

SEMBLANZA DE RONALD M. DWORKIN Filósofo / 1931-2013

OSCAR GHERSI RASSI*

Recibido: 02-08-13

Aprobado: 19-11- 2013

...la opinión de cualquier juez es en sí una pieza de filosofía del derecho, incluso cuando la filosofía permanece oculta y el argumento visible está dominado por citas y listas de hechos. La filosofía del Derecho es la parte general de la adjudicación, prólogo silente de toda decisión judicial

Law's Empire (p. 90)

El juez Learned Hand, conocido por sus revolucionarias decisiones en materia de daños, contrató, en sus últimos años en la judicatura, al por entonces recién graduado Ronald Myles Dworkin para ser su asistente. Luego de emplearlo por cerca de un año, escribió las siguientes palabras al magistrado Frankfurter, de la Corte Suprema de Justicia: “Dworkin es el asistente que supera a todos los asistentes” (*the law clerk to beat all law clerks*)¹.

Un poco antes, una impresión parecida tuvo de él H.L.A. Hart, el reconocido titular de la cátedra de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford, cuando fue llamado para revisar uno de los exámenes finales de Dworkin. Su impresión sobre las capacidades intelectuales del estudiante fue tan profunda, que guardó el examen y citó de él algunos extractos cuando, años después, Dworkin se incorporó como sucesor de Hart en esa universidad. En esa sucesión, tuvo mucho que ver el propio Hart, quien para entonces sabía que el joven profesor era su más acérrimo crítico.

Educado en Harvard y Oxford, Dworkin comenzó su carrera académica en la Universidad de Yale para luego convertirse en profesor de Oxford

* Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Central de Venezuela. Abogado UCV 2000. LL.M. Columbia 2003.

1 LITPAK, Adam. “The Transcendent Lawyer”, *The Law School, NYU*, Autumn: 12-23. 2005. Todas las referencias biográficas las he tomado de este artículo.

por muchísimos años hasta su retiro. Fue también profesor de University College de Londres y por muchos años, hasta su muerte, en la Universidad de Nueva York. Guido Calabresi, el profesor de Yale y fundador del movimiento de análisis económico del derecho, dijo de él que era el filósofo del derecho más importante de su generación.

Sin embargo, no todo el mundo académico tenía la misma opinión del profesor Dworkin. A lo largo de su larga carrera, suscitó varios e importantísimos debates en el campo de la filosofía del derecho y del derecho constitucional. De esos debates sus ideas quedaron reforzadas unas veces, otras veces debilitadas. Fue acusado de superficial, oscuro y en no pocas ocasiones de construir grandes argumentos que, al final del día, no modificaban mucho la discusión a pesar de la grandilocuencia con que eran expuestos. Sin embargo sus teorías e ideas han dejado, quien puede dudarlo, una huella indeleble en la historia de la filosofía del derecho. La presente semblanza pretende dar cuenta, aunque muy superficial, de la producción intelectual de Dworkin, quien falleció en febrero de 2013 a los 82 años de edad.

I. LOS DEBATES Y LAS ESCUELAS DE PENSAMIENTO JURÍDICO

A pesar de que muchos críticos le endilgaban ser tributario de las cuestionables ideas de Lon Fuller, pocos conocen que escribió una mordaz crítica a su principal obra, *La Moralidad del Derecho*, probablemente más devastadora que las críticas hechas por el propio Hart cuando protagonizó un famoso debate con aquel autor.² Eso haría pensar que Dworkin estaría más cercano al pensamiento positivista que al iusnaturalista, a la que sin duda pertenecía Fuller. Pero esa apreciación sería equivocada por numerosas razones que, espero, serán evidentes en esta semblanza.

Hay que admitir que Dworkin no contribuyó al esclarecimiento de este punto. En *Natural Law Revisited*³, el autor se define como “naturalista” (*rectius*, iusnaturalista) pero bajo una concepción que dista mucho de la que tradicionalmente se ha dado a ese término. En ese ensayo, el adjetivo describe un tipo de jurisprudencia que prefigura las ideas Dworkinianas de

2 Este debate fue plasmado en HART, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71: 593-624. 1958; FULLER, Lon. “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71: 630-672. 1958.

3 “Natural Law Revisited”. *University of Florida Law Review*, 34: 165-188. 1981-1982.

derecho como integridad. Más adelante, en *Law's Empire*⁴, Dworkin atacaría al iusnaturalismo como una criticable teoría semántica del derecho.

La discusión sobre su ubicación dentro de las escuelas de pensamiento jurídico no ha terminado. Albert Calsamiglia, por ejemplo, parece ubicarlo dentro del “postpositivismo”⁵ y muchos autores simplemente lo catalogan de iusnaturalista, pues Dworkin nunca ocultó su convicción de que el derecho es un departamento de la moral. Para otros, Dworkin fue simplemente un exponente de un positivismo suave o “inclusivo” o del positivismo “positivo”⁶.

