resultados aún cuando sean obligatorios para su aplicación.

Que es otra manera de decir que los principios no son normas, ya que éstas siempre imponen resultados, una vez que se actualiza el supuesto establecido en la norma se impone una sanción; y en el caso de los principios, éstos solo orientan la decisión y sobreviven aún cuando no sean empleados. En ambos casos se puede presentar la necesidad del juez de decidir, en la norma cuando ésta no sea totalmente clara y aplicable al caso de que se trate, y en los principios cuando existan algunos que se semejen y tengan consecuencias diferentes³³.

3) Los principios son discutibles en razón de su peso e importancia, en tanto que las normas pueden demostrar su validez conforme a las reglas del sistema normativo.

El asunto de la discutibilidad de los principios nos conduce al de la juridicidad de los mismos. En el caso de las normas ésta se deriva del pedigrí y de la pertenencia de la norma al sistema normativo vigente en el ámbito espacial de que se trate, y dicha norma además lo es por ser identificada mediante el criterio de la regla de reconocimiento que establece los lineamientos para diferenciar las reglas jurídicas de cualquier otro tipo de reglas. Sin embargo, aún cuando la doctrina dominante sea consecuente en este punto, no es por decreto como lo dice el profesor DWORKIN, que deba de aceptarse, porque en la práctica ocurre que en los sistemas estadounidense e inglés los jueces en muchas ocasiones se ven constreñidos a modificar las normas existentes y a

³² *Ibid.* p. 88.

³³ *Ibid.* cfr. pag. 89.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

acudir a la utilización de principios para la solución de casos concretos. Por lo que surge la necesidad teórica de explicar la utilización de los principios en estos sistemas en los que aparentemente la doctrina dominante tenía muy claro.

V. LAS DIRECTRICES POLÍTICAS

Define a las directrices o directrices políticas como “[...] 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 [...]”³⁴ y argumentos políticos, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que favorecen alguna meta colectiva³⁵.

En cuanto a la comunidad como forma de organización política, nuestro autor concibe varios modelos de comunidades, entre las que sostiene que la que es congruente con su concepción de derecho es el modelo de principio. No es el mínimo de moral expresado por el profesor HART, como contenido de las reglas que son el elemento que en parte hace que normalmente las reglas se cumplan, sino que estamos ante una postura de carácter político, en que se opta entre diversas formas que en el aspecto político las comunidades pueden tener, y entre las que debe ser adoptada aquella que es más congruente con el modelo de derecho que implica principios morales y la protección de los derechos políticos.

El ciudadano ante el cumplimiento espontáneo de la ley debe sentir un deber de correspondencia y no solo el jurídico (impuesto por la amenaza de coacción), pero este deber de correspondencia en éste caso tiene que ver con el modelo político de sociedad que exista. Aquel en que los derechos de los

³⁴ *Ibid*, pág. 72.

³⁵ Fernando SALMERÓN sostiene que la distinción entre directrices y principios puede ser borrada si se hace una construcción que tenga objetivos sociales basados en un principio (justicia), y un principio basado en la felicidad del mayor número. De lo cual diferimos, porque al momento de distinguir principios de directrices debe hacerse desde la perspectiva del derecho como integridad y el supuesto de una comunidad de normas. *Vid.* Ética, Analítica y Derecho, *Op. Cit.* nota 4. p. 149.

Derecho y moral. Estudio introductorio

individuos sean tan valiosos sin excepción, y donde los ciudadanos asuman su deber de salvaguarda y protección de los unos a los otros, hace más factible que el modelo normativo de reglas y principios morales sea más respetado. Lo cual no debe entenderse que solo en este modelo de sociedad pueda funcionar, porque el modelo de normas que se propone aún cuando referido esencialmente al derecho anglosajón, tiene elementos que dentro de la teoría del derecho son rescatables para ser desarrollados y aplicados en nuestro derecho mexicano³⁶.

En la postura liberal del respeto a los derechos, los derechos de los ciudadanos son triunfos que se pueden contraponer a las directrices jurídicas³⁷ y a las razones de Estado, y que solo en casos extremos en que haya una necesidad probada podrá dejar de cumplirse con lo que establecen los derechos para anteponer una razón colectiva o lo que una directriz refiera, solo que, aún en este caso deben mediar razones de principios y argumentos suficientes que sustenten el sacrificio del derecho no realizado

VI. LA DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS

El autor en mención afirma que existe una distinción lógica entre los principios y las normas, además de la diferencia en cuanto a su estructura gramatical, donde en la mayoría de ocasiones la norma se nos presenta como prohibitiva o permisiva, y el principio con un carácter indicativo.

Las distinciones entre los principios y las normas son:

1.- La lógica:

- a) La forma disyuntiva, que consiste en que la norma puede tener excepciones, y para que ésta sea mencionada con mayor precisión debe referirse a todas las excepciones, y en el caso de los principios no es necesario tal mención.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. Cfr. págs. 154-158.

³⁷ LAPORTA, FRANCISCO. *Entre el Derecho y la Moral*. Op. Cit. nota 3. p. 40.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

- b) Las normas establecen correlativamente a su incumplimiento la imposición de una sanción, no así en el caso de los principios.
- c) Normas y principios pueden tener pretensiones de fondo diferentes, en el sentido de que una norma o un sistema (derecho) puede admitir que legalmente se realicen conductas contrarias a lo que un principio establezca, lo que nos lleva al tema tan discutido de que en este caso nos encontramos ante una ley válida pero injustamente mala.
- d) Los casos en que un principio no es aplicado, no son considerados como excepciones para su exclusión del sistema normativo, en el caso de la norma, su no aplicación al caso concreto al que claramente se refiera, aunque tampoco da lugar a su exclusión sí a que se llame la atención al juzgador respecto de quien dejó de aplicarla.

2.- La dimensión de peso e importancia.

- a) Para el caso de determinar la aplicación de una norma a un caso concreto basta con saber si el supuesto de la norma se ha actualizado (por lo menos en los casos ubicados en lo que HART denomina la zona de certidumbre jurídica), pero en el caso de los principios se debe considerar el peso relativo.

Al preguntar por el peso del principio, lo hacemos porque debemos encontrar las razones para que determinen por qué un principio es aplicado, y por qué no otro, y la respuesta está en el mayor peso, característica que las normas no tienen. Pues en el caso de dos reglas que se contrapongan una deroga a la otra en razón de ser la especial al caso, esto acorde a la validez, o se presenta la controversia al tribunal superior para que declare solo la aplicación de una de ellas.

En el caso de la importancia, no nos referimos a que unos principios lo sean en relación a otros, sino que para el caso en que se necesiten unos pueden resultar de mejor aplicación que otros en razón de los derechos que salvaguardan³⁸.

DWORKIN no explica con detalle lo que se refiere al peso e importancia de los principios, pero sí los ejemplifica con casos famosos del derecho estado-

³⁸ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. Cfr: págs. 74-80.

