

Un comunitarismo para R. Dworkin

Por M.^a LEONOR SUAREZ LLANOS

Oviedo

Continuar debatiendo sobre el par Moral-Derecho es una necesidad para la Filosofía del Derecho que corre, quizá no tanto por la que corrió («agua pasada no mueve...») —aunque sin duda también—, cuanto por la que pudiera llegar a correr. Sin conclusiones, sólo con pretensiones, a partir de la teoría de R. Dworkin, planteo dos cuestiones interdependientes, a saber; de una parte, cuáles son y/o en qué consisten los «derechos morales» de/para Dworkin; de otra parte, en qué medida su contenido y su propia existencia dependen del contenido normativo que *impone* la estructura política de cada comunidad en particular. Lo que en realidad se pretende es, saber hasta qué punto es cierta la proposición de la que en este momento se parte: que *la teoría de Dworkin no es sino un instrumento de justificación, y no de fundamentación, de una teoría política y de los derechos concreta, la de su propia comunidad, que se legitima (fundamenta) en la Constitución de ésta en tanto que cumpliría ciertos requisitos de justicia que, en realidad y coherentemente, son los propios e inmanentes a esta misma teoría y a ese sistema*. Con ello se estaría afirmando que la teoría de Dworkin representa una forma de *comunitarismo estructural*¹ que

1. Utilizo la terminología de «*comunitarismo orgánico*», para definir/aludir a la corriente de autores comunitaristas que, además de caracterizar el modelo de comunidad y de establecer su íntima vinculación con la tradición de la que participarían, realizan una evaluación de la bondad de esas tradiciones —pudiendo considerar, así, como paradigmáticas la comunidad de la eticidad griega, la comunidad medieval o el republicanismo civil americano del s. XVIII—. Desde esta perspectiva, diferenciaré este comunitarismo orgánico de un «*comunitarismo estructural*», que aceptaría

justifica y pretende actuar por la mejora de los resortes de la organización político-jurídica de la comunidad norteamericana, pero **en ningún caso vendría a ofrecer una fundamentación de carácter universal de los «derechos morales», ni tampoco una explicitación universalista de su contenido.** Justificar sobre estas premisas su propio sistema supondría, de una parte, la desatención hacia, y la inmunidad del, resto de organizaciones políticas comunitarias y, de otra parte, en tanto que se partiría de la legitimidad del sistema americano a partir de un criterio autorreferencial que apuntaría a determinados contenidos de justicia —como criterio de validez y filtro de aplicación dados por él mismo—, la legitimación del resto de las comunidades políticas que cuentan con «un Derecho».

A estos fines se presentan los cuatro siguientes apartados:

I. CONCRECIÓN Y ARTICULACIÓN DE LOS «DERECHOS MORALES»

Los «derechos morales» son el elemento esencial de una teoría que pretende incorporar la *moralidad* en el *derecho* y que se articula, fundamentalmente, a partir de una particular «teoría de la integración».

Su noción está vinculada con la exposición de los argumentos relevantes para solucionar los «casos difíciles» que salen a la luz a partir de la demanda ante el juez para que adopte una determinada *opción* sobre algún derecho —del que el particular se considera titular— en su decisión jurídica.

R. Dworkin diferenciará, a este respecto, los «argumentos políticos», que «argumentan que una particular decisión servirá para promover alguna concepción del bienestar general o del interés público» (Dworkin/1985, p. 11) y que «justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo» (Dworkin/1984, p. 184), de los «argumentos de principio», que «apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales» (Dworkin/1985, p. 11) y «justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo» (Dworkin/1984, p. 184). Pues bien, la tesis central de Dworkin es que «las decisiones judiciales, en los casos civiles, aún en casos difíciles..., son y deben ser, de manera característica, generados por principio, no por directrices políticas» (Dworkin/1984, p. 150).

las tradiciones por «su mero darse» espacio-temporalmente y que, por ello, podrán hablar de la *tradicón liberal*, a la que habrá de atenderse, por ser la propia de cada comunidad (avanzada, que participe de ella) pudiéndose tan sólo incidir sobre tal tradición, con el correctivo comunitario, para perfeccionarla y mejorarla de la forma más eficaz en el menor tiempo posible (en la línea de M. Walzer).

Será la aplicación de argumentos de principio por el juez la que posibilite que éste pueda hallar una única respuesta correcta, aún faltando o siendo vaga la norma adecuada, por ser: acorde con el derecho de la comunidad, reflejado a partir de la trayectoria histórico-institucional y del precedente y, a la par, respetuosa con el modelo justificatorio de la ley ideal para Dworkin, esto es, el «modelo de los derechos», «que asume que los ciudadanos tienen derechos morales y obligaciones uno respecto a otro, y derechos políticos contra el Estado como un conjunto» (Dworkin/1985, pp. 11-12). Se rechaza, así, la utilización judicial de argumentos políticos que convertirían al Juez en algo que no es, en un delegado del legislador, que *legisla ilegítimamente* con carácter retroactivo. Porque lo que el juez ha de hacer es descubrir los «derechos morales» de las partes. Esto será posible en tanto que Dworkin parte de la premisa fundamental de que los ciudadanos tienen unos derechos políticos contra el Estado considerado como un todo: «los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente² que se les imponga alguna pérdida o perjuicio» (Dworkin/1984, p. 37). Pues bien, entiendo que esta afirmación es útil, no tanto como caracterización de la obligación del individuo frente al Estado (al Gobierno) o a la ley, cuanto como la «admisión de que los individuos tienen algunos derechos distintos de sus derechos legales y anteriores a éstos» (Dworkin/1984, p. 38); es decir, Dworkin proclama «la existencia de derechos individuales que pueden ser anteriores a los creados por la legislación política» (Porras/1989, p. 123). La existencia de los «derechos morales» previos a la legislación, desvirtuaría una *teoría utilitarista* en virtud de la cual se dijera que «la comunidad estaría marginalmente mejor en el caso de una estricta imposición de la ley» (Dworkin/1984, p. 291), con lo cual Dworkin estaría tomando partido por la *tolerancia*. Ahora bien, al final del camino que ha sido propuesto, podría cuestionarse si lo que se pretende es proclamar la tolerancia o si, solamente, se llega a la institucionalización de la *injusticia* dulcificada en determinados sistemas por la aceptación teórica de la «desobediencia civil».

Dirá Dworkin que aquél que pretenda declarar que se toma los derechos en serio, es decir, que tiene en cuenta los «derechos morales» y que elogia a su Gobierno por respetarlos, debe aceptar las ideas de la dignidad humana y de la igualdad política. Así, el «derecho moral» *fundamental* para Dworkin es el de la **igualdad** —es decir, que todas las personas tienen un derecho a igual consideración y respeto—, sobre él se articularán los **derechos a las concretas libertades**.

2. Pero, ¿cuándo se justifica suficientemente?, esto es, ¿dónde empieza el utilitarismo de Dworkin? Sobre este punto se volverá posteriormente.

La **igualdad**, como «derecho moral» es un derecho abstracto (Dworkin/1984, p. 389), integrado de forma compleja al abarcar dos derechos (de igualdad) distintos: el **derecho a igual tratamiento**, como el derecho a «la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada» (Dworkin/1984, p. 389) y el **derecho a ser tratado como igual**, que es el derecho a la misma consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes y oportunidades» (Dworkin/1984, p. 389).

En relación con la **libertad**, y con reminiscencias de la distinción de Berlin entre libertad positiva y libertad negativa, Dworkin diferenciará entre: **la libertad como licencia**, que es un «concepto indiscriminado porque no distingue entre las formas de comportamiento», y que revela «el grado en que una persona está libre de restricción social o jurídica para hacer lo que pueda desear», y **la libertad como independencia**, esto es, el *status* de una persona como independiente e igual, más bien que como subordinada» (Dworkin/1984, pp. 376-377), optando por la segunda y estableciendo, de forma original, la vinculación entre ésta y el «derecho a ser tratado como igual» a la que éste sirve de fundamento, con lo cual se supera la confrontación habitual entre la igualdad de los unos y la libertad de los otros consecutiva al entendimiento de la libertad en el «sentido neutral y omnímodo de la libertad como licencia» que él explícitamente rechaza (Dworkin/1984, pp. 382-381).