De los debates protagonizados por Dworkin, quizá el más famoso es el que sostuvo con Hart, pero también los tuvo y muy enconados con el profesor Robert Bork, con el juez Richard Posner, y hasta cierto punto también con Joseph Raz, su colega de Oxford.

Contra Bork escribió ponzoñosos ensayos en el *New York Review of Books*, cuando la administración Reagan lo postuló como candidato a una silla en la Corte Suprema de Justicia. Si bien el candidato era controversial desde un principio, se identifica a Dworkin como una de las voces más influyentes en la derrota de esa nominación. Bork se vio de alguna manera obligado a retractarse en una de sus posiciones más controversiales (sobre si la constitución consagraba o no el derecho a la privacidad), lo cual destruyó su credibilidad y con ello su nominación⁷.

Con el juez Richard Posner sostuvo un interesantísimo debate sobre el aspecto normativo del análisis económico del derecho. Leer los artículos de ese debate es una de las experiencias intelectuales más interesantes que puede tener el interesado en temas de derecho y economía⁸.

4 Cambridge: Harvard University Press. 1986 (Edición castellana de C. Ferrari, *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa. 1988). En mi criterio, esta traducción es bastante deficiente y no es fiel al texto original, comenzando por el título mismo de la obra, pues el vocablo “Law” en muy pocos contextos puede traducirse como Justicia. En este, claramente, la traducción era inadecuada, pues como veremos más adelante, Dworkin aboga por la integridad como virtud del derecho (“law”) que debe gobernar las decisiones judiciales en muchas ocasiones en perjuicio de la justicia (“justice”).

5 CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”, *DOXA*: 21-I, 209-220, 212. 1998. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOXA21_12.pdf. Sin embargo, en su “Ensayo sobre Dworkin” que encabeza la edición castellana de *Los Derechos en Serio*, lo calificó de “neoiusnaturalista”. Ver *Los Derechos en Serio* (Edición castellana de Marta Gustavino). Barcelona: Ariel. 1984.

6 COLEMAN, Jules. “Negative and Positive Positivism”, en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, (Marshall Cohen Ed.). New Jersey: Rowan & Allanheld. 1984, pp. 28-48.

7 “The Bork Nomination”, *The New York Review of Books*, August 13, 1987.

8 “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies*, 9, No. 2: 191-226. 1980; POSNER, Richard, “The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman”. *The Journal of Legal Studies*, 9, No. 2: 243-

Pero es el llamado debate con Hart el que de alguna manera definió la carrera de Dworkin. Sus críticas, expresadas fundamentalmente en una serie de ensayos publicados a finales de los años '60 y principios de los años '70, iban directamente por la yugular del positivismo jurídico, expresado en la versión canónica de Hart, en su famosísimo y brillante libro, *El Concepto de Derecho*⁹. En los ensayos *The Model of Rules*¹⁰ y *Social Rules and Legal Theory*,¹¹ Dworkin atacaba las premisas medulares de Hart, especialmente la doctrina de la discreción judicial y la idea de que todos los estándares jurídicos podían ser identificados de acuerdo con una regla maestra o regla de reconocimiento, generando una especie de terremoto en el mundo de la filosofía del derecho.

Se requería de cierto coraje para atacar de manera tan directa las ideas de Hart, cuya obra, para entonces, era vista como universalmente válida tanto en el mundo anglosajón como en el de derecho continental, donde el positivismo de Kelsen era más conocido y popular. Cuando se publica *The Model of Rules*, apenas habían pasado 7 años desde la publicación de *El Concepto del Derecho*¹².

Varios críticos opinan que Dworkin en realidad nunca rebatió las ideas de Hart, sino que construyó una teoría paralela que podía perfectamente convivir con la del inglés. Si la teoría de Hart era descriptiva y general, la de Dworkin era evaluativa y particular. Hart sostuvo con vehemencia, en el *Postscript* incluido en la segunda edición de *El Concepto de Derecho*, que en realidad el objeto de sus disquisiciones era distinto, y que por lo tanto, la teoría de Dworkin erraba el blanco¹³. Con la misma vehemencia, Dworkin sostuvo lo contrario. El debate entre ellos ha envejecido muy bien, pues sigue siendo una pregunta abierta cual de los dos autores tuvo la razón, con kilómetros de páginas escritas a propósito de ese debate.

252. 1980; "Dworkin's Critique of Wealth Maximization", en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, (Marshall Cohen Ed.). New Jersey: Rowan & Allanheld. 1984, pp. 238-243.

9 HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963 (Traducción de Genaro Carrió).

10 "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review*, 35, No. 1: 14-46. 1967. Habría que decir con justeza que el primer ensayo atacando al positivismo jurídico es "Judicial Discretion". *The Journal of Philosophy*, 60. No. 21: pp. 624-638. 1963.

11 "Social Rules and Legal Theory". *The Yale Law Journal*, 81, No. 5: 855-890. 1972.