Derecho y moral. Estudio introductorio

unidense, como son los de *Riggs v. Palmer* y el de *Heninningsen v. Bloomfield Motors Inc.*

Sin embargo, como se ha negado la existencia de la regla de reconocimiento conforme a la cual por compleja que fuera se podía diferenciar entre normas y principios, precisamente bajo el argumento de que tal regla a pesar de su complejidad no podría dar cuenta correctamente de los principios por ser estos difíciles de discernir entre los diversos estándares morales y éticos de comportamiento, subsiste el problema de diferenciar clara y precisamente entre los principios y las normas. Por lo que las críticas a las que refiere el profesor RAZ son de gran importancia, aún a pesar de ser minimizadas por el propio DWORKIN³⁹; entre ellas las de: inespecificidad (inespecífico) así como la teoría de la concreción, las cuales son rechazadas por DWORKIN para poder explicar la distinción entre principios y derechos. Sin embargo, a pesar de la distinción entre principios y derecho hecha por el propio autor de *Los Derechos en Serio*, en muchas ocasiones no parece ser clara.

VII. LOS CASOS DIFÍCILES

DWORKIN refiere con la voz “caso difícil”^{40 41}, a aquellos en los que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo, (concibiendo a éste como un sistema conformado solo por normas jurídicas, y no admitiendo ninguna otra forma de regla, sea de origen moral o social), y que por ubicarse fuera de la zona de certidumbre no son solucionables desde el propio sistema normativo, por lo que se hace necesario que el Juez recurra al uso de la discrecionalidad (en el caso del positivismo dominante), o a la teoría de la argumentación (acorde a lo que propone el autor en comentario).

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. Cfr p. 135.

⁴⁰ Theodor VIEHWEG le denominó el “problema”, refiriéndose a lo mismo; una cuestión que permite más de una respuesta. Apud. ATIENZA Manuel, *Las Razones del Derecho*. Op. Cit. nota 14, p. 34.

⁴¹ DWORKIN no hace una tipología de los casos difíciles. MACCORMICK los divide en aquellos en que hay problemas de: interpretación, relevancia, prueba y, calificación o hechos secundarios. Apud. *Ibid*, Cfr: págs. 112-113.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

Según la crítica que el profesor DWORKIN hace al positivismo, éste se encuentra reducido a solo reglas jurídicas, por lo que no se admiten ningunas de otro tipo. Esta reducción del positivismo a una estructura solamente normativa es en cierto sentido más apegada al modelo positivista de Hans Kelsen, y no al modelo positivista del profesor HART, quien aún cuando no menciona a los principios morales, ni a las directrices políticas como parte del derecho, si refiere a una zona de certidumbre, otra de penumbra y la textura abierta del lenguaje.

Aún sin admitir plenamente la crítica al positivismo, siguiendo a nuestro autor, dice que la concepción de que el derecho se agote solo en reglas jurídicas conlleva que en un caso no contemplado por la legislación el Juez debe acudir a la discrecionalidad, y entonces al resolver el caso que se le presenta con argumentos o razonamientos ajenos a ese sistema normativo, por lo que estaría creando derechos y obligaciones antes no contempladas. Lo cual al aplicarlo viola el principio de no retroactividad en perjuicio de las garantías y derechos que todo gobernado tiene, lo mismo es incongruente con el régimen de libertades, derechos y seguridades que en los Estados modernos deben existir a favor de los gobernados.

Pero en el caso de que el sistema normativo no se agote solo en reglas jurídicas, entonces, se están admitiendo que los principios morales y las directrices políticas forman parte de ese modelo de las normas. Por lo que aún cuando explícitamente no se consideren algunos derechos y obligaciones, estos preexisten, y el Juez al aplicarlos está en la posibilidad de argumentar a favor de una solución u otra, pues está aplicando normas jurídicas obligatorias, lo cual implica que donde se termina el razonamiento estrictamente normativo el Juez puede referirse a principios morales o directrices políticas para resolver el caso difícil, sin que esto implique que esté aplicando retroactivamente una norma, y como consecuencia no viola ningún derecho de los gobernados. Si admitimos este modelo de las normas, también con ello el que el Juez ante los casos difíciles no recurra a la discrecionalidad para resolverlo, sino a la argumentación aduciendo sus razonamientos para sostener el por qué la aplicación de un principio o una directriz, y por qué no otro (s).

Y no perdamos de vista que las inferencias que en derecho se realizan no son semejantes a las de la lógica formal deductiva, pues en la primera no existe una necesaria consecuencia de que realizándose la premisa se deba llegar a

Derecho y moral. Estudio introductorio

la conclusión, y en muchas ocasiones puede ser que aparentemente no tenga una relación necesaria, empero esté sostenida por la argumentación, lo que hace a la lógica jurídica argumentativamente diferente⁴²

Consideremos que casi todos los sistemas normativos actuales aceptan que además de las normas jurídicas existan otras reglas con origen diverso que puedan ser aplicadas al caso concreto que se presente, siempre que no estén contempladas en la legislación.

VIII. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD

Hemos visto que la cuestión de los casos difíciles se relaciona con los principios morales, las directrices políticas, la zona de certidumbre del derecho (como la denominó HART), y la discrecionalidad de los jueces. Detengámonos en este punto y ahondemos junto con el autor en comentario respecto a los problemas que consigo trae la discrecionalidad.

El tema de la discreción es señalado por nuestro autor como uno de los puntos débiles de la teoría positivista dominante, refiere que en principio debe devolverlo a su uso originario, partiendo de que la discreción absoluta sin límites ni referentes no existe, y que se puede decir que sí existen los siguientes modos de discrecionalidad:

- a) En sentido débil, cuando no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren discernimiento, ya que el contexto en que se tiene que decidir no es lo suficientemente claro.
- b) En sentido débil diferente, cuando un funcionario tiene el poder de tomar la decisión sin que pueda ser revisada ni anulada por cualquiera otro.
- c) En sentido fuerte, quien decide no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión, aunque no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica, ya que en toda elección y decisión se

⁴² *Ibid.* p. 13. *Cfr.* págs. 13-16 para la distinción y corrección entre el contenido material y formal de los argumentos, el silogismo teórico y el práctico.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

ponen en juego estándares de racionalidad, justicia y eficacia, los cuales funcionan como referentes para la crítica⁴³.

A juzgar por la concepción que del derecho tienen los positivistas. Estos emplean la discreción en el primer sentido débil, y en el fuerte. En el primer sentido lo hacen cuando existen normas que regulan el caso concreto que se plantea para su solución, pero las normas no son lo suficientemente claras y el Juez debe acudir a su razonamiento para poder resolver el problema, en éste caso se plantea el problema de los principios como un descubrimiento y no como una tautología.

En este sentido, la crítica de nuestro autor a la teoría dominante es congruente si consideramos la estrechez del positivismo respecto de lo que el derecho es o nombra, y que se limita a reglas jurídicas y por lo tanto no a principios aún cuando estos pudieran estar implicados en el propio sistema normativo concebido por los positivistas. Lo que los hace afirmar que la aplicación de principios es debido a un descubrimiento de algo que se desconocía pero que la razón sacó a la luz a fin de resolver un caso concreto. Lo que no es el caso que señala el profesor DWORKIN, de que es una tautología, ya que los principios están implicados en el propio sistema normativo, pero su estrechez de miras no les permitió concebirlos, de allí que la discreción sea una debilidad del positivismo, quienes en el afán de separar la moral y derecho, escamotean los principios que se encuentran en la zona de intersección entre ambas.