De lo que en este punto se tratará es de saber «¿cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un Estado tal y por qué?» (Dworkin/1984, p. 389) pues, la respuesta marcará los *límites infranqueables de la igualdad de bienes, oportunidades y libertades*. Pues bien, para Dworkin, las restricciones hacia ciertas libertades tan sólo podrán justificarse a partir de «argumentos de principio» y de «argumentos políticos utilitaristas», siempre que sobre estos últimos se haya aplicado el correctivo que impide utilizar el criterio de las preferencias externas como guía de la restricción. Los «argumentos políticos idealistas», tendentes a hacer progresar a la comunidad hacia un modelo ideal, no se podrán utilizar mientras supongan la restricción de una libertad cuya idea es aún controvertida en esa comunidad³ (Dworkin/1984, pp. 390-393).

3. El problema será que, a *sensu* contrario, cuando la idea no sea controvertida, sí podrán restringirse las libertades personales. Y, como no será controvertida cuando se de acuerdo sobre ella, en el mejor de los casos aceptados por Dworkin, el del consenso democrático, la mayoría (ideológica) estaría *legitimada* para restringir la libertad personal de los individuos, ideológicamente minoritarios, en pro de la consecución de una «comunidad ideal». Con esto se agrava el problema de la no concreción de lo que haya de entenderse por preferencias externas, ya que parece que el acuerdo democrático puede otorgarles plena validez para fundamentar las restricciones a la libertad.

II. FUNDAMENTACION DE LOS «DERECHOS MORALES»

Cómo y por qué se afirma que los «derechos morales» son válidos, plenos de eficacia y vigencia en una comunidad dada teniendo en cuenta que, de una parte, la comunidad particular a la que el individuo pertenece, como se verá, ostentará, para R. Dworkin, una especial *supremacía ética* sobre éste ⁴ y, por otra parte, que es evidente, para Dworkin, que él, miembro de la comunidad norteamericana, escribe desde y sobre el modelo de comunidad que ésta representa ⁵.

Expondré dos perspectivas deseablemente integrables:

1.—*Perspectiva individual.* La fundamentación de los «derechos morales» para R. Dworkin se situaría en la propia naturaleza humana, es decir, sería una fundamentación antropológica la que le hace considerar a un ser humano universal a la hora de establecer el respeto a los derechos individuales. Ahora bien, la fundamentación antropológica lo será de *un derecho formal a los «derechos morales»*, de tal forma que, el contenido sustantivo de los mismos vendrá determinado por las directrices asentadas política, legislativa y judicialmente. Por tanto, al hablar de fundamentación antropológica en Dworkin, me estoy refiriendo al individuo en cuanto tal, y no en su interacción con la comunidad a la que pertenece que, como se verá, es una relación fundamental en la teoría de Dworkin.

2.—*Perspectiva institucional.* Lo que no justifica, para Dworkin, los «derechos morales» es «...ninguna legislación, convención o contrato hipotético» (Dworkin/1984, p. 267) pues, para R. Dworkin, los «derechos morales» y políticos son los que «están reconocidos en la ley positiva, así como aquéllos que pueden ser puestos en vigor a partir de las demandas de los ciudadanos políticos a través de los tribunales o de otras instituciones judiciales del mismo o similar estilo» (Dworkin/1985, pp. 11 y 12) ⁶. Sabemos, así, cómo conocerlos, en tanto que parte integrante de la teoría política de una concreta comunidad ⁷. Lo que no sabemos es por qué han de ser esos, precisamente, los «derechos morales».

4. «el ciudadano se identifica con la propia comunidad política...la comunidad tiene una vida común...el éxito o fracaso de la propia vida depende, en sentido ético, del éxito o fracaso de aquella vida comunal» (DWORKIN/1992-a, p. 221).

5. «Estamos en presencia de un autor que pertenece a una determinada tradición jurídica como es la anglosajona que,...., mantiene una concepción del Derecho diferente de la europeo-continental» (DE ASÍS ROIG, R./1993, p. 168).

6. Los «derechos morales» se asentarán sobre principios cuyo origen reside «...en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo» (DWORKIN/1984, p. 95).

7. Se preguntará Prieto Sanchís «¿en qué condiciones un operador jurídico puede considerar que un determinado principio forma parte del Derecho y, en consecuencia, debe ser aplicado?...» (PRIETO SANCHÍS/1992, p. 77).

Para Dworkin el contrato hipotético de Rawls es mera hipótesis y no contrato (Dworkin/1984, p. 235). Del mismo modo, «la regla de reconocimiento» de H.L.A. Hart se inutilizaría a la luz de sus críticas, fundamentalmente, porque «existen determinados principios cuyo origen no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la comunidad, se desarrolla con el tiempo» (Dworkin/1984, pp. 94-95) ⁸. La *solución dworkiniana* es ponderar el conjunto de *standards* (que, en sí mismos, son más bien principios que normas) de: la responsabilidad institucional, la interpretación de la ley, la fuerza persuasiva de determinado tipo de precedentes, la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros *standards* semejantes; pero todo ello no puede unificarse, para Dworkin, en una única «regla maestra» y, si se pudiera, no se parecería a la de Hart. Y, esto es así, en tanto que Dworkin asienta el reconocimiento institucional de los derechos en un argumento enunciativo de «*postulados de moral política*» que, tomados en su conjunto, enuncian, para Dworkin, «*la concepción liberal de la igualdad*» (Dworkin/1984, p. 389): «el Gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración,..., y con respeto, o sea, como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas...» (Dworkin/1984, pp. 388-389).

Pero, **qué y cuáles son esos principios** que fundamentan los «derechos morales» del individuo desde una perspectiva normativa y de los derechos, y **cuál es el grado de universalidad de tales principios —y derechos—** (IV), para buscar las respuestas se relacionará la teoría de los principios de Dworkin (I-II) con su teoría de la integridad comunitaria y del republicanismo cívico liberal (III).

Con este propósito se abordarán dos ámbitos:

A.—El de la vinculación de los principios con la Constitución; intentado averiguar el grado de necesidad y dependencia que presentan con ésta: *¿han de estar los principios de R. Dworkin necesariamente contenidos en la Constitución?*

Pues bien, en tanto que aquí se mantiene la respuesta afirmativa estamos diciendo sólo, y tanto como que, los principios del Derecho son los señalados por la Constitución, sean éstos cuales sean, con lo cual ya se habrá determinado su fundamento. A partir de esto lo que se cuestiona es cuáles son y qué papel juegan los principios de Dworkin;

8. Hart responde ante el error de Dworkin acerca de *lo que la «regla de reconocimiento» efectivamente es*: «para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas o criterios últimos o test últimos de validez jurídica» (HART/1980, p. 5).

quién/quienes los interpretarán y en qué forma; cuál es su eficacia y cuál es su valor, rango o relación respecto de las normas positivas —en sentido formal—. Paralelamente a este estudio se intentará mostrar, primero, cómo R. Dworkin yerra al atacar el positivismo⁹ al acusarle del desconocimiento de todo género de principios como parte integrante del Derecho y, segundo, cómo el planteamiento dworkiniano de los principios está abocado al relativismo propio de la delimitación de la validez, explicación y justificación de éstos a partir de la configuración del ordenamiento político-jurídico propio de una comunidad en concreto.

Pues bien, **los principios son** «un orden de normas extrajurídicas» (Dworkin/1980, p. 85). Así, diferenciará entre «principios en sentido genérico y normas jurídicas» (Dworkin/1980, p. 86); los principios genéricos —a los que denomina «principios legales»— (Dworkin/1980, p. 89), son los que fundamentan los derechos de los individuos y son **los principios constitucionales**: «el pueblo, en tanto conjunto de individuos, posee ciertos derechos fundamentales *descritos*¹⁰ en la Declaración de Derechos de la Constitución» (Dworkin/1994, p. 158). Su contenido *dependerá* tanto de los contenidos materiales que resulten de la propia asignación constitucional estadounidense, cuanto del criterio interpretativo que se les impute cara a su aplicación judicial.

La asignación constitucional es la puesta de manifiesto en las Cláusulas y Enmiendas Constitucionales que se contienen en las diez primeras enmiendas y en las incorporadas después de la guerra civil en la Carta Magna (Dworkin/1994, p. 158).