12 Sin embargo buena parte de las ideas vertidas en ese libro (especialmente la llamada tesis de la separabilidad) ya habían sido vertidas en ensayos publicados por Hart, especialmente con ocasión de su debate con Fuller citado *supra* nota 2.

13 La edición castellana del *Postscript* puede hallarse en *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Estudio Preliminar de César Bonilla. Bogotá: Siglo de Hombre Editores-Universidad de los Andes. 1997, p.89.

II. OBRA

La obra de Dworkin es sumamente extensa. Los temas tocados van desde la discrecionalidad judicial, pasando por la naturaleza del derecho, hasta ensayos sobre la eutanasia, el aborto, y el derecho a la igualdad. Un juicio apresurado podría indicar que se trató de una actividad académica algo desordenada, cuando en realidad toda su obra refleja una sorprendente unidad. Cada artículo o ensayo encaja perfectamente en el rompecabezas general. No digo con esto que toda su obra sea perfectamente coherente. Sostengo simplemente que cada obra forma parte de una unidad mayor y que hay entre sus escritos vínculos lógicos y axiológicos que pretenden encajar en un sistema amplio de ideas.

En esta semblanza no puedo dar cuenta exhaustiva de toda la obra de Dworkin, y al final haré una breve referencia bibliográfica a algunas de obras más importantes. Por lo pronto, en este apartado simplemente quiero hacer un ejercicio analítico de clasificación de su obra desde el punto de vista temático. Así, me parece que lo más correcto es clasificarla de acuerdo con el énfasis que el autor da a una u otra idea, pues cronológicamente hablando resulta imposible identificar etapas con límites precisos. Atendiendo al desarrollo específico de ciertas ideas, creo que puede clasificarse su obra de la siguiente manera.

Un grupo de obras responde a la siguiente unidad de propósito: atacar al positivismo y al pragmatismo como teorías jurídicas y al utilitarismo como teoría de moralidad política. Esta etapa se inaugura con la publicación de *The Model of Rules* y continúa con la publicación, en los años 70 y 80, de una serie de ensayos compilados en dos obras, *Taking Rights Seriously*¹⁴ y *A Matter of Principle*.¹⁵ Un propósito central en las obras de este grupo es la construcción de una teoría fuerte de los derechos basada en la idea general de igualdad de trato y consideración.

Un segundo grupo de obras tiene como objeto la construcción de una teoría de la igualdad. Varios ensayos incluidos en *Taking Rights Seriously* y *A Matter of Principle* contienen el germen de la teoría de la igualdad defendida por Dworkin, pero cuatro ensayos contienen la expresión más acabada de esta teoría: *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*¹⁶ y

14 Cambridge: Harvard University Press. 1978 (Edición castellana de Marta Gustavino. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel. 1984)

15 Cambridge: Harvard University Press. 1985

16 "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare". *Philosophy & Public Affairs*, 10, No. 3: 185-246. 1981.

*What is Equality? Part 2: Equality of Resources*¹⁷, *What is Equality? Part 3: The Place of Liberty*,¹⁸ y *What is Equality? Part 4: Political Equality*¹⁹, recopilados, conjuntamente con otros ensayos sobre igualdad, en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*.²⁰ Sin embargo, hay que aclarar que la teoría de la igualdad de Dworkin está inextricablemente conectada con la teoría de los derechos y, por vía de consecuencia, con su concepción general del derecho. De ahí que ensayos tempranos de los años 70 contuvieran importantes desarrollos sobre la teoría de la igualdad²¹.

Un tercer grupo de obras se dedican al desarrollo de la teoría del derecho como práctica interpretativa. Es en estas obras donde se desarrolla la idea del derecho como integridad y como práctica interpretativa cuya expresión más acabada se encuentra en *Law's Empire*, pero cuenta con antecedentes en *Political Judges and the Rule of Law*²², *The Forum of Principle*²³ y *Law as Interpretation*,²⁴ todos reproducidos en *A Matter of Principle*.

Un cuarto grupo de obras se concentra en la defensa de una teoría de la interpretación constitucional y la aplicación de esa teoría. A este grupo pertenecen *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*²⁵, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*²⁶.

La obra más tardía de Dworkin refleja una preocupación mayor por la teoría ética y la unidad del valor en contra del pluralismo ético. Corresponden a este grupo de obras sus dos últimos libros *Justice for Hedgehogs*²⁷ y *Religion Without God*,²⁸ este último aun sin publicar a la fecha de la redacción de esta semblanza pero cuyo primer capítulo ha sido publicado

17 "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy & Public Affairs*, 10, No. 4: 283-345. 1981.

18 "What is Equality? Part 3: The Place of Liberty". *Iowa Law Review*, 73: 1-54. 1987.

19 "What is Equality? Part 4: Political Equality". *University of San Francisco Law Review*, 22: 1-30. 1988.