En el caso de la discrecionalidad en sentido fuerte, ocurre que no existe ninguna regla clara y aplicable al caso de que se trata, por lo que el Juez se ve obligado a crear derecho donde no existe y de ésta manera resolver el caso que se le presenta. Lo cual es contrario al principio de la no aplicación retroactiva de la ley y viola el mínimo de derechos de los ciudadanos, e incluso se considera a una fuente más del derecho, que son las resoluciones del juez.

El punto en el que el profesor DWORKIN insiste es en el que refiere que si las normas son obligatorias para los jueces, entonces éstos al modificarlas en cuanto a su alcance o interpretación ponen en duda precisamente su inalterabilidad y juridicidad, valores asignados en la teoría dominante a las reglas del sistema normativo, y que al no realizarse en lo que se denomina área de

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. Cfr: págs. 83-86.

Derecho y moral. Estudio introductorio

incertidumbre dan cabida a la utilización de los principios para resolver los casos. Aquí debe considerarse lo siguiente:

1. No cualquier principio sirve para justificar un cambio en la norma existente, pues si éste fuera el caso ninguna norma del sistema estaría a salvo.
2. Se debe considerar la supremacía legislativa y la doctrina del precedente de las normas.
3. Cualquier cambio que se haga sin atender a los antes mencionado está en lo que hemos denominado discrecionalidad en el sentido fuerte, por lo que es más a voluntad del Juez, que a criterios definidos para la modificación de las reglas existentes.

No obstante lo anterior, señala nuestro autor en comentario que, los positivistas cuando refieren a los principios que han de ser incorporados al sistema normativo, los entienden como reglas en transformación de ser normas, o pertenecientes al mundo prejurídico. Esta es ceguera del positivismo de considerar a todo como normas o estándares en proceso de serlo, porque en caso de no ser así, solo son referentes elegidos discrecionalmente por el Juez para considerar a las reglas sí admitidas como normas jurídicas⁴⁴, lo que convierte la crítica de DWORKIN a la doctrina dominante en un ataque a la idea de la separación conceptual del derecho del profesor HART, y a su tesis de la moral como controladora de lo jurídico, y en cambio aquí se introduce la moral al seno del derecho⁴⁵.

⁴⁴ SALMERÓN, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*, Op. Cit. nota 4. p. 157.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17. Cfr. p. 93.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

IX. EL JUEZ HÉRCULES Y LAS LIMITACIONES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

1. LA TAREA DE HÉRCULES

La tesis de los derechos (que se detalla en el siguiente tema) debe ser aplicable, pero debido a su complejidad y dificultosa elaboración a nivel argumentativo el profesor Dworkin ha recurrido a una ficción capaz de aplicar dicha tesis y elaborar una teoría integral⁴⁶ conformada con argumentos de principio⁴⁷, diferenciados de los políticos, cuyo objetivo es la salvaguarda de los derechos subjetivos en el régimen democrático, y un discurso conforme a los principios e historia institucional como novela en serie⁴⁸. Por ello nos dice:

Por consiguiente haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. [...] Para este propósito he inventado⁴⁹ un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules.⁵⁰

⁴⁶ En los casos en que anotamos la palabra coherencia o congruencia debe ésta entenderse en el sentido de integridad.

⁴⁷ En cualquier comunidad la visión integral debe recurrir al derecho desde la perspectiva de que el derecho no puede ser identificado sin recurrir a valores. *Vid.* MARMOR, Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona, España, trad. Marcelo Mendoza Hurtado. Gedisa, 2000, pp. 59-60.

⁴⁸ La labor de Hércules debe ser la de un relato intercalado. *Vid.* CALVO, José. *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona, España. Ariel, 1998, pp. 16-30.

⁴⁹ Para Francisco LAPORTA, lo que hace es “trasladar al caso del juez el razonamiento “constructivo de RAWLS” y la idea de “equilibrio reflexivo”, pero se complica tanto que debe inventarse un juez”. *Cfr.* *Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3. p. 41.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 177. Ésta figura del Juez Hércules vuelve a aparecer.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Hércules ha de resolver los casos difíciles que se presenten en su jurisdicción, en estos casos hemos mencionado que se acaban las reglas claras y precisas conforme a las cuales se pueda resolver.

Para la teoría dominante quedaba la facultad del juez de hacer uso de su discrecionalidad y su poder creador de derecho, pero Hércules no podrá usar la discrecionalidad y en cambio sí elaborar una argumentación capaz de demostrar la aplicabilidad de un derecho o principio no explícito en las reglas claras y precisas, pero que se puede demostrar que subyace a ellas y forma parte del sistema normativo o aquello que denominamos derecho.

Hércules tampoco tendrá la facultad de crear derecho para luego aplicarlo retroactivamente en perjuicio de derechos preexistentes y violando el principio de la no aplicación retroactiva de una obligación. Queda también el trabajo de descubrir la intención o propósito de una ley o cláusula, y de que su teoría sea contrastable y resista las críticas que puedan formularse al respecto. Dicha teoría sustentará su juicio como el más próximo a la dimensión de justicia y respeto de los derechos individuales, lo cual es considerado como la respuesta correcta. Entendiendo por respuesta correcta⁵¹ no aquella que satisface a todos⁵², sino aquella que desde la perspectiva de la integridad y coherencia se sustenta en razones de principio y no en decisiones políticas⁵³.

El razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva que debe justificar nuestras prácticas legales como un todo⁵⁴, y que desde la perspectiva del derecho como integridad debe prevalecer la búsqueda del afán de concretar la justicia en un entrelazamiento teórico en que confluyen el derecho, la moral, el Estado y la filosofía política. Por lo que los razonamientos que sustentan una resolución a un caso difícil deben expresar esta postura

⁵¹ A la respuesta correcta que deberá ser construida por el juez Hércules, se le ha denominado también por Chaim Perelman como “decisión razonable”, que es aquella más apegada a los principios generales del derecho. *Apud.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 74.

⁵² DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 12.

⁵³ En el sentido de “pretensión de corrección” o “corregibilidad de la respuesta”, se manifiesta Robert ALEXI, y sostiene a diferencia de Dworkin una teoría débil de los principios. *Apud.* Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, págs. 172-176.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia, Op. Cit.* nota 17. p. 11.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

ante el derecho, y asumirla plenamente, de allí que la labor de Hércules sea tan complicada tanto en el ámbito teórico, como en el práctico⁵⁵.

2. HÉRCULES TEÓRICO-CONSTRUCTOR

Con las observaciones anteriores, veamos la labor del juez Hércules. Inicia por aceptar la autonomía judicial y las prácticas propias de su profesión, lo cual lo ubica en el amplio supuesto de la doctrina de la responsabilidad política y la aceptación de una teoría política general que justifique esas prácticas; y en el caso hipotético de nuestro autor, tal responsabilidad de sus resoluciones debe ser congruente con la política democrático individual que impera en los Estados Unidos. El autor en comento desarrolla algunos casos en los que el juez filósofo hará uso de su gran arsenal teórico⁵⁶:

1. El primer caso refiere a lo que la constitución ambiguamente establece en la estipulación de que ninguna ley será válida si establece una religión. Las exigencias teóricas para este caso son:

- * Estudio de la filosofía política en cuanto se refiere a la forma en cómo el Estado está estructurado y organizado, y en especial a las libertades.
- * La construcción de una teoría constitucional que contemple los esquemas fijados por la constitución.
- * Una teoría política que justifique a la constitución en su totalidad.
- * La adecuación de dicha teoría a la legislación que regule el caso concreto.
- * Tal adecuación debe ser tratada como un problema de filosofía política, y no como una mera subsunción.
- * Organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese sistema de gobierno.