El encargado de interpretar los principios es el juez que, «irresponsablemente» abocado a «una» solución moral y justa entabla relación directa con el *background* histórico-institucional dentro del marco constitucional por *pronunciarse* sobre los derechos a los que los particulares aspiran.

El criterio interpretativo a seguir, será el de la «integridad constitucional» vinculado a la teoría interpretativa norteamericana «reaccionaria», que toma las cláusulas de la Declaración como «órdenes abstractas dirigidas al Gobierno norteamericano que le exigen respetar los principios fundamentales de libertad y de decencia política y tratar a todos los ciudadanos con la misma consideración e igual respeto» (Dworkin/1994, p. 158). Se estará pues, creando una «**Constitución de principios**» que contiene unos criterios morales, generales y comprensivos que el Gobierno ha de respetar, esto es, unos *postulados de moral política*. Se niega así, la virtualidad de su teoría interpretativa

9. En el mismo sentido Nino, C.S., «la reciente ofensiva antipositivista lanzada por R. Dworkin yerra el blanco» (NINO/1985, p. 145); igualmente Atienza y Ruiz Manero «...en una buena medida el ataque de R. Dworkin yerra en el blanco,...» (ATIENZA-R. MANERO/1991, p. 101).

10. La cursiva es mía.

«originalista» que trataría a «...la Declaración... como un conjunto de reglas muy detalladas, cada una de las cuales registrase la comprensión específica que prevaleció en determinados momentos históricos en el pasado» (Dworkin/1994, p. 161).

La perspectiva adoptada será más problemática en cuanto que busca determinar *qué es lo que han de significar en la actualidad «las finas abstracciones de las cláusulas-constitucionales»*¹¹ (Dworkin/1994, p. 159); cómo acceder, unánimemente, al contenido de los principios constitucionales. El problema que se le presenta a R. Dworkin es uno bien conocido, especialmente en los tiempos de liberalismo —afortunadamente—, el *relativismo*, la imposibilidad de demostrar que la verdad a la que accedamos sea *más racional* que cualquier otra verdad. Y, el problema se agrava al centrarse en un sistema de *common law*, al que Dworkin viene a fortalecer, en el que se siente la mayor fuerza decisoria y de dirección social de un personal no representativo —la judicatura— a partir de la interpretación de unos principios que fundamentarán la posible proclamación de derechos¹². Efectivamente, en un sistema de *common law* se ha diferido en mayor grado la concreción del contenido de unas normas que en un sistema de no *common law*¹³; «...el resto debemos aceptar el pronunciamiento de la mayoría de los jueces —...— a menos que seamos numerosos y estemos suficientemente dispuestos a enmendar la Constitución, o lo que es más probable, hasta que la edad, la muerte o los cambios produzcan una Corte Suprema con convicciones diferentes» (Dworkin/1994, p. 159).

Cuál es el papel que juegan y la eficacia de esas normas «extra-jurídicas» y «peculiares», «diferentes de las normas jurídicas». En este punto diferenciaremos cuatro ámbitos.

El principio en presencia de la norma. Pues bien, «los principios, ...no establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas» (Dworkin/1980, p. 90).

A la luz de la resolución judicial norteamericana de algunos casos difíciles —que serán en los que, para nuestro autor, los derechos «parecen funcionar de modo más enérgico, revestir más importancia» (Dworkin/1980, p. 97)—, señalará que, en estos casos difíciles, los principios actúan «en la *justificación de la adopción y aplicación de*

11. La cursiva es mía.

12. «Las normas, para Dworkin, son a lo sumo meros *indicios* o *síntomas* del Derecho, de un más vasto sistema de derecho...El significado de una singular porción de Derecho, producida a través de actos humanos,..., puede ser indefinidamente recreada a la luz del sistema de principios dworkiniano..» (PINTORE, A./1990, p. 161).

13. Y esto es así, porque la norma final, expresada en el fallo, viene a sustituir a una amplia normatividad que, en los sistemas de no *common law* es abarcada por la legislación.

una norma nueva»; bien como una «*regla previa*» (Dworkin/1980, p. 97) con arreglo a la cual ha de entenderse una disposición legal, bien actuando diversos principios y directrices de forma entrelazada «en apoyo de una norma de nueva creación» (Dworkin/1980, p. 97). Para Dworkin, los principios actuarán ante la ausencia u oscuridad de leyes, de otras normas jurídicas aceptadas y del contrato —así ordenados jerárquicamente— (Dworkin/1980, pp. 87-88), manifestándose, pues, su relación de inferioridad jerárquica respecto de las «normas legales».

No parece, así, haber confrontación, cuando menos formal, entre principios y normas ¹⁴; son cosas distintas que se ordenarán conforme a un criterio jerárquico de validez.

El *principio en relación con otros principios*. En este caso «cabe la posibilidad de que nuestro principio no prospere; pero, eso no quiere decir que éste no sea un principio propio de nuestro sistema jurídico porque, en el caso siguiente,..., el principio puede ser decisivo» (Dworkin/1980, p. 92); lo que se quiere decir cuando se dice que un principio determinado es un principio de nuestro derecho, es que los funcionarios judiciales han de tenerlo en cuenta, **si es pertinente** ¹⁵, como argumento que le puede inclinar en un sentido o en otro» (Dworkin/1980, p. 92).

El *principio en sí mismo considerado*. Para Dworkin «los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: la de su *peso específico o importancia* pues, aunque no sean aplicables en ese caso «la pregunta sobre su peso específico o importancia no carece de sentido» (Dworkin/1980, pp. 93-94) ¹⁶. Pero, fuera del principialismo fuerte de Dworkin, también hay autores positivistas que siguen, abundan y perfilan el modelo hartiano, como Genaro Carrió o Manuel Atienza y R. Manero, subrayando, estos últimos, la función principal que juegan en la explicación del Derecho gracias a su capacidad de síntesis y de sistematización (Atienza-R. Manero/1991, p. 114), que sería la función principal a realizar por la ciencia jurídica, así como en la función de justificación (Atienza-R. Manero/1991, p. 116).

14. En tanto que la operatividad del principio depende de la evaluación de éste respecto de otro principio, entrando ya en el campo propio de los contenidos sustantivos y de la interpretación.

15. En la consideración del análisis judicial de esta «pertinencia» se apoyará, posteriormente, la afirmación de la discrecionalidad de la actuación del juez Hércules.

16. En el caso de las normas, si dos o más fuesen aplicables al caso, no se ponderará su importancia, «una de éstas no es válida. La decisión...ha de tomarse atendiendo a consideraciones ajenas a ellas» (DWORKIN/1980, p. 94).

«...puede considerarse cierto que la aplicación de un principio no conlleva necesariamente la pérdida de validez del otro,... Pero que no ocurra así necesariamente no significa que no pueda ocurrir nunca, pues parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios... Por otra parte...sostener otra cosa equivaldría a excluir un control lógico del sistema, dejando en total indeterminación los modos de que se vale la argumentación jurídica para conjugar principios en conflicto y para elaborar los metacriterios de construcción del sistema... (PRIETO/1992, p. 41).

Quizá los principios, —también *los de Dworkin*— no se diferencien de las normas desde una perspectiva estructural, sino funcional¹⁷, es decir, será el operador jurídico quien, en el proceso hermenéutico, *manufacture* distintamente reglas y principios. Con esto se está afirmando que el juicio moral viene de la mano del juez y no del legislador, por cuanto éste lo único que puede *positivizar* es la *regulación* de los principios¹⁸, pero no se podrá ir más allá porque sería tanto como decir que el legislador acepta, y objetiva, unos parámetros de moralidad que llevarán a un moralismo legal con virtualidad adoctrinadora sobre los miembros de la sociedad¹⁹. Pero tampoco se está apuntando a un sistema, al modo de Dworkin, cuya bondad es exclusivamente judicial. Lo dicho en nada afectaría a la afirmación de la existencia de unos límites de justicia para el moderno positivismo²⁰ que se cifrarían en el respeto de los derechos humanos, pues ambas cuestiones pertenecerán a ámbitos separados por más que Dworkin establezca una vinculación necesaria entre ellos²¹.

El principio en ausencia de norma.— Este es un ámbito propicio para el análisis de los tres postulados presentados por Dworkin —en un sentido específico— como fundamentales; a saber, la **obligación legal**, la **discrecionalidad judicial** y la **norma de reconocimiento**.