20 Cambridge. Harvard University Press. 2000.

21 Especialmente en *Taking Rights Seriously*. Al papel que juega la igualdad en esa formulación de los derechos H.L.A. Hart hizo una penetrante crítica reflejada en HART, H.L.A. "Between Utility and Rights". *Columbia Law Review*, 29, No. 5: 828-846. 1979; La crítica fue respondida por Dworkin en "Is There a Right to Pornography?". *Oxford Journal of Legal Studies*, 1. No. 2: 177-212. 1981.

22 "Political Judges and the Rule of Law". *Proceedings of the British Academy*, 64: 259-287. 1978.

23 "The Forum of Principle". *New York University Law Review*, 56, 469. 1981).

24 "Law as Interpretation." *Critical Inquiry*, 9. No. 1: 179-200. 1982.

25 Cambridge. Harvard University Press. 1996.

26 New York: Knopf. 1993.

27 Cambridge: Belknap Press. 2011.

28 Cambridge: Harvard University Press. 2013.

parcialmente en *The New York Review of Books*²⁹, A este grupo de obras pertenece también un ensayo fundamental sobre teoría ética titulado *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*³⁰ sobre la objetividad de los juicios evaluativos en general, en donde expande ideas ya expuestas en el capítulo 7 de *A Matter of Principle*.

III. EL MODELO DE LAS NORMAS Y EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS

Dworkin propone desde sus primeros ensayos atacando al positivismo jurídico, abandonar lo que llama el “modelo de las normas”. En los ya identificados *The Model of Rules* y *Social Norms and Legal Theory*, Dworkin emprende una lucha contra el positivismo jurídico en general, aun cuando toma como la expresión canónica del mismo a la obra *El Concepto del Derecho* de H.L.A. Hart.

Dworkin cuestiona que el derecho esté compuesto exclusivamente por reglas cuya validez es identificable de acuerdo con lo que él llama el *pedigree*, que, en su criterio, es el modelo defendido por Hart³¹. Además de las reglas, existen otros estándares normativos relevantes: los principios. Las reglas, argumenta Dworkin, responden a un esquema de todo o nada. O bien son aplicables a un caso o bien no lo son. Los hechos relevantes exigen la aplicación de una regla o la rechazan. En contraste, los principios se comportan de manera distinta pues poseen una dimensión de peso que permite argumentar en un sentido o en otro, pero no responden al esquema binario de las reglas. Los principios poseen una dimensión justificatoria o explicativa de las reglas. Reflejan su sentido, propósito o *quid* (*point* es la palabra empleada por Dworkin) de las reglas.

De acuerdo con el recuento de Dworkin, el positivismo de Hart pretende describir sistemas jurídicos avanzados como sistemas compuestos exclusivamente por reglas, en donde otros estándares normativos no tienen cabida. Dworkin tenía razones para insistir en esa descripción, pues es conocida la idea de Hart según la cual los sistemas jurídicos avanzados nacen de la unión de lo que él llama reglas primarias, que imponen obligaciones y re-

29 April 4, 2013, Volume 60, Number 6.

30 “Objectivity and Truth: You'd Better Believe It”. *Philosophy and Public Affairs*, 25, No. 2: 87-139.1996.

31 Dworkin no menciona a Kelsen en estos ensayos y las referencias a este autor son muy escasas en la obra de Dworkin. Creo que puede asumirse que gran parte de las críticas a Hart son extrapolables a la obra de Kelsen también.

glas secundarias, subdivididas en reglas de cambio, reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento³².

En criterio de Dworkin, es una afirmación equivocada que todo el derecho sea identificable de acuerdo con una regla maestra o por su *pedigree*. El positivismo es incapaz de dar cuenta del papel que juegan los principios jurídicos en el derecho y especialmente del papel que juegan en las decisiones judiciales, pues esos principios, cuya presencia e importancia en la práctica jurídica juzga innegable, no pueden ser identificados de acuerdo con regla maestra alguna. De acuerdo con Dworkin, ese papel es fundamental en la solución de los casos difíciles e incluso argumenta que su papel no se reduce a tales casos. Argumenta además que los principios proveen al menos en parte su poder vinculante a las reglas.

Dworkin opina que Hart comete un error irreversible al discutir el valor normativo de la costumbre jurídica. En este punto, Hart contradice a Austin, para quien la costumbre no puede tener carácter jurídico sino hasta que es sancionada como tal por los jueces. De modo que las normas previas a la decisión judicial podrán recibir el nombre de costumbre pero no el de costumbre *jurídica*. Es una consecuencia necesaria de la concepción del positivismo de Austin según el cual el derecho está compuesto de mandatos emanados de un soberano, respaldados por amenazas. Puesto que la costumbre no emana de ningún soberano identificable, no puede tener carácter jurídico antes de que un órgano soberano le de a tal costumbre un *imprimatur* oficial.