⁵⁵ Aunque no lo menciona el autor que seguimos, es evidente que Hércules deberá de eludir todas las falacias argumentativas que puedan salir a su paso en su labor constructiva. Para falacias *Vid.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 94.

⁵⁶ Para Neil MACCORMICK ésta es una visión ultrarracionalista del derecho, por lo que propone una teoría que esté a la mitad entre ésta y la irracional. *Apud. Ibid, Cfr.* págs. 107-108.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- * Enriquecer esa teoría refiriéndose a la filosofía política y a los detalles institucionales.
- * Crear teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema.
- * Poner a prueba las teorías en función de la institución global.
- * Cuando la prueba se agote elaborar los conceptos controvertidos de los que se vale la teoría triunfante⁵⁷.

2. En el caso del problema de interpretación en un conflicto de aplicación entre las leyes local y la federal para determinar cual ha de ser aplicable al caso concreto, se parte de que el trabajo anterior ya está realizado, lo que disminuye la elaboración de todo el trabajo teórico desde la Ley Fundamental, así que el procedimiento a seguir es:

- * Si la ley actual ha modificado los derechos de los ciudadanos, en este caso preguntar por qué la ley tiene tal poder.
- * Esto lo lleva a la teoría constitucional donde encuentra argumentos políticos y objetivos colectivos como justificación para ello.
- * La ley lo conduce a la elaboración de una teoría política especial que la justifique, y considere la responsabilidad del legislador al crearla. Así como a los argumentos de principio y políticos que pudieron existir para promulgarla.
- * La reformulación de una ley⁵⁸ que se refiera de manera más precisa a los casos para los cuales fuera promulgada.
- * A partir de ello la interpretación correcta del sentido de la ley, y por lo tanto la decisión sustentada en las necesidades a regular, y el respeto de

⁵⁷ Crear un abanico de principios no incompatibles entre si, que expliquen todo lo normativo que haya implicado es muy complejo, para Francisco LAPORTA, se está “el derecho con el derecho justo [...] uniendo una decisión coherente con el derecho con una decisión correcta en sentido moral”, por lo que en países como Sudáfrica donde haya problemas de discriminación será mejor que Hércules mienta. *Vid. Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3, p. 41.

⁵⁸ Puede ser el caso en que la ley no agote todas las consideraciones morales que los jueces deben tomar en cuenta al momento de decidir sobre un caso difícil, por lo que la integridad y el buen sentido del juzgador serán los principales medios para lograr resolver conforme a principios. *Vid. LYONS, David. Aspectos morales del derecho. Op. Cit.* nota 10, p. 140.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

los derechos de los ciudadanos ante cualquier ley que pretenda limitar sus derechos.

- * Con base en lo anterior se decide en que casos se debe emplear la ley federal, y en cuales es más conveniente aplicar la local para resolver el caso concreto que se presente.

3. Aquellos casos difíciles que no estén previstos en la ley, y que le sean presentados al Juez Hércules, los resolverá basándose en la coherencia e integridad, y la fuerza gravitacional del precedente.

El profesor HART había advertido respecto de aquellos casos en los que no existía una regla clara y aplicable al caso, y que se encontraban en la zona de incertidumbre, ante esto el juez debía recurrir a su discrecionalidad para resolver el caso. Pero para el profesor DWORKIN, los precedentes así como los principios y el respeto de los derechos de los ciudadanos es lo que debe imperar en la solución a ese caso. Por lo que Hércules no deberá acudir a la discrecionalidad, sino dar una solución que no violente los principios jurídicos, morales y derechos políticos de los ciudadanos, y que sea congruente con la manera en como casos semejantes han sido solucionados con anterioridad, para ello deberá iniciar por determinar la fuerza gravitacional del precedente.

3. RECONSIDERANDO ALGUNOS TÓPICOS

Hércules critica el que haya fórmulas de tipo canónico en los que el precedente sintetice las razones y justificaciones de una decisión que puedan ser usados en casos posteriores como si fueran soluciones en fórmula para todo caso controvertido semejante. De tal manera que el precedente no impone límites infranqueables para el juzgador ante el nuevo caso, pero si establece un referente cuya aplicación está determinada por su fuerza gravitacional, por lo que se hace necesario que Hércules elabore una teoría respecto de la fuerza gravitacional de los precedentes.

Hércules encuentra que los precedentes no tienen justificación alguna para ser considerados como leyes al igual que la legislación, pero que en razón de la equidad los casos semejantes deben ser resueltos de manera semejante, por lo que “Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el he-

Derecho y moral. Estudio introductorio

cho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro⁵⁹. Sin embargo, la equidad de la fuerza gravitacional del precedente reside en que esta sea resultado de argumentos de principio, y que por lo tanto, su justificación no sea de carácter político⁶⁰.

Nuestro juez puede encontrar que en la historia constitucional existan casos que hayan sido resueltos a nombre de los principios, pero que en realidad sean decisiones de carácter político, por lo que debe contemplar la elaboración de una teoría de los errores institucionales, tanto en su carácter histórico, como en la calidad de precedentes. Porque aún partiendo de la presunción de que los precedentes resuelven los casos difíciles apegados a principios que en ese momento son considerados como correctos, tanto la circunstancia como la situación política del momento pudieron haber influido en esa decisión, por lo que tal precedente puede a la luz de la situación actual demostrarse que no es lo más apegado a los principios que en el momento se consideran como los de correcta aplicación, por lo que sin negar su autoridad deberá atenuar su fuerza gravitacional⁶¹.

Por otra parte, si bien se debe distinguir que el precedente no tiene la calidad de una ley creada por el Congreso, éste en razón de la equidad y fundada en argumentos de principio tiene el poder declarar en determinado caso la inaplicabilidad de una ley por razones de analogía, si argumentativamente y teóricamente se demuestra que dicha ley viola la equidad y los derechos del ciudadano.

La equidad, la fuerza gravitacional y la congruencia en la aplicación de los principios así como determinar el modo en cómo establece el peso e importancia de los principios para su aplicación a los casos difíciles, son temas que se ubican en la tesis de los derechos, y que requieren de parte de Hércules una elaboración argumentativa que sustente teóricamente su aplicación a éstos casos.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17, p. 185.

⁶⁰ Una importante labor de Hércules es la de utilizar la argumentación para desentrañar lo que la retórica y la semiótica han ocultado bajo el mote de principios. Para relación entre Narración y semiótica, Vid. Calvo, José. *Derecho y Narración*, Op. Cit. nota 48, págs. 75-96.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17, págs. 196-198.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

Por lo que las primeras conclusiones de Hércules son en el sentido de que la fuerza gravitacional de un precedente debe estar fundado en argumentos de principio, y no en decisiones políticas, y que fundados en la equidad debe aplicarse la misma proposición resolutoria a casos semejantes. Sin embargo, para el caso de los principios que sustentan el uso del precedente, Hércules debe elaborar un esquema de principios abstractos y concretos que justifiquen de manera coherente todos los precedentes del derecho consuetudinario, para lo que considera la posición vertical de los juzgadores, que refiere a su relación jerárquica y a su poder de decisión; y la posición horizontal que refiere a la congruencia en el uso de los precedentes de parte de los juzgadores.