Pues bien, dentro del campo de la **obligación legal** entenderá Dworkin que, aunque los principios no son ley, han de ser medidos con «el mismo rasero que las normas jurídicas» (Dworkin/1980, p. 98) considerándolos «...como normas vinculantes para los Jueces» (Dworkin/1980, p. 100), de tal forma que el Derecho abarcará tanto principios como normas pues, si se negara que los principios obliguen como normas —lo que él atribuye al positivismo—, el Juez habría de buscar «más allá del derecho positivo... principios extrajurídicos que es libre de observar si le parece oportuno» (Dworkin/1980, p. 98) a partir de su

17. «El planteamiento de Alexy, y de modo explícito el de Gianformaggio, responden a esta concepción funcional; para ellos bajo el nombre de principios, no se esconde una clase de normas, sino un tipo de argumentación» (PRIETO/1992, p. 133).

En contra, Nino, para quien sí se puede hablar de «una diferencia lógica radical entre los principios que él tiene en cuenta y las reglas» (NINO/1985, p. 154). Para Nino el error de Dworkin será la formulación que realiza de los principios que es la que le lleva a *aparentar* la defensa de una diferencia funcional.

18. Otorgándoles, pues, el valor de puestos, de ser, y no de buenos o de deber ser.

19. En una teoría fuerte de los principios, éstos «sirven para endosar a otro aquellos modelos de comportamiento que se imponen (por el legislador y, sobre todo, por el juez) pese a carecer de respaldo en una regla de reconocimiento, en suma en una práctica social verificable...» (PRIETO/1992, p. 73).

20. Con lo que se podrá decir, desde el positivismo actual, que un Derecho válido, reconocido como tal, es un Derecho injusto.

21. De hecho lo que en este trabajo se mantiene es que tal vinculatoriedad convierte en contingente el respeto a los derechos humanos.

arbitrio judicial ²², con lo que el fallo sería el resultado de «un acto de arbitrio judicial con carácter retroactivo» (Dworkin/1980, p. 100). Así, desde la construcción positivista, los derechos y obligaciones resultantes de la resolución judicial, entiende Dworkin que carecen de fundamento o, hasta el momento, no se ha aportado ninguna justificación.

A este respecto cabe decir que, como ya se ha apuntado, Dworkin se ha construido un enemigo adaptado a las necesidades de su lucha; sin embargo, el positivismo es, hoy especialmente, la tendencia que se caracteriza por la variedad de formas y características que adopta, doctrinalmente, en los distintos autores y, «positivamente», en los distintos contextos. Así, la crítica de Dworkin actuará su mejor papel como técnica depuradora, frente a concepciones cuya regla de reconocimiento impide el funcionamiento de los principios dentro del ordenamiento jurídico ²³.

Sin embargo, al enfrentarse con los positivismos contemporáneos más depurados que reconocen de forma explícita, implícita e incluso extrasistemáticamente ²⁴ la presencia, eficacia y operatividad de los principios dentro del sistema jurídico, se le plantea a Dworkin un problema de difícil solución, a saber: tal modelo de positivismo hará uso de la *discrecionalidad* como método de argumentación jurídica para el *descubrimiento*, interpretación, articulación y aplicación de tales principios para la *creación* de Derecho ²⁵, porque «no hay,..., razón alguna por la que tal **regla de reconocimiento** no pudiera identificar directamente ciertos principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica» (Hart/1980, p. 8) ²⁶. Pero, no se ve de qué forma puede Dworkin eludir esa tarea creativa del juez ²⁷, porque si no ha de descubrir, interpretar y articular los

22. Ahora bien, una cosa es lo extrajurídico y otra lo extranormativo; «Dworkin ignora el hecho de que muchos principios legales deben su *status*,...a lo que él llama su *pedigree*; esa es la forma de su creación o adopción por una fuente de autoridad reconocida» (HART/1994, p. 264).

Respecto del *arbitrio* judicial que Dworkin atribuye al positivismo decir que «el juez para decidir el caso debe ejercer su poder de creación de derecho aunque no debe hacerlo arbitrariamente» (HART/1980, p. 9).

23. Por tanto, las apreciaciones de R. Dworkin sobre la regla de reconocimiento han de ser tomadas con atención por cuanto de crítica depuradora puedan tener.

24. Sigo aquí la clasificación de P. Sanchís de los principios en «implícitos», «explícitos» y «extrasistemáticos» (PRIETO/1992, p. 135 ss).

25. Al no estar explícita y/o concretamente formulado.

26. «...en algunos sistemas legales, como el de los Estados Unidos, los criterios últimos de validez legal podrían incorporar explícitamente además del *pedigree*, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos pueden formar el contenido de las limitaciones legales constitucionales» (HART/1994, p. 247). (Vid. también HART/1980, p. 8).

27. «...aunque este procedimiento ciertamente retrase, no elimina, el momento de la creación judicial del derecho, puesto que, en cualquier *caso difícil* pueden

principios para su aplicación, su teoría se vacía de contenido y, si ha de hacerlo, como él mismo reconoce, no puede sino dejar de hablar de arbitrio y empezar a hablar de discrecionalidad para que los distintos jueces Hércules pertenecientes a distintas subculturas puedan alcanzar la respuesta correcta del caso concreto que aporte soluciones distintas frente a los mismos supuestos.

Lo único, pues, que quedaría por criticar es lo relativo y contingente de la moralidad que acompaña a la proclamación de principios consustancial al positivismo. Pues bien, lo que pudiera parecer un posible *defecto* viene en realidad a transformarse en cualidad meritoria frente a la moralidad objetiva proclamada por Dworkin, que viene a ser igual de relativa pero, esta vez, herida por la lanza totalitarista, *integrista*: esto es, que tal moralidad comunitaria es por definición Moral buena, benéfica.

Siguiendo con la respuesta a los dos interrogantes planteados inicialmente —qué y cuáles son, y qué grado de universalidad tienen los principios—:

B.—El segundo de los anunciados ámbitos a observar será el de la revitalización del principialismo de Dworkin a partir de **la defensa que Dyzenhaus promueve de la teoría dworkiniana como reacción frente a los sistemas moralmente injustos.**

Se intentará mostrar, primero, cómo Dyzenhaus incurre en el mismo error de partida de Dworkin, a saber, enfrentarse a un positivismo inexistente y, segundo, que la formulación que propone se adorna de la misma contingencia de la de Dworkin —tal como ha ido siendo apuntada—, con lo cual podría venir, en realidad, a legitimar sistemas jurídicos *injustos*. Ahora bien, el objeto de estudio de Dyzenhaus no es su propia comunidad²⁸; ello parece, al menos inicialmente, dotar a su teoría de unos visos universalísticos que retarían las consideraciones concernientes al relativismo dworkiniano.

En *Hard Cases in a Legal Wicked System*, Dyzenhaus ofrece una revisión crítica del positivismo a partir del análisis del Derecho *injusto* que consagra el sistema del «apartheid» en Sudáfrica. Para Dyzenhaus un estudio de las decisiones judiciales surafricanas establece la **superioridad** de la posición de Dworkin frente al positivismo legal.

A este fin presenta tres perspectivas y sus correspondientes conexiones: teoría jurisprudencial del positivismo-teoría de la deferencia-colaboracionismo con el sistema; de otra parte: teoría jurisprudencial antipositivista de Dworkin -teoría del *common law*- resistencia del juez a

presentarse diferentes principios..., y el juez tendrá a menudo que escoger..., confiando, como un legislador consciente, en un sentido de lo que sea mejor y no en cualquier orden ya establecido de prioridades prescrito por él por el derecho» (HART/1980, p. 10); lo que queda avalado a partir del criterio dworkiniano de interpretación de los principios constitucionales norteamericanos, esto es, de sus principios.

28. A diferencia de lo que, como se ha venido diciendo, ocurre con Dworkin.

colaborar con el sistema. Y, valorará positivamente sólo la teoría anti-positivista de Dworkin. Así, *la verdadera teoría jurisprudencial es la del antipositivismo de Dworkin* 29.

El núcleo de la argumentación de Dyzenhaus es que «el elemento de la adjudicación es un elemento central de la legalidad» (Dyzenhaus/1994, pp. 92-93), y que «tal adjudicación no es meramente formal», sino que «es adjudicación en términos de unos valores morales sustantivos que son además valores legales» (Dyzenhaus/1994, p. 93). La objeción central es el *fundamento comunitario de esos valores morales sustantivos*.