Hart encuentra inadmisibles esta exposición y considera que no hay nada que impida considerar que las costumbres poseen carácter jurídico antes de su reconocimiento o descubrimiento por parte de los jueces. La regla de reconocimiento, dice Hart, puede considerar que la costumbre cuente como derecho. Dworkin sostiene que hay allí una confesión por parte de Hart de la fatuidad de la regla de reconocimiento. Si el valor de la costumbre depende de ser considerada como *legalmente* vinculante por parte de las personas involucradas en la práctica, es evidente que el papel de la regla de reconocimiento disminuye considerablemente, pues su contenido se restringiría a re-establecer que es legalmente obligatorio lo que es considerado como legalmente obligatorio por la comunidad. Hay una circularidad intrínseca en la idea de la regla de reconocimiento, de modo que no serviría para otorgar carácter obligatorio a la costumbre jurídica.

32 HART, H. L.A., *op. cit.*, *supra* nota 9. p. 117.

Esto representa un problema para la teoría de Hart, pues le impide otorgar un valor universal a la regla de reconocimiento. Habría una porción importante (al menos en los sistemas del *common law*) de reglas que escaparían a su dominio. Ahora bien, es posible que las reglas consuetudinarias sean una parte ínfima y en algunos casos prácticamente nula de los ordenamientos modernos, pero el problema va un poco más allá, pues impide a Hart incluir a los principios jurídicos bajo el manto de la costumbre. En otras palabras, la movida natural de Hart para acomodar a los principios jurídicos dentro de su esquema de reglas era dar a tales principios el mismo status que posee la costumbre: su valor jurídico radica en que son “aceptados” por la comunidad. Esa estrategia aumentaría el daño de la objeción de Dworkin pues una parte, esta vez mucho más importante de los ordenamientos, serían jurídicamente válidos por su aceptación y no porque así lo hubiese indicado una regla maestra³³.

Si a eso se agrega, dice Dworkin, que el valor y la aplicabilidad de las normas depende en gran medida del valor de los principios jurídicos, entonces resulta que el poder de la regla maestra se disminuye severamente. Dworkin sostiene que los principios jurídicos son una realidad de la práctica jurídica que el positivismo no puede ignorar. Ellos juegan un papel importante en la decisión de casos rutinarios pero también, y especialmente, en la decisión de casos difíciles.

Por ejemplo, la doctrina del *stare decisis* como la doctrina de la supremacía parlamentaria, son doctrinas que obligan al juez a seguir los precedentes judiciales y a aplicar las últimas decisiones del parlamento por encima de decisiones anteriores o de cualquier precedente judicial, pero ninguna de ellas, sostiene Dworkin, están escritas en ninguna regla ni se comportan como tales. Ambas doctrinas obligan al juez, de modo que el poder de las reglas legales (tanto las judiciales como las legislativas) dependen del poder de tales doctrinas. Ahora bien, esas doctrinas, argumenta el autor, son principios jurídicos que cumplen, por lo tanto, no una simple función intersticial en el derecho sino una medular y básica.

Puesto que los principios juegan un papel axiológico determinante en las decisiones judiciales, Dworkin sostiene que los jueces no poseen discrecionalidad al decidir casos difíciles, contradiciendo uno de los axiomas medulares del positivismo. Para Hart (y para Austin, Kelsen, etc.) cuando

33 Nótese que Dworkin escribe esto mucho antes de la publicación de la segunda edición de *El Concepto de Derecho*, cuyo *Postscript* da cuenta del status de los principios en la teoría de Hart.

los jueces enfrentan una situación de incertidumbre normativa, la misma es resuelta, de una u otra manera, mediante el ejercicio de la discrecionalidad, de acuerdo con la cual, cualquier decisión adoptada es jurídicamente equivalente.

Si los principios jurídicos son prevalentes en la práctica, entonces la discrecionalidad es insostenible, porque ante el silencio de las normas (o ante su indeterminación, vaguedad, etc.) corresponde a los principios jugar un papel que, como estándares vinculantes, obligan al juez a considerarlos en su decisión, con lo cual desaparece la discrecionalidad. De aquí el germen de la tesis de la única respuesta correcta, a la que me referiré más adelante.

Pero la caracterización hecha por Dworkin sobre el positivismo de Hart y el papel dado a los principios produjo una discusión académica acalorada. Dworkin fue acusado de describir incorrectamente la teoría de Hart y que en suma, sus ideas no hacían más que reflejar una cierta imprecisión por parte de Hart, más no una omisión insalvable. El propio Hart, en el *Postscript* a *El Concepto de Derecho*, felicita a Dworkin por llamar la atención sobre el papel de los principios en el razonamiento jurídico, pero solo admite que la palabra “reglas” por él empleada en toda su obra, simplemente debe ser ligeramente modificada o ampliada para incluir en él diversos tipos de estándares y no solo reglas en el sentido descrito por Dworkin. Además, Hart y otros acusan a Dworkin de construir una imagen del positivismo de Hart que no se corresponde con lo realmente escrito y defendido por este profesor³⁴.