Es preciso detenernos a analizar lo que significa e implica la coherencia, integridad, y en algunas ocasiones también denominada congruencia. La coherencia y/o congruencia puede referirse a que alguien (institución, juez) lo es cuando repite la conducta ante semejantes situaciones, en este sentido la integridad es algo más, pues refiere que no es suficiente resolver casos semejantes de la misma manera; sino, que se debe estar en búsqueda de la resolución más apegada a la justicia y equidad, o también conocido como la respuesta correcta, y esta búsqueda de expresar mediante la resolución lo más apegado a justicia y equidad se integra a la labor discursiva y de interpretación del juez ante los casos difíciles.

La integridad se debe distinguir de todo compromiso o connotación de carácter político y únicamente se le debe concebir relacionada con principios⁶², y en un sentido mucho más amplio la integridad debe ser el elemento unificador de toda la teoría normativa, tanto en el ámbito referido a la conjunción entre derecho y moral, como en el caso del derecho y la política, tales como el Estado democrático, comunidad de principios y respeto a los derechos políticos de los ciudadanos.

Precisamente el punto que refiere a la elaboración de una lista de los principios que establezca y detalle su peso e importancia, resulta una tarea casi imposible, o que hasta la fecha ningún autor ha elaborado de manera que satisfaga a los filósofos del derecho.

Los principios no pueden ser establecidos para siempre, pues aunque formalmente los haya universales, su connotación varía de tiempo en tiempo y

⁶² *Ibid.* págs. 160-163. En los casos en que anotamos la palabra coherencia o congruencia debe ésta entenderse en el sentido de integridad.

Derecho y moral. Estudio introductorio

de una sociedad a otra, por lo que lo más congruente es determinar su peso e importancia en razón del caso concreto que haya que resolverse, y considerar la historia institucional y la coherencia e integridad del uso del precedente, ligado a una teoría argumentativa que resista la crítica. Ya que incluso puede llegar a sostener en ocasiones proposiciones argumentativas que se contrapongan a lo que el sentido común dicta o lo que se supone como correcto, para lo cual el juez Hércules apela a la moralidad comunitaria como referente para la construcción de su teoría moral, pues las decisiones judiciales han de quedar a salvaguarda de las pasiones de las mayorías, y deben ser resultado de un riguroso análisis teórico el cual dotará de contenido a los conceptos como equidad, igualdad, libertad y aquellos que sean discutibles.

El profesor DWORKIN negó la existencia de una regla de reconocimiento aún cuando fuera muy compleja, para poder discernir los principios y aquellos aplicables a un caso concreto. Al hacerlo nos proporcionó unos criterios muy elaborados, los cuales pueden ser creados y aplicados por el juez Hércules, pero que en la práctica evidencia que su aplicación se limita a un uso más restringido vinculado con el desarrollo paulatino y lento de nuestras instituciones judiciales y su labor argumentativa, así como la mejor preparación de los juzgadores y su experiencia⁶³.

Por lo que mientras no existan teorías complejas que expliquen desde la teoría constitucional para sostener la salvaguarda de un derecho particular, hasta la argumentación para demostrar la correcta aplicación acorde a principios, historia institucional y correcto uso de los precedentes, todo desde la perspectiva del derecho como integridad, quedarán las teorías de nuestro autor como referentes metodológicos para seguir elaborando argumentos que nos conduzcan a la respuesta correcta, quedando los del juez Hércules como ejemplo abiertos al estudio y a la crítica⁶⁴.

Una crítica que tanto Hércules como los jueces que pretendan obrar como él, es la de que pueden ser acusados de pretender hacer objetivas e íntegras sus propias visiones y convicciones jurídicas. Crítica a la que ningún juez se

⁶³ *Ibid*, p. 177. La expansión de los límites del análisis de los casos y de la extensión de la teoría que se emplee para resolver los casos difíciles será en gran medida reducida por la experiencia que los jueces tengan, así como su sentido de ubicación teórica dentro del derecho.

⁶⁴ *Ibid*, p. 190. Finalmente Hércules no es una imposición, sino un modelo metodológico para la práctica judicial.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

podrá sentir aludido siempre que verdaderamente conciba el derecho como integridad desde una comunidad de reglas y sus resoluciones en los casos difíciles sean la búsqueda sincera sustentada en un análisis teórico íntegro del derecho⁶⁵.

X. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN COMO SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

1. TESIS DE LOS DERECHOS

Introducir la moral al seno del derecho, es admitir que existe al menos un vínculo que liga a ambos órdenes normativos⁶⁶, y que la discrecionalidad sostenida por la teoría dominante no logra explicar, por lo que por recurre a la tesis de la separación conceptual de la moral y del derecho⁶⁷.

Empero, las decisiones que los jueces toman a modo de resolución en los casos difíciles que se les presentan van más allá de la discrecionalidad, implica el empleo de justificaciones de principio o justificaciones políticas, y no se detienen ante los límites impuestos por la doctrina, sino que se implican en las decisiones tanto la moral subjetiva del juez con la moral colectiva, e incluso en caso de hacer uso de justificaciones políticas, está involucrada también la filosofía política. Estos elementos no son considerados en el esquema de la teoría de la discrecionalidad, ni en la teoría de la separación conceptual del derecho.

⁶⁵ *Ibid*, Cfr. págs. 187-189.

⁶⁶ No todos coinciden con vincular ambos sistemas normativos, y sostienen una necesaria distinción fundada en cuestiones históricas, y que tácticamente lo ético y moral solo es derecho en cuanto se reconoce como tal. *Vid.* LAPORTA, Franciso. *Entre el Derecho y la Moral*. *Op. Cit.* nota 3, p. 67.

⁶⁷ El debate es en torno al fundamento del derecho y no solo en su margen, y en este debate el derecho ya no solo es únicamente reglas, sino que incluye la moral y las directrices jurídicas. Partiendo de que en su fundamento hay muchas cuestiones debatidas y no aceptadas por todos los abogados y jueces. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia..Op. Cit.* nota 17, págs. 39-41.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Lo que se ha mencionado solo es posible desentrañarlo mediante el empleo de la teoría de la argumentación⁶⁸, y será el Juez Hércules el encargado de crear un razonamiento jurídico más elaborado a fin de poder resolver un caso difícil haciendo uso de las complejas teorías (en las que están implicados los razonamientos de jueces, abogados, y políticos, teorías del derecho y el modelo de las normas y teoría del derecho de nuestro autor)⁶⁹ que han de coexistir como sustento en la resolución de un caso difícil.