Contra la teoría de Dyzenhaus reaccionarán algunos autores que se autoconsideran positivistas. Así, M. Hartney señalará que Dyzenhaus está errado en sus premisas, en sus argumentos y en sus pretensiones.

La crítica de Hartney recorre, fundamentalmente, dos ámbitos.

Primero, el del oscurantismo al que conduce la vaguedad terminológica de Dyzenhaus —a diferencia de Hart o Raz— que se transmitirá a sus propias formulaciones. Así, diferenciar —y defender— una *concepción «moralmente cargada de la ley»* frente a la *concepción «plain fact»* 30 (Hartney/1994, pp. 53-54), que él atribuye a los positivistas, es ambiguo pues, una concepción de la ley «moralmente cargada» podría ser tanto «una concepción de acuerdo a la cual deba servir a fines morales», cuanto «aquella de acuerdo a la cual los principios morales son ley *incluso* en ausencia de cualquier fuente social» (Hartney/1994, p. 54). Ambas serían aceptadas por Dyzenhaus; sin embargo, a diferencia de lo que éste señala, los positivistas —como Hart o Raz— rechazarían únicamente la segunda posibilidad. Y, respecto de la concepción «*plain fact*» que Dyzenhaus atribuye a los jueces positivistas, ésta podría significar tanto que exclusivamente las reglas que se conocen con un test de hecho son ley, cuanto que la ley es un conjunto de hechos de valor neutral sin propósito moral. Sin embargo, el positivismo, aunque Dyzenhaus lo pretenda, no suscribe ambas visiones, sino que, «de hecho está de acuerdo únicamente con la primera» (Hartney/1994, p. 54).

Segundo ámbito de la crítica. Para Hartney el positivismo no está vinculado a la teoría de la deferencia en relación a la obligación judicial —tal como Dyzenhaus apunta—, pues ello vendría a ser tanto como identificar al positivismo con un positivismo ideológico y, esto es así en tanto que el positivismo —en general—, según Hartney, vendrá

29. Para Dyzenhaus, señala Hartney, porque el positivismo «...requeriría de los jueces de Sudáfrica el no resistir, no oponerse al apartheid, el positivismo tiene consecuencias morales desastrosas, y por ello tiene que ser falso» (HARTNEY/1994, pp. 44-45).

30. La cursiva es mía.

a responder únicamente a «¿qué cuenta como ley? (criterio de validez legal)»³¹, pero la respuesta no determinará la respuesta a «¿qué cuenta como buena ley? (La evaluación de la ley); ¿cuándo debe uno obedecer *black-letter law*? (Obligación política); ¿cuándo deben los jueces obedecer *black-letter law*? (Obligación judicial)» (Hartney/1994, pp. 54-55), pues para estas tres últimas cuestiones *no* se formula una respuesta *específicamente* positivista³².

La respuesta de Dyzenhaus³³ gira reiteradamente en torno a las ya expuestas formulaciones de Dworkin relativas a la «regla de reconocimiento» —a la que reconduce a las teorías— de Hobbes y Austin de la soberanía y así a la idea de *pedigree*³⁴; a una visión de la obligación judicial positivista que intima con el positivismo ideológico³⁵; a una discreción arbitraria del juez positivista frente a los casos difíciles y, en fin, a la traslación de una *moralidad objetiva* derivada de lo que él y Dworkin entienden es la buena moralidad en su comunidad, que se justificaría en algún género de visionismo iluminado de lo que fue, y es aún vigente, derecho histórico-institucional de una comunidad distinta como es la sudafricana. Por lo tanto, cuanto de esperanzador presentaba el apunte hecho anteriormente acerca de los parámetros universalísticos en los que podía desenvolverse la formulación de Dyzenhaus, se desvanece al hacer depender la justicia moral de un sistema jurídico en lo que éste haya sido y continúe siendo. Desde esta perspectiva, parece que se está diciendo que cualquier sistema *injusto* que no tuviera la *suerte* de pertenecer a la tradición del *common law* (o bien que esta tradición hubiera sido superada, olvidada..., como podría ser el caso) es un sistema que se legitima en *su* propia justicia universal.

En fin, si lo que Dyzenhaus supone es que elaborada una *plantilla* que represente la articulación y respeto a los derechos individuales y, aplicada ésta al sistema de *common law* se da una correspondencia

31. «El criterio de validez legal es factual» (HARTNEY/1994, p. 55).

32. Mientras que, para Hartney, para Dyzenhaus la respuesta a cuál es la buena ley determina qué cuenta como ley y, así, la obligación política y judicial hacia la ley.

33. Con «Legitimacy of Law: A Response to Critics» (DYZENHAUS/1994, pp. 80-94) Dyzenhaus pretende poner en claro y concretar los argumentos expuestos en su libro.

34. Se entiende así, que Dyzenhaus arremeta —un poco a lo Radbruch— contra las expectativas positivistas en pro del respeto a los «derechos humanos»: retrotrae al positivismo a posiciones hobbesianas, desde las que «garantizar los derechos individuales contra el Estado, podría ser empezar a caer en el estado de naturaleza» (DYZENHAUS/1994, pp. 89-90), hasta llegar al «sinsentido en zancos» que para Bentham representaba la idea de los derechos individuales. Pero ésta no es sino otra consecuencia de entender únicamente el positivismo de una forma que ni los positivistas aceptan.

35. Sobre estas ideas se asienta el fundamento de la «**contradicción pragmática**» que él identifica en Austin y que atribuye al positivismo. (Vid. DYZENHAUS/1991, pp. 239-240 para una síntesis de su concreción).

perfecta, favorecido ello por su peculiaridad judicial, se habrá tan sólo realizado un chequeo de legitimidad sobre un sistema legal y optado por una concreta instrumentalización, a saber, la del normar del *common law*. Pero, si lo que Dyzenhaus, siguiendo a Dworkin, quiere decir es que, observado el sistema de la comunidad de *common law* ha llegado a la conclusión de que *su* legalidad es justa, modélica y por ello paradigma de sistema a aplicar a cualquier comunidad que se defina como tal, el fracaso viene dado porque en la aceptación de ese ordenamiento para la traslación, habrá perdido un elemento fundamental de validez en la tradición político-jurídica occidental, esto es, su legitimación³⁶. Pero, no parece ser éste el sentido que han querido ofrecer Dworkin y Dyzenhaus, más bien al contrario: de legitimidad gozará toda aquella comunidad de principio que acredite estar dotada de un contenido —sustantivo— propio, con lo cual la «legitimidad» de una comunidad dependerá del vigor interno de sus principios comunitarios.

III. LA COMUNIDAD PARA R. DWORKIN: EL COMUNITARISMO DE DWORKIN

Consciente Dworkin de la facilidad con que surge la polémica comunitarista, a partir de la visión de su teoría, explicitará la delimitación de *su liberalismo*³⁷.

Presenta, para Dworkin, el comunitarismo —como corriente doctrinal de naturaleza política, jurídica y moral— un aspecto positivo, que él procurará mantener en su «teoría de la integración» y en su doctrina sobre el «republicanismo cívico liberal», como es el destacar la vinculación y la influencia de la comunidad sobre el individuo. Ahora bien, ese mismo comunitarismo también presentará, a los ojos de Dworkin, un aspecto negativo —«su error fundamental»—, esto es, el sentido determinista con que caracterizarían, los comunitaristas, al individuo integrado en la comunidad (Dworkin/1993, pp. 57-58)³⁸. De

36. Se está manejando *una noción de legitimación un tanto intuitiva* y abstracta que viene a relacionarse, y no a contraponerse, con las clasificaciones teóricas de *legalidad* y *legitimidad*.

Se opta por esta *noción intuitiva* por ser conforme a la idea de *legitimidad* utilizada por Dworkin. Para él, «un Estado es legítimo si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos» (DWORKIN/1992-b, p. 142).

37. *Su liberalismo* en contraste con un comunitarismo *fuerte* se ofrece en «liberal community», en «obligations of community» y en *Ética Privada e Igualitarismo Político*.