Dworkin insistió en diversas ocasiones que su descripción del positivismo de Hart fue correcto. Sin embargo, en un ensayo tardío, construye una crítica adicional y nueva al positivismo de Hart, que no depende de tal descripción. En *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*³⁵ Dworkin sostiene que el positivismo de Hart es una expresión del método de filosofía “arquimideana”, que puede hallarse en numerosos filósofos morales. Según Dworkin, Hart, al intentar una empresa descriptiva y general del fenómeno jurídico, pretende anclar sus juicios en un punto

34 HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press (Second Edition, 1994); RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 81, No. 5: 823-854. 1972.

35 “Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, No. 1: 1-37. 2004. Reproducido con otro título en *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press. 2008. En este ensayo Dworkin menciona que ha escrito otro en el que refuta punto por punto al *Postscript* pero que tal ensayo no había sido publicado para la fecha. El autor no ha podido hallar este manuscrito que, según el propio Dworkin, circulaba entre los estudiantes de la escuela de derecho de la Universidad de Nueva York.

exterior e inamovible (de allí la referencia a Arquímedes). Esa empresa, sostiene Dworkin, es equivocada. Cuando Hart hace juicios sobre el fenómeno jurídico, emplea elementos valorativos que lo ubican “dentro” de la práctica que pretende describir. De modo que toda la empresa de Hart se basa en una premisa falsa y no es más que una interpretación de varias posibles sobre la legalidad.

IV. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD Y LA HIPÓTESIS ESTÉTICA

La hipótesis estética es una de las ideas más interesantes de este autor y trataré de resumirla sin hacerle injusticia. La hipótesis juega un papel central en la teoría de la interpretación de Dworkin, pero sobre todo en la teoría de la naturaleza de la práctica jurídica, que este autor insiste en calificar como práctica interpretativa.

En el ensayo *Law as Interpretation*, el autor sostiene la idea de que la práctica jurídica se beneficiaría de la práctica interpretativa en esferas de creación estética como la literatura, la pintura y la música. En este ensayo, Dworkin argumenta, creo que por primera vez, que la práctica jurídica es una práctica que no es ni descriptiva enteramente (como sostiene la versión vernácula del positivismo jurídico), ni evaluativa enteramente (como sostendrían la mayor parte de las ramas del iusnaturalismo). La práctica, sostiene, es *interpretativa* y en ella se conjugan tanto elementos descriptivos como evaluativos. Así, supone que la práctica jurídica guarda un sorprendente paralelismo con la crítica literaria, pues el abogado, el juez, el legislador, deben interpretar los datos jurídicos de manera similar a como lo hace un crítico literario cuando evalúa una obra o la obra general de un autor.

De allí nace la llamada hipótesis estética. Dworkin sostiene que el intérprete de una obra literaria debe interpretarla de tal modo que revele una lectura que haga de la misma la mejor obra que la obra puede ser. Interpretarla de manera tal que refleje sus mejores virtudes, su mayor potencial como obra. Ahora bien, el ejercicio de interpretación debe ser sensible (si en efecto se trata de la interpretación de una obra de arte en particular), a la coherencia y a la integridad de la misma. No respeta la coherencia y la integridad una interpretación de ignore porciones importantes de una obra o ignore las tensiones que puedan haber en el texto. En ese caso, la interpretación no es la interpretación de la obra sino la interpretación de una porción de la misma, lo cual vulnera la integridad en el ejercicio crítico.

Este elemento de integridad juega un papel importante pues evita que la interpretación sea un ejercicio de creación libre por parte del intérprete. El crítico literario que pretende brindar la lectura correcta de Doña Bárbara, por ejemplo, no puede dejar de lado o ignorar el pasado turbulento de la protagonista que Gallegos describe, para interpretar el papel que juega ese personaje en el significado general de la obra. Dejar ese pasado de lado implica lacerar el texto para la conveniencia del intérprete, que ya no interpreta la obra sino lo que él desea que la obra fuese. La creación en la labor interpretativa, por lo tanto, está constreñida por la obra interpretada.

Para ilustrar con mayor precisión su teoría Dworkin imagina un ejercicio en que se encomienda a un grupo de novelistas la tarea de escribir una novela en cadena, o dicho de otro modo, una novela en la que cada uno de ellos es responsable por una porción de la misma. Así, cada novelista debe tomar la obra en el punto en que fue abandonada por el novelista que le precedió y escribir una nueva porción de la novela. De acuerdo con este ejercicio imaginativo, el primer novelista de la cadena tiene un lienzo en blanco y debe comenzar a escribir la novela que le ha sido encargada al grupo. Este primer novelista encuentra menos limitaciones que las que encontrarán sus sucesores, pero no posee una libertad absoluta. Debe escribir una porción de una novela, no toda la novela ni un cuento corto ni un poema.