Veamos con detalle el caso de las justificaciones y la manera en como deben ser consideradas por los jueces y los abogados al momento de enfrentarse a un caso difícil. Desde un principio los juicios plantean al menos tres tipos de problemas: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad política⁷⁰. Por lo que a pesar del propósito de llegar a la respuesta correcta, no es garantía de que dicha respuesta o resolución satisfaga las expectativas de todos, por lo que deberá ser aceptada como la más adecuada aquella que presente más argumentos y elementos a su favor⁷¹, los cuales se trocarán en convicción en el ánimo del juzgador y de las partes.

Pero la respuesta correcta no se da en un ámbito plenamente o puramente jurídico, pues coexisten con el sistema normativo tanto los principios morales, la moralidad subjetiva del juez y la colectiva u objetiva, así como otros estándares de carácter político, los cuales veremos que en determinadas circunstancias llegan a vincularse de tal modo que solo una inteligencia preparada podrá llegar a discernirlos con el propósito de resolver el caso difícil que se le presente conforme a principios ubicados en el ámbito moral de la justicia,

⁶⁸ Teoría que tiene su origen en los años cincuentas como rechazo a la lógica formal y como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. *Vid.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. *Op. Cit.* nota 14, p. 29.

⁶⁹ Ya Chaim PERELMAN consideraba necesario referirse a todos los participantes discursivos para la construcción de la teoría de la argumentación. *Apud, Ibid.* p. 47

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. *Op. Cit.* nota 17, p. 16.

⁷¹ *Ibid.* p. 21, Aquí el autor sostiene que no se trata de la respuesta diferente, sino la correcta que en el sentido de quien la formula será la mejor entre todas las posibles, aún como convicción personal. Aunque la teoría de la argumentación se construye con argumentos no puede reducirse solo a esto, pues implica todo el aparato teórico elaborado por DWORKIN, y aunque TOULMIN refiera al mejor argumento, aquí su dimensión es más amplia, *Apud.* ATIENZA Manuel, *Las Razones del Derecho*. *Op. Cit.* nota 14, p. 82.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

y no conforme a estándares de carácter político. Excepto cuando haya una justificación se considerarán aquellos orientados más al bien colectivo, y que no necesariamente pueden coincidir con la respuesta correcta que debe estar en el ámbito moral de la justicia antes mencionado.

El profesor HART había mencionado la textura abierta del lenguaje con el que las normas se formulan, en el que en ocasiones ni siquiera volviendo a reinterpretar se puede encontrar la solución a un caso concreto, por lo que es menester que los jueces legislen. Y allí comienzan nuestros problemas.

Ni HANS KELSEN⁷², ni HART⁷³, tuvieron problema con admitir que los jueces al resolver un caso concreto hicieran derecho, y éste es uno de los puntos torales para DWORKIN⁷⁴, pues según su propia teoría es incorrecto sostener que los jueces produzcan derecho, ya que atenta contra los derechos que todo ciudadano debe tener en un régimen político democrático, lo cual no es incongruente con su postura de interpretación construccionista, y del derecho como integridad.

Ya que en la interpretación construccionista el debate se remonta a los fundamentos del derecho, los cuales si fueran indubitables no podría cuestionarse el que si los jueces inventan o descubren la ley, más lo sostenido por nuestro autor, es que los jueces construyen mediante la argumentación lo que el derecho es, pero al construirlo no lo inventan o descubren, sino, que lo construyen desde la correcta percepción de los verdaderos fundamentos del derecho a pesar de que éste no haya sido reconocido antes o incluso haya sido negado⁷⁵. Empero, debe distinguirse entre no admitir que los jueces sean creadores de derecho, y que ellos tengan un papel activo en su función jurisdiccional como garantes del respeto de los derechos de los ciudadanos, lo cual

⁷² KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*, Op. Cit. nota 19. p. 103. Allí menciona la función creadora del derecho de los tribunales, refiriendo a la imposibilidad del realismo norteamericano de poder reducir la ciencia del derecho a un simple predicción de la manera en como los tribunales han de resolver un asunto.

⁷³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 1998, p. 169. Funda la función productora de reglas en la capacidad discrecional de los jueces de resolver casos difíciles cuando se encuentren en las zonas marginales o de penumbra.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. p. 146.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. p. 18.

Derecho y moral. Estudio introductorio

veremos adelante que denomina: programa de activismo judicial y programa de restricción judicial⁷⁶.

Critica también la concepción común de que los jueces se ciñen a la doctrina dominante al momento de resolver un caso difícil. Al momento de que un juez decide un caso difícil en su resolución no solo están implicados argumentos jurídicos, sino también morales subjetivos y colectivos, y por supuesto los políticos. De los morales o de principio se ocupa al denominarlos: argumentos de principio, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que se asegura un derecho individual o del grupo. Y los argumentos políticos, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que favorecen alguna meta colectiva.

En el caso de que se considere que los jueces son creadores de derecho además desde la perspectiva dominante del positivismo tenemos el problema de que existe una función delegada de parte del legislativo hacia los jueces para crear reglas, lo que confunde la función judicial que debiera estar limitada a resolver los casos, con la función del legislativo ceñida a la creación de las reglas. Y aún cuando una norma creada tenga una connotación política o haya sido resultado de una decisión de ese carácter, al estar en el ámbito de lo jurídico ya no deja a la voluntad del juez considerar estos elementos políticos al momento de aplicarla, sino únicamente los estrictamente jurídicos.

Esto no ocurre si se concibe que los problemas jurídicos respecto a las reglas no solo son en cuanto a la textura abierta del lenguaje que se emplea en ellas, sino en lo referente a lo que la sustenta como fundamento. Lo que permite la labor constructiva del juez en un papel activo, en la que la evidencia del derecho queda desmentida al ser objeto de debate⁷⁷, e incluso se amplía este debate a cuestiones morales y de filosofía política imperantes en el Estado como ideología y sustento democrático del mismo.

Otra creencia que se tiene al momento de que los jueces se enfrentan a un caso difícil y se supone que crean derecho (si es que se acepta su poder creador) es que al hacerlo se ciñen a las tradiciones jurídicas, las cuales restringirían su discrecionalidad. Empero tal explicación resulta insuficiente por dos razones:

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. p. 217.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. págs. 19-20.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

- i) Cuando un juez decide aún inmerso en las tradiciones, deben considerarse que preexiste a su decisión la moralidad integrada por todas las decisiones previas de otros jueces.
- ii) La moralidad institucional debe considerarse como límite e interactuando con la del juez que ha de decidir⁷⁸.

Pero no olvidemos que las decisiones judiciales han de ser generadas por principios y no por directrices políticas, de tal manera que el uso del precedente y de la influencia del derecho institucionalizado han de ser considerados para poder explicar la manera en como un juez debe resolver ese caso difícil. Las dos objeciones que DWORKIN opone a las decisiones que se realizan a partir de directrices políticas son:

- i) Que desde la perspectiva democrática, los jueces no son elegidos como aquellos que ejercen funciones de representación popular, por lo que no tienen el deber de rendir cuentas ante sus electores de sus actos.
- ii) En un régimen político democrático la función judicial de impartir justicia no debe sacrificar el derecho individual frente a una razón política o de Estado⁷⁹. Ambas críticas no podrían formularse a aquellas decisiones que tengan como sustento las directrices morales.