38. Ante el riesgo de un estricto comunitarismo señala que «la rendición general de la personalidad y la autonomía que ello contempla, podría dejar a las personas demasiado poco espacio para liderar sus propias vidas..., ello destruiría las grandes emociones que celebran» (DWORKIN/1990, p. 237).

este modo, pretenderá resaltar la relación de reciprocidad y de afectación conjunta con la que habrá de presentarnos (lo que él considera) la verdadera **integración liberal** del sujeto, considerado como tal, en la comunidad. A partir de su «teoría de la integración», pretende resolver la *antítesis individuo-comunidad* con un criterio superador de lo que sea mera elección entre uno de los dos polos.

De lo que se trata es de saber si, finalmente, se ve obligado a optar por uno de ambos extremos, si otorga prioridad a una de las dos opciones.

Pues bien, de las tres estructuras comunitarias a considerar, a saber, como «asociación de *facto* que resulta de un accidente de la historia y de la geografía» (Dworkin/1990, p. 232), el «modelo *rule-book* de comunidad» (p. 233) y el «modelo de principio» (p. 234), será este último el que, si bien con un cierto paralelismo con el modelo *rule-book*, considera Dworkin como apropiado para una teoría fundada en los derechos. En la comunidad que sigue el modelo de principio «sus miembros aceptan que están gobernados por principios comunes sacados a la luz en el compromiso político...(que sus)...obligaciones surgen del hecho histórico de que la comunidad ha adaptado tal esquema, siendo así especial por ella...Una comunidad de principio acepta la integridad» (Dworkin/1990, pp. 234-236). «Nuestras vidas son ricas porque son complejas en los estratos y en el carácter de las comunidades en las que habitamos». (Dworkin/1992-b, p. 157).

Pero Dworkin no pasa por alto que una comunidad de principio no es automáticamente una comunidad justa (Dworkin/1990, p. 229). Efectivamente *su* realidad comunitaria acarrea —graves— riesgos, fundamentalmente dos: de una parte, que «las obligaciones comunales genuinas pueden ser injustas para los miembros del grupo...» (Dworkin/1990, pp. 227 y 229-230); de otra parte, que «la práctica social puede requerir de sus miembros el discriminar a los no miembros de la sociedad...» (Dworkin/1990, p. 227 y 229-230).

Entonces, «...¿tenemos que conceder que los lazos de dominación injusta que se encuentran en el corazón de alguna práctica familiar propia de la cultura,...están en el corazón de sus prácticas de cohesión?... La mejor interpretación puede ser una profundamente escéptica: que no hay argumento competente de la institución que puede dejar de mostrarla como absoluta y perversamente injusta, y por ello debería así ser abandonada. Alguien que alcance esa conclusión negará que la práctica pueda imponer obligaciones genuinas después de todo» (Dworkin/1990, p. 228). Así, si tanto la estructura político-jurídica en su conjunto, cuanto los aspectos parciales de ésta, pueden ser profundamente injustos porque «la mejor interpretación posible puede mostrar que ámbitos injustos son compatibles con el resto de la estructura. Entonces, aunque las obligaciones que impone son, *prima facie*, genuinas, emerge la cuestión de si la injusticia es tan severa y profunda que esas prácticas son canceladas. Esa es una posibilidad...Sin embargo, algunas veces la injusticia no será tal enormidad; los dilemas son enton-

ces establecidos porque las obligaciones injustas que la práctica crea no son enteramente borradas» Dworkin/1990, pp. 228-229). Por tanto queda, como mayor bondad de un sistema, cara a su propia depuración, algo así como un reto en pro de la proliferación y enormidad de las prácticas injustas o aberrantes.

El problema del comunitarismo, en sentido fuerte, como señala el mismo Dworkin, es que ni siquiera ve el carácter *injusto* de instituciones o de comunidades. Aunque, finalmente, él mismo se vea obligado a aceptarlas.

Apunta Dworkin ³⁹ que, para el comunitarismo, «el liberalismo en cuanto teoría política es hostil o, cuando menos, *no aprecia suficientemente la importancia de la comunidad* y que, **la tolerancia liberal**, con el argumento de que no es justo que el gobierno use su poder de coacción para imponer una **homogeneidad ética**, *mina la base de la comunidad*» ⁴⁰ (Dworkin/1992-a, p.195). Para atacar la tolerancia liberal utilizan los comunitaristas distintos argumentos (Dworkin/1992-a, pp. 195-205), de entre los cuales cabe destacar el argumento de la integración, que sostiene que «la tolerancia liberal depende de una distinción ilegítima entre la vida de los individuos en el interior de la comunidad y la vida de la comunidad en su plenitud. Afirma este argumento que la vida del individuo es, sólo en su plenitud, reflejo y función del valor de la vida de la comunidad en la cual vive el individuo» (Dworkin/1992-a, pp. 210-211). Es útil retener este argumento de la integración pues, a partir de él Dworkin elaborará su propia «*teoría de la integración*», eje de su «*republicanismo cívico liberal*».

El republicanismo cívico comunitarista pretende un giro en la distinción entre el bienestar personal y el bienestar común. *La integración comunitarista* supone, dice Dworkin, que el ciudadano integrado debe interesarse por la salud completa, global de la comunidad y no solamente de un aspecto sectorial de ésta. Es precisamente esta globalidad la que, en principio, le parece inaceptable a Dworkin.

Sin embargo, la integración, dirá Dworkin, «puede ser fuerte en forma distinta, como algo que depende, no de la prioridad ontológica de la comunidad, sino del hecho familiar y ordinario del respeto a la práctica social establecida por los seres humanos» (Dworkin/1992-a, p. 214).

Para Dworkin tiene, pues, la comunidad, entendida en un determinado sentido, una especial relevancia. Por ello determinará una vinculación especial. Y, sobre esta base, asentará Dworkin una forma de **comunitarismo de naturaleza liberal**, articulado a través de lo que denomina «el republicanismo cívico liberal», donde los valores mora-

39. A partir del estudio crítico que en «*Liberal community*» realiza de la sentencia «*Bowers vs. Hardwick*», que proclama la constitucionalidad de la norma que castiga penalmente la conducta homosexual.

40. La cursiva es mía.

les son parte del derecho y los derechos se adscriben atendiendo tanto a la consideración del significado institucional de la historia de la comunidad política organizada, cuanto a los juicios morales de los funcionarios encargados de descubrir cuáles son los derechos de la persona en esa concreta comunidad.

Se presenta, así, el **republicanismo civil liberal de R. Dworkin** abarcando la importancia y «justicia de la promesa implícita en el argumento de la integración» (Dworkin/1992-a, p. 221). Por alimentar esta integración liberal asumirá que «el ciudadano se identifica con la propia comunidad política cuando reconoce que la comunidad tiene una vida común y que el éxito o fracaso de la propia vida depende, en sentido ético, del éxito o fracaso de aquella vida comunal» (Dworkin/1992-a, p. 221). He aquí el comunitarismo dworkiniano que intenta atemperar el alcance ético de la comunidad política señalando que «la concepción liberal de la integración ...tiene una visión limitada de la dimensión de la vida común de una comunidad política; llama la integración a una teoría de la vida política de la comunidad que se integraría a su vez (o lo intentaría) en la teoría liberal» (Dworkin/1992-a, p. 221). Ahora bien, de lo que entonces se trata es de determinar qué es para Dworkin «una visión limitada de la dimensión de la vida común de una comunidad política», es decir, «¿qué abarca la vida común de una comunidad política?» (Dworkin/1992-a, p. 221). Señala Dworkin que, sin duda, ésta abarca la legislación, la adjudicación (de los derechos), actuaciones del legislador y las otras actuaciones ejecutivas del gobierno; así, «un ciudadano integrado considera el éxito o fracaso de su comunidad en este ámbito político formal como aquello que tiene una resonancia en su vida, que la mejora o la empeora» (Dworkin/1992-a, pp. 221-222).

Para Dworkin, la misma idea de que «la vida de una persona deba ser vista como integrada en la vida de su propia comunidad sugiere, a primera vista, una excitante exposición de la teoría política pues, parece prometer una política dedicada tanto al secundamiento del bien colectivo, cuanto a la protección del derecho individual» (Dworkin/1992-a, p. 221). Señala, así, C. Thibaut, que las relaciones entre el individuo y la comunidad quedan de la siguiente forma: «por una parte, el individuo reconoce el grado y la importancia que tiene la vida ética de su comunidad sobre su propia vida... Pero, por otra parte, sabe que no todas las dimensiones éticas de su vida se agotan en los acuerdos políticos de su comunidad. Si ésta es injusta (porque efectúe discriminaciones raciales,..., etc.) sabrá que su vida es una vida disminuida y peor de lo que hubiera sido en otra comunidad» (Thibaut/1992, p. 158).