Los novelistas restantes enfrentan una situación distinta, pero en muchos puntos similar. En primer lugar deben entender que su tarea es contribuir a la construcción de *una novela* y no la de construir una isla en la cadena de escritores. En otras palabras cada escritor entiende que la porción por él escrita forma parte de una empresa mayor con un sentido de la unidad. El papel de cada novelista consiste en hacer de la práctica previa que le toca continuar, lo mejor que puede ser y en virtud de ello construir el nuevo capítulo que le ha sido encomendado. Se trata de una obligación estética porque el novelista está comprometido con la construcción de la mejor novela posible en las circunstancias que enfrenta. Su obligación le impide hacer de la novela un cubrecamas de retazos. Su tarea consiste en que su porción de la novela pueda ser interpretada como parte de un todo de modo tal que se trata de una sola novela y no de varias pequeñas historias sin relación alguna.

Dworkin sostiene que el papel de los jueces y de los legisladores es similar a la de los novelistas ficticios de su metáfora. Un juez se encuentra ante un caso, con la historia a cuestas de una práctica legal que ha sido interpretada

de una determinada manera y que está obligado a interpretar honrando esa práctica y al mismo tiempo, haciendo de ella lo mejor que puede ser. Para ello, Dworkin argumenta que el juez debe interpretar la práctica de acuerdo con un criterio de coherencia global, es decir, asumiendo que la práctica que interpreta es la obra de un mismo autor. De ahí nace la idea de la Integridad, que es una apelación a la coherencia del sistema y de la práctica sobre la base de que debe interpretarse como si hubiese emanado de un solo autor. Tanto el legislador como el juez, argumenta Dworkin, están obligados a interpretar al derecho como integridad haciendo de él un sistema que responda a la coherencia.

Más tarde, en *Law's Empire* la teoría de la interpretación encuentra una forma más madura y se articula de forma más depurada con la teoría del derecho como integridad. En la interpretación, sostiene, tienen lugar tres etapas o tiempos: la primera fase, llamada pre-interpretativa, consiste en la identificación del material bruto a analizar. El equivalente en la crítica literaria sería la identificación de una novela por encima de otra, para ser interpretada. La segunda, llamada interpretativa, el intérprete ensaya una teoría de justificación del material identificado en la fase anterior. Para ello debe encontrar los principios que brinden la mejor explicación justificatoria del material bruto. La tercera fase, post-interpretativa o reformadora, en la que el intérprete ajusta sus conclusiones sobre lo que la práctica interpretada realmente requiere, de acuerdo con el sentido o *quid* de la justificación.

En la interpretación, el intérprete debe procurar descubrir el propósito del objeto interpretado y esa es una tarea creativa que distingue a la interpretación legal de la mera interpretación conversacional. En la interpretación legal, la intención provee de un elemento vocacional para el material a ser interpretado. Pero no se trata del dato crudo de la intención del legislador. Dworkin observa la dificultad o imposibilidad de recuperar tal intención, e incluso sostiene que si tal cosa fuere posible (y a veces es posible de manera aunque sea parcial), la “recuperación” de tal intención es en realidad un ejercicio constructivo, en donde el intérprete atribuye al objeto interpretado un propósito, de acuerdo con la mejor interpretación posible de los datos proporcionados en la investigación de la intención. En otras palabras, toda investigación sobre la intención impone un ejercicio interpretativo inagotable (¿qué quiso decirse acá? ¿Es ésta o aquélla afirmación el producto de un convencimiento de buena fe por parte de los legisladores, o el producto de una negociación entre facciones políticas?). La interpretación

constructiva exige la recuperación del material bruto a interpretar y, a partir de allí, construir un propósito para tal legislación.

En este punto viene a cuento la virtud de la integridad como virtud distintiva de la práctica jurídica (la virtud soberana en la mayor parte de los casos), conjuntamente con las virtudes de la justicia, la equidad y el debido proceso³⁶. La integridad es la virtud que permite explicar mejor la práctica jurídica por encima de la justicia y de la equidad³⁷. La Justicia, sostiene Dworkin, es un asunto de resultados, de productos que coinciden con una idea crítica sobre la distribución de bienes. La equidad, es un asunto de distribución de poder político en la comunidad.

La integridad es la virtud que explica por qué las comunidades se oponen a las leyes “salomónicas”, que emplean estrategias de “tablero de ajedrez” (“*checkerboard strategies*”). Por ejemplo, una ley que prohíbe el aborto a las mujeres que han nacido en años pares, pero se lo permite a las mujeres que han nacido en años impares, puede ser defendida tanto bajo el criterio de la justicia como bajo el criterio de la equidad. Pero la integridad se opone a este tipo de leyes, sostiene Dworkin, pues rechaza un criterio arbitrario de discriminación que no puede ser atribuido a un mismo autor que hable con una sola voz.