La tesis de los derechos retoma algunos de los elementos de la teoría política para explicar el modo en como los jueces son responsables de las decisiones que deban tomar, y del respaldo que les debe servir a modo de sustento. Dos ideas son empleadas para tal efecto: la doctrina de la responsabilidad política y la idea de la administración política.

De la doctrina se desprenden la exigencia de coherencia e integridad, en la que se diferencia estrictamente la política de la jurídica, que en la primera a nombre del beneficio colectivo se desconsidere al individuo, en tanto, que en la segunda, la integridad se impone como el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y aquí el uso del precedente y de los principios cobra mucha importancia, en razón de la aplicación semejante y equitativa que de ellos debe hacerse.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. p. 153.

⁷⁹ *Ibid.* P. 150- 151.

Derecho y moral. Estudio introductorio

El problema de la tesis de los derechos de permitir la intromisión de elementos propios de la política al seno de una explicación jurídica es que debe ampliarse el sentido de las voces responsabilidad política y administración política, para dejar a su vez a estos como categorías referentes para un juicio circunstanciado en el carácter democrático del Estado. De esta manera poder seguir sosteniendo las distinciones entre argumentos de principio y argumentos políticos, así como la exigencia de coherencia fundada en el uso del precedente y la historia institucional, en lo que refiere al uso de los principios y de la moralidad en los casos resueltos y en el modo en cómo deben emplearse en los casos difíciles que se presentan.

2. LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS Y LA INTEGRIDAD

El juez que ha de resolver un caso difícil está en la circunstancia de juzgar y vivir en un Estado democrático, que es el primer supuesto para la elaboración de ésta teoría. Luego, tiene una formación acorde a las doctrinas de su época en lo que se refiere al uso de los precedentes, los principios y la historia institucionalizada, y se le exige que su discurso sea resultado de argumentos de principio y una coherente aplicación de los principios y los precedentes. Hay aquí elementos que es menester distinguir y explicar a efecto de que pueda alcanzarse ese objetivo.

El profesor DWORKIN distingue los siguientes: “Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo político. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos. [...] Un derecho político es una finalidad política individualizada. [...] Un objetivo es una finalidad política no individualizada.”⁸⁰

Algunos de los considerados indiscutiblemente como derechos, son también objetivos políticos, entre ellos: la libertad y la igualdad. Sin embargo, su connotación y repercusión de los derechos en el ámbito colectivo y particular está en función de su abstracción o concreción; si su empleo es abstracto seguramente forma parte de un discurso jurídico, y carece de referentes subjetivos para su confrontación, y si el uso es restringido a un caso concreto,

⁸⁰ *Ibid.* págs. 158-159.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

entonces cada derecho debe tener un peso específico en función su antecedente e historia institucionalizada. Se considera también el fin para el que se emplea, si la persecución de su realización es colectiva, entonces tiene el carácter de objetivo, pero si su fin es la aplicación concreta para salvaguardar un derecho subjetivo, es derecho. Ambos pueden ser absolutos o relativos, y contraponerse entre sí, y uno respecto de otro.

La tesis de los derechos exige congruencia, esto es, que las decisiones de los jueces se funden en argumentos de principio y no en los políticos, que la historia institucionalizada de la aplicación de los derechos y los principios sea considerada con la fuerza que el precedente⁸¹ le imprime, y que la moralidad tenga el peso suficiente para que las resoluciones se realicen en la dimensión de justicia. Y esta tesis como lo hemos apreciado en el numeral anterior ha sido realizada por la ficción del Juez Hércules, quien elaboró toda una teoría que cumplió con estas exigencias, la cual va de la filosofía del derecho a la filosofía política y moral.

La congruencia (en el sentido de integridad de la labor interpretativa y discursiva de los actores jurídicos) está íntimamente vinculada a la concepción del derecho como integridad, el cual implica las preguntas:

- I. ¿Si se justifica la relación entre derecho y coerción, y si tiene sentido exigir que se utilice la fuerza pública de acuerdo con las los derechos y responsabilidades que provienen de decisiones políticas del pasado?
- II. ¿Cuál es ese sentido?
- III. ¿Qué connotación se debe dar a la palabra “provienen” en el sentido de ser congruentes con decisiones anteriores?

A lo que la concepción del derecho como integridad en el mismo orden responde:

- I. Se acepta las ideas de ley y derechos legales.

⁸¹ En el precedente debemos considerar su fuerza gravitacional, en congruencia con la postura del derecho como integridad, y la elaboración de un discurso desde los fundamentos del derecho, sin desconsiderar la doctrinas del precedente: estricta y la moderada. DWORKIN Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17, p. 31.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- II. Sostiene que la fuerza del derecho no tiene un carácter meramente instrumental, sino sobre todo que establece una igualdad en la que la protección y reivindicación moral justifican el ejercicio de ese poder político.
- III. Que los derechos y deberes provienen no solo de lo explícito en lo ya realizado como precedente, sino también de lo implícito proveniente de principios de moral⁸².

La integridad a su vez como acción interpretativa y discursiva establece un vínculo entre el derecho y los principios morales. Como modelo de las normas se impone a la concepción basada en reglas y sustenta la existencia de principios como derecho (derecho como integridad), la cual se extiende hasta las prácticas políticas del Estado. En el sentido de que el discurso del Estado debe estar preferentemente basado en la integridad y su punto de partida debe ser el de la búsqueda de la realización de los principios de la justicia y equidad sin violentar los derechos individuales (comunidad de principios)⁸³.

En lo referente a la historia como pasado institucionalizado del derecho que se manifiesta mediante el precedente y su fuerza de atracción, queda atenuado por la integridad. En este sentido, la integridad actúa como el elemento que enfoca su atención más en lo contemporáneo normativo, dimensionando el precedente en la denotación actual de los principios que sean contenidos en éstos; más que refiriéndose al uso pasado, que puede ya no coincidir con el actual, por ello que se diga que establece relaciones de integridad de tipo horizontales⁸⁴ y no tanto verticales⁸⁵.

⁸² *Ibid.* págs. 77-78.

⁸³ *Ibid.*, p. 164.

⁸⁴ Aunque la historia ha tenido un peso importante en el derecho, como sujetos de nuestras circunstancias DWORKIN sostiene el modelo liberal y por ello más el aspecto horizontal que el vertical. Para historia y derecho *Vid.* Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 63.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17, p. 165.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

3. LA NOVELA EN CADENA

Una aportación vinculada con la labor activa de los jueces en el plano del derecho como discurso y acto de interpretación, es lo que denomina “novela en cadena”⁸⁶, en el que cada juez al resolver un caso difícil aporta algo a lo que podemos denominar una novela inconclusa en la que varios son los autores que participan escribiéndola. Esta novela en serie sería escrita por los jueces mediante sus resoluciones, y así cada juez al momento de agregar algo deberá considerar lo que se ha escrito antes con el propósito de que la novela en serie guarde congruencia e integridad, y no deberá dejar de lado ninguno de los elementos o características importantes de lo que hasta el momento se ha escrito, por lo que deberá dar cuenta de todas sus partes, pues el objetivo es crear una sola novela, y ésta deberá ser la mejor posible⁸⁷.