Para Dworkin «esta fusión de moralidad política y de auto-interés crítico es *la auténtica médula del republicanismo cívico*, la forma importante en que los ciudadanos deberían fusionar sus intereses y sus personalidades en una comunidad política» (R. Dworkin/1992-a, p. 234).

A partir del *especial* comunitarismo de R. Dworkin nos planteamos cuál es el carácter de la relación entre los derechos individuales y la idea dworkiniana de comunidad.

Pues bien, para Dworkin, no todos los ámbitos de la comunidad, entre los que se encuentra la esfera personal, se incardinan en la esfera política. El *problema* reside en que Dworkin no especifica, ni cuál es el contenido de la vida personal individual, ni tampoco establece un criterio fidedigno para diferenciar esta vida personal de lo que sea vida política, vida de la comunidad. Pero, en cualquier caso, la moralidad personal, y *lo* que de esta forma se designe, depende de los dictados de la realidad histórico institucional de una comunidad que es justa; esta justicia vendrá dada por la tolerancia, consecuente con la libertad y la igualdad, y por la integración, con lo que la justicia y la legitimidad de los derechos de los que se disfruta en una determinada comunidad, será el resultado de la moralidad de ésta ya que, los conceptos abstractos se llenan de contenido a partir de los dictados del devenir de la organización política comunitaria. Consciente de esto, Dworkin establecerá unos límites de justicia mínimos con los que filtrar las decisiones clara y profundamente dañinas para un mínimo respeto a los derechos personales. El problema es que tales cortapisas son las propias del sistema americano, con lo que, o se mantiene un intuicionismo dworkiniano carente de fundamento, o bien se les reconoce la legitimidad que les otorga su asiento constitucional, en cuyo caso podría admitirse su valor ejemplificativo, pero no una legitimidad que en este punto es relevante, en tanto que el propio Dworkin la acata, para imponerse como correctivo a cualquier orden político y jurídico.

IV. REFLEXION SOBRE EL CARACTER UNIVERSAL DE LOS «DERECHOS MORALES» FUNDAMENTALES

Al señalar que la teoría de Dworkin, es una teoría de la justificación y no de la fundamentación, no se quiso significar que él no haya *probado* que la idea de la libertad, la dignidad y el respeto hacia el individuo es algo de lo que se adorna el ser humano en cuanto tal, pues, es posible que, desde esa idea intuitiva no exista paso a una mejor demostración teórica y, posiblemente, tampoco ello es necesario para quienes firmemente profesamos tales ideas. Lo único que se quería decir es que, los esfuerzos de Dworkin tienden a justificar una concreta forma de respeto hacia el individuo en el momento en que siente invadidos sus «derechos morales»; como estos «derechos morales» se asientan sobre los fondos histórico-institucionales de una comunidad en particular en un momento dado, los «derechos morales» sufren la contingencia de su —o falta de— contenido; por tanto, los propios «derechos morales» se convierten en *anulables*. Así, lo que Dworkin

acaba dejando, es de profundizar en la formulación sustantiva de esos derechos morales —que el particular puede decir/querer tener—, por elaborar un *criterio formal* a partir del cual se *descubrirá* si, efectivamente, esos derechos existen; con lo que la teoría elaborada como propicia para tal descubrimiento, viene a justificar los derechos resultantes —cualquiera que sea la forma que adopten—, en tanto que han sido obtenidos a partir del reflejo que proyecta la trayectoria *vital* de una comunidad determinada.

Afirmar que Dworkin promueve un *criterio utilitarista* al delimitar en su teoría la necesaria interrelación individuo-comunidad, puede no parecer forzado⁴¹ si consideramos: primero, que manejando un criterio vacío de contenido sustantivo para la diferenciación entre las preferencias internas y externas, éstas serán intercambiables en cada comunidad; y, segundo, que los criterios de decisión comunitariamente propicios, pueden sesgar e incluso anular *legítimamente* la libertad individual en tanto que se recoge esta posibilidad respecto de las «simples libertades» pero, al no delimitarlas materialmente frente a las «libertades preferentes», éstas que son así consideradas en una concreta comunidad, pueden convertirse en aquéllas en una comunidad distinta que adopte la decisión de que tales libertades no pueden ser restringidas, dejando pues de ser «derechos morales», «y pueden, por tanto, ser anuladas si entran en conflicto con el bienestar general» (P. Gómez Barboza/1993, p. 191)⁴².

Los «derechos en serio», los «derechos morales» de Dworkin, en coherencia con lo expuesto, son **derechos relativos y contingentes**; porque los «derechos morales» de los particulares dependen de la configuración que ofrezca una comunidad concreta en un momento dado; porque deja en manos de la comunidad, en el nombre de un liberalismo integrador, la delimitación, que viene a ser el reconocimiento, de los derechos individuales⁴³. Puede que, a Dworkin, ya no sólo su criterio, sino también y sobre todo, su sistema le parezca lo suficientemente justo y que, así, en aras de esa justicia y del mejor desarrollo de los «derechos morales», exponga criterios para el mejor funcionamiento

41. A pesar de las proclamas antiutilitaristas y antibenthamianas del propio Dworkin.

42. El problema es que, si convencidos del comunitarismo de Dworkin extraemos sus *justas* consecuencias, llegamos a la *legitimación* de todo criterio decisorio que comunitariamente se adopte como apropiado y, será éste, unipersonal, autárquico o minoritario, el que determine cuándo las libertades pueden sacrificarse en nombre del «bienestar general» (pues ese mismo criterio decidirá qué ha de entenderse por *bienestar general*).

43. «La teoría de Dworkin...está dirigida a explicar una cultura jurídica en particular: la anglo-americana» (PÉREZ LUÑO/1993, p. 53).

«Por ello, la teoría de Dworkin como integridad es una teoría del Derecho particular, sólo predicable de aquellas comunidades que comparten un determinado sistema de valores» (PRIETO SANCHÍS/1992, p. 91).

institucional dado. Pero, su justificación del sistema que toma por modelo, no puede ser llevado hasta la *fundamentación* de derechos que sí vulnerarán **derechos humanos** en un sentido fuerte y sustantivo ⁴⁴.

Lo cierto es que, la contingencia de la teoría de Dworkin se eliminaría con tan sólo radicalizar su propio relativismo. Así, si lo que está en su mente es que la Constitución Americana enumera explícita —aunque vagamente— algunos «derechos morales» que la gente tiene, entonces, *su teoría* no es ni adecuada ni inadecuada de cara a la fundamentación de los derechos, *será inoperante* porque su contrato hipotético, su propia convención o su «regla maestra» de reconocimiento, se concreta, precisamente, en la Constitución Americana, en virtud y provecho de la cual elabora su teoría interpretativa principialista; «...a menos que sea verdad que los jueces en algún sentido *deben* emplear este método de decisión en los casos difíciles, continúa siendo meramente un rasgo contingente del derecho que se da en aquellas jurisdicciones en las que la Regla de Reconocimiento establecida en la práctica judicial prevé su uso» (Hart/1980, p. 15).

Como conclusión, tan sólo apuntar:

— que afirmar que existen algunos derechos previos a la legislación, no supone, necesariamente, como se demuestra con Dworkin, que a los ciudadanos les sean inherentes algunos derechos que, efectivamente, sean reales pues, será preciso el reconocimiento público de tales derechos para poder pensar en hablar propiamente de su existencia *plena* ⁴⁵. Y, esto es así en tanto que el hecho de que el sujeto se crea titular de un «derecho moral» no hace que esto sea efectivamente cierto pues, para *descubrir* su existencia, se precisa la proclamación del juez (o similar) o del legislador. Y, para *fundamentar* tal existencia lo que cuenta, no es la creencia en el «derecho moral» reclamado sino el fondo histórico-público de la comunidad a la que el individuo pertenece. Dworkin maneja confusamente la terminología *derecho moral-derecho jurídico* dependiendo del contexto pero, en cualquier caso, lo que parece significar es que para poder hablar efectivamente de derechos, éstos han de estar en cierta forma positivados con lo que, a la vista de lo expuesto, la Constitución de los EE.UU. es la que determina —*crea de facto*— tales derechos constituyendo la moral en la que han de insertarse los portavoces últimos de esos derechos, esto es, los jueces ⁴⁶.

44. «Esos derechos pertenecen...a la moralidad política de una determinada comunidad» (LAPORTA/1993, p. 41); «...en tanto que derechos dependientes de la moralidad positiva...no se ofrece una fundamentación universalista —...— de los derechos humanos...Así, todo vuelve a depender del tipo de sociedad en la que acertemos a nacer y vivir» (GÓMEZ BARBOZA, P./1993, p. 192).

45. «Dije que en los Estados Unidos se supone que los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos» (DWORKIN/1984, p. 284).

46. Así, por ejemplo, el «principio constitucional» de la equidad, para Dworkin «requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en

— que, cuando una Constitución se autolegitima en la aceptación que le profesa su comunidad, y esa Constitución fundamenta una teoría de los derechos, dada la interacción entre la comunidad y sus miembros, tal teoría elaborará criterios que justifiquen los derechos constitucionales y perfeccionará los cauces por los que tal Constitución ha optado al articular esos derechos: así, el contenido o las directrices de tal Constitución ni legitima, ni deslegitima a cualquier otro sistema constitucional o político, simplemente le es ajeno.

— que, cuando la teoría jurídico-política de una determinada comunidad es traspasada (ideal y teóricamente) a una segunda comunidad distinta, puede pensarse que esto significa bien un intento de promocionar la labor de erudición de los teóricos jurídico-políticos de la segunda, o bien, un intento tan legítimo como podría serlo el inverso, de proyectar su teoría político-jurídica y de los derechos humanos sobre una comunidad a la que es ajena. Si éste es el interés de Dworkin hay que decir, primero, que parece contrario a su proclamado «canon del liberalismo» y, segundo, que, en cualquier caso, supone la contraposición de sistemas que son, individualmente considerados, plenamente legítimos a la luz de la teoría dworkiniana.

El relativismo de tal formulación cobra toda su vigencia en cuanto tiene de justificación (por la transposición señalada) de los ordenamientos injustos (para quien comparta esta opinión) como el de Sudáfrica o el de la Alemania nazi, que Dworkin se ve obligado a reconocer explícitamente, ya Hart lo apuntaba, aunque el derecho establecido sea malvado, como Dworkin admite que puede serlo ⁴⁷. Para él, los «derechos

principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y en la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional» (DWORKIN/1992-b, p. 265). Ahora bien, «si la historia de la nación aprueba la idea de la independencia moral, pero niega dicha independencia para los homosexuales, a pesar de que dicha distinción no pueda ser justificada en principio, no se ofende a la equidad al insistir en un cumplimiento coherente de dicha idea» (DWORKIN/1992-b, pp. 265-266). Pero Dworkin criticó frente a los comunitaristas la injusticia moral derivada de la stc. «*Bowers versus Hardwick*» por no respetar la distinción preferencias externas/internas; parece entonces claro que la diferenciación sustantiva entre ambas es, sin límites, propia y exclusiva de cada comunidad. Y el problema se acentúa si «la historia de la nación» no aprueba la idea de independencia moral o que la segregación racial no ofende los principios de igualdad aceptados.

47. «...Dworkin aceptó que el Derecho claramente establecido y los principios a él subyacentes identificados por el método Hércules (...) pueden ser demasiado perversos para justificar su aplicación... Si el Derecho establecido es malvado (Dworkin admite que pueda serlo), los principios a él subyacentes serán también malvados y no estaría claro, desde luego, qué podría significar al hablar de tales principios como “justificadores” al tiempo que explicativos del Derecho. En tales casos, la moral seguramente exige que la oportunidad de que se presente un caso no regulado debería ser aprovechada no para extender el mal sino para evitarlo...» (HART, H.L.A./1980, p. 173. Sin embargo, para Dworkin, «si Hércules hubiera decidido ignorar la supremacía legislativa y el precedente estricto cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas le permita mejorar la integridad del derecho, juzgado sólo como una cuestión de sustancia, habría violado la integridad en general.» (DWORKIN/1992-b, p. 282).

morales» básicos —que han de ser reconocidos jurídicamente— «intervienen,..., en el cálculo de qué derechos tiene la gente cuando los materiales *standard* no son una guía segura» (Dworkin/1984, pp. 450-451) mas, lo cierto es que, finalmente, cuestiones de eficacia e «integridad» —adecuación— son las que obligarán al juez, que encuentra un conflicto moral con respecto al derecho institucional claramente establecido y los principios a él subyacentes (identificados por el método de la interpretación —del juez ideal Hércules—), a «mentir» sobre su propia moralidad. Desde esta perspectiva, parece resquebrajarse aquella pretendida moralidad objetiva ⁴⁸, a no ser que tal moralidad objetiva sea *relativa* a la comunidad en concreto y, desde luego, como se confirma con la crítica dworkiniana a la discreción como —posibilidad abierta a la creación judicial del derecho—, una moralidad superpuesta a la de cualquier juzgador y, consecuentemente, a la de cualquier juzgado; moralidad comunitaria suprema bajo la excusa —o la razón— de ser portadora del espíritu de la comunidad del que se sabe, aunque no de qué manera, que ha de ser justa.

BIBLIOGRAFIA

- ASÍLS ROIG, Rafael d. 1993. «Dworkin y los derechos como triunfos» en *R. Dworkin. Estudios en su Homenaje*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso.
- ATIENZA, Manuel-RUIZ MANERO, Juan. 1991. «Sobre principios y reglas». *Doxa*-10.
- BOBBIO, Norberto. 1990. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Debate.
- DWORKIN, Ronald. 1980. *Filosofía del Derecho de R. Dworkin*. Breviarios. Fondo de Cultura Económica.
- 1984. *Los Derechos en Serio*. Ariel.
- 1985. *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- 1989. *Law's Empire*. Cambridge. H. Univ. Press.
- 1990. «Obligations of community» en *Authority*. Edit. Josepn Raz.
- 1992-a. «La comunità liberale» en *Comunitarismo e Liberalismo*. Edit Riuniti. Versión inglesa «liberal community» en *Communitarianism and individualis*. 1992. Edit. Avineri-Shalit.
- 1992-b. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa.
- 1993. *Ética Privada e Igualitarismo Político*. Pensamiento Contemporáneo.
- 1994. *El Dominio de la Vida*. Ariel.

48. «...Todo lo que queda de su teoría original es que los principios identificados por Hércules como subyacentes al Derecho, deben ser, según Dworkin, los menos odiosos (de acuerdo con la moralidad objetiva) de los varios inaceptables que pudiera incorporar el Derecho inicuo. Esto simplemente excluye la idea de que esos principios justifican el Derecho». (HART/1980, p. 18).

- DYZENHAUS, David. 1991. *Hard Cases in Wicked Legal Systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*. Oxford. Clarendon.
- 1994. «The legitimacy of law: a response to critics». *Ratio Juris*, Vol. 7, number 1.
- GÓMEZ BARBOZA, Paulina. 1993. «La concepción dworkiniana de los derechos individuales frente a la exigencia de una concepción fuerte de los Derechos Humanos» en *R. Dworkin. Estudios en su Homenaje*. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso.
- HART, H.L.A., 1980. «El nuevo desafío al positivismo jurídico». Sistema 36.
- 1994. *The Concept of Law (Second Edition)*. Clarendon. Oxford.
- HARTNEY, Michael. 1994. «Dyzenhaus on Positivism and judicial obligation». *Ratio Juris*, Vol. 7, number 1.
- LAPORTA, Francisco. 1993. *Entre el Derecho y la Moral*. Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política.
- NINO, Carlos S. 1985. *La Validez del Derecho*. Astrea. Colección Mayor. Filosofía y Derecho.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. 1993. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- PINTORE, Ann. 1990. *La Teoría Analítica dei concetti Giuridici*. Università di Cagliari.
- PORRAS DEL CORRAL, Manuel. 1989. *Derecho, Igualdad y Dignidad*. Universidad de Córdoba.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. 1992. *Sobre Principios y Normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- THIBAUT, Carlos. 1992. *Los Límites de la Comunidad*. Centro de Estudios Constitucionales.