De manera metafórica en la concepción de la novela en serie están los elementos de la actividad interpretativa del juez, cuyo discurso debe ser constructivista, íntegro y congruente con lo que se ha hecho en el pasado, lo que no implica que justifique el pasado, pero sí que lo explique desde la perspectiva teórica de haber asumido al derecho como integridad y desde una comunidad de normas, buscando siempre la respuesta correcta fundada en principios y no en razones o directrices políticas, labor judicial en la que desde su perspectiva se borra toda barrera creada entre el derecho y la moral⁸⁸.

⁸⁶ Para ampliar la información respecto a la postura de la escritura integralista de la solución interpretativa y la manera actual de considerarla en la legislación, *Vid.* CALVO, José. *Derecho y Narración.. Op. Cit.* nota 48, págs. 75-96.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17, págs. 166-168.

⁸⁸ David LYONS considera que los límites teóricos de la propuesta de DWORKIN están relacionados con su referencia excesiva al sistema norteamericano, y su crítica desde la moralidad está dirigida a la moralidad explícita, y no a la existencia de condiciones morales para la ley en todos los sistemas. *Vid. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, Op. Cit.* nota 10.

Derecho y moral. Estudio introductorio

4. ACTIVISMO Y CONSTRUCTIVISMO JUDICIAL

Antes de finalizar revisemos cuál ha de ser el papel de los jueces en este modelo de las normas propuesto por el profesor DWORKIN, y para ello nos remitiremos a lo que denomina el:

[...] programa de activismo judicial [que] sostiene que los tribunales [...] deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de los que parezca ser la visión moral más reciente de la corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso y el Presidente” (aunque aceptemos la versión más restringida que lo limita a los actos de los propios jueces al momento de resolver los casos), y el programa de “restricción judicial [...] que sostiene] que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aún cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible [...]”⁸⁹

Partamos de un supuesto del profesor DWORKIN, el de que los ciudadanos tienen derechos jurídicos (legales) y morales, de allí que el problema se centre respecto de quien ha de decidir respecto de esos derechos morales, el legislativo, quien es encargado de crear las reglas, que bien pueden estar orientadas desde principios políticos y no morales, o los jueces (la corte) que deben salvaguardar no solo la legalidad de los actos, sino también el respeto a los derechos morales de los ciudadanos. Ahora desde la postura activa e integra de los jueces existen los problemas de que si los derechos deben ser respetados en principio y contra cualquier acto del Estado, o debemos considerar que los ciudadanos tienen primero deberes y luego reconocidos sus derechos. La concepción de si estamos ante una tesis que sostenga primero los derechos y luego los deberes, no es lo mismo si fuera a la inversa, pues el orden de primacía e importancia para el autor en comento, es que los derechos siempre deben ser respetados y solo en caso de existir alguna razón debe prevalecer el interés general⁹⁰.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1.

⁹⁰ *Ibid.* p. 262.

El antipositivismo de Ronald Dworkin

La última aseveración realizada, así como la función activa del juez, causan controversia al seno del positivismo, ya que trastocan los cimientos no solo de la tradicional función de los jueces, sino incluso de la concepción de la anteposición de los derechos de los ciudadanos a los del Estado, y la idea misma de justicia. Pues al introducir al debate los derechos morales al seno del estudio del derecho (jurisprudencia), la práctica de los tribunales y como función importante de jueces y abogados de defender y demostrar su aplicación correcta en los casos difíciles, anteponiendo el individuo a la colectividad (excepto cuando haya una razón importante) invierte el binomio individuo-colectividad; lo que ocurre luego de que las teorías posteriores a la segunda guerra mundial le apostaran a la colectividad.

El profesor DWORKIN refiriéndose a RAWLS⁹¹ (autor de la *Teoría de la Justicia*), señala los dos modelos que refieren a los principios de justicia y moral; el “modelo natural [...] que] describe una realidad moral objetiva; es decir, que no han sido creadas, sino más bien descubiertas por los hombres o las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física”, y el “modelo constructivo [...] que establece] que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un sistema de acción coherente [...]”⁹². En el que no hay un único correcto, pues de optar por el constructivo, puede llegarse a la situación de crear principios de justicia y morales de ocasión. Por otra parte, los concebidos como de carácter natural deben estar sometidos a revisión constante en cuanto a su alcance, actualización e incluso sus contenidos, esto sin perder de vista la intención primordial, por lo que deben considerarse al momento de fijar la postura todos los elementos que estén implicados en la decisión de qué principios de justicia y valores morales deben ser considerados y observados. De tal manera que en cada caso difícil pueda hacerse una explicación que atienda por una parte a la congruencia que debe tener la argumentación en lo que refiera al uso del precedente, la historia institucional, así como a la determinación de la existencia de los derechos morales que le deben ser respetados al ciudadano.

⁹¹ La idea de justicia en RAWLS no es de carácter puramente moral, sino sociojurídica, complicada con otras consideraciones distintas. *Vid.* RODRÍGUEZ PANIAGUA, Jose Ma. *Historia del Pensamiento Jurídico*, Tomo II, siglos XIX y XX. Octava edición, Madrid, España. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1997, p. 704.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, *Op. Cit.* nota 1.

Derecho y moral. Estudio introductorio

5. LOS DERECHOS EN SERIO

Concluimos con la aseveración de que si se quieren tomar en serio los derechos, tanto jueces, abogados, y ciudadanos, deben considerar primero a los derechos, y luego a las razones que existan para que éstos no prevalezcan, las cuales en un orden de concurrencia lo primero será proteger los derechos del ciudadano en particular, y después los colectivos considerados como grupo. De tal manera que un Estado democrático y liberal⁹³ ⁹⁴, el individuo sea equiparable a la colectividad, y ésta última se imponga cuando haya razón para ello, pero que el procedimiento no inicie por la exclusión del individuo para luego determinar si tenía o no derechos, y que en la argumentación que sustente cualquier decisión que al respecto se tome se consideren todos los elementos teóricos aportados por el profesor DWORKIN.

La idea de justicia del profesor DWORKIN, que sostiene aún de manera neutral para ser elaborada en el discurso, y que puede vincularse con el derecho (como reglas), para ejercer su influencia la primera respecto de la segunda, cobran pleno sentido, por lo que deben quedar anotadas aquí al final: “la justicia es una cuestión acerca de cuál es la mejor teoría o la más correcta sobre los derechos políticos y morales, y la concepción de cualquier persona acerca de la justicia es su teoría, impuesta por sus propias convicciones personales, acerca de lo que estos derechos son en realidad.”⁹⁵ No debemos desconsiderar que aún cuando la idea de justicia tenga un origen subjetivo, en el discurso que reivindique la protección y respeto de los derechos, convergen tanto lo subjetivo como la moralidad comunitaria⁹⁶, todo en el marco de la concepción del derecho como ejercicio de interpretación constructivista, íntegro y congruente.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. DWORKIN es un defensor del liberalismo político y para algunos neoiusnaturalista, aunque también podría denominársele un teórico del liberalismo jurídico.

⁹⁴ La justicia de la ley es compatible con el imperio de la ley no solo en los sistemas social-demócratas, sino en todo sistema legal que pretenda realizarla. *Vid.* MACCORMICK, en *Derecho y Moral*, comp. Rodolfo VÁZQUEZ. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 160.

⁹⁵ *Ibid*, p. 79.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1.