Tanto la equidad como la justicia juegan un papel en la práctica jurídica pero su papel es más restringido de lo que comúnmente se piensa. La integridad es la virtud que permite explicar por qué razón es correcto que los jueces en ocasiones lleguen a conclusiones que son consideradas injustas pero que sin embargo responden a una idea de coherencia del sistema. Igualmente, la integridad exige el respeto por la equidad pero ese respeto es limitado si la equidad implica separarse de la mejor lectura posible de la práctica jurídica.

Ahora bien, en ese proceso, el derecho como integridad exige dar adecuada atención a dos dimensiones presentes en la práctica jurídica: (i) la dimensión de concordancia (*fit*), de acuerdo con la cual la decisión del caso concreto debe guardar suficiente fidelidad con los precedentes, aun cuando aquéllos no hablen con voz única para la solución de este; y (ii), la

36 Dworkin sostiene en varios lugares de *Law's Empire* que la integridad es la virtud soberana en la decisión de los casos controvertidos y rutinarios, pero entiende que en ocasiones debe declinar a favor de la justicia o la equidad. Resulta curioso que decidiera titular *Sovereign Virtue* (Virtud Soberana) al libro de estudios sobre la igualdad que publicara en el año 2000.

37 A falta de una mejor, empleo la palabra “equidad” para traducir la inglesa “fairness”. La equivalencia no es exacta y admito que me genera alguna incomodidad.

dimensión de justificación, de acuerdo con la cual la interpretación debe producir la mejor justificación posible de la práctica.

Para ello (y esto entronca con la doctrina de la única respuesta correcta), el juez debe tomar nota de los principios que brindan justificación a la práctica. En esa tarea de identificación de principios, debe dar “prioridad local”, lo cual supone que debe acudir a los principios típicamente empleados en el área del derecho en donde convencionalmente se ubica la disputa de que se trate (derecho penal, civil, administrativo, constitucional, etc). En caso de que tal área no brinde una respuesta satisfactoria, el juez debe iniciar un proceso de abstracción o “ascensión justificatoria”, en donde busca y aplica principios que abarquen porciones cada vez más amplias de la disciplina, hasta que se llega a la totalidad del ordenamiento de que se trate. Así, un juez que debe decidir un caso de derecho comercial debe buscar los principios de derecho comercial que mejor justifiquen la práctica. Sin embargo, en caso de que agotados los principios justificatorios del derecho comercial la duda sobre cómo decidir la controversia persista, es posible que el juez ubique en el derecho civil algún principio que ayude a la solución del asunto, asumiendo que el derecho civil es una rama que engloba al comercial. Si tal proceso es infructuoso, el juez debe abrir su campo exploratorio, ascendiendo escalones analíticos hasta ubicar algún principio que brinde justificación general a la práctica.

V. LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Un corolario de la negación de la discrecionalidad judicial y del papel que juegan los principios en el razonamiento jurídico es la tesis de la única respuesta correcta. La tesis es expuesta en varios ensayos, pero su elaboración más acabada puede hallarse en *Is there Really no Right Answer in Hard Cases?* reproducido como capítulo 5 de *A Matter of Principle*.

En este ensayo Dworkin elabora la idea de los conceptos dispositivos, cuya naturaleza es que admiten únicamente dos alternativas en relación con la verdad o falsedad, lo cual da pie a construir lo que él llama la “tesis de la bivalencia” de acuerdo con la cual, en todo caso, o bien la afirmación de que un determinado caso cae dentro del concepto dispositivo es verdadera, o bien su negación es verdadera. Así, Dworkin se plantea que los conceptos legales son típicamente dispositivos en este sentido. Por ejemplo, los abogados asumen que un intercambio de promesas o bien constituye un contrato, o bien no lo constituye. No hay, por lo tanto, una tercera posi-

bilidad. De acuerdo con ello, si un juicio se instaura en donde el juez deba fallar en relación con la validez de un intercambio de promesas como un contrato, su tarea consiste en determinar cuál de las dos partes tiene razón con carácter previo, pues o bien el intercambio constituyó un contrato, o bien no lo constituyó.

La tesis se construye empleando un análisis lógico de las proposiciones legales y de su interpretación. En su criterio, los conceptos legales que constituyen la médula de las decisiones judiciales son de este tipo, conceptos dispositivos que únicamente admiten su afirmación o su negación y que por lo tanto no hay una tercera posibilidad. Años más tarde, agregaría a estas ideas, tanto en *Law's Empire* como en *Objectivity and Truth*, que en las discusiones legales y morales altamente controversiales debe distinguirse entre indeterminación e incertidumbre. Los conceptos dispositivos son susceptibles de que en torno a ellos exista incertidumbre pero no indeterminación. Ahora bien, la incertidumbre forma parte de la realidad de los conceptos morales altamente controversiales. Sin embargo, el carácter controversial de un concepto no debe ser el refugio de la discrecionalidad pues aún en el más controversial de los conceptos, el juez cuenta con principios jurídicos que le brindarían justificación a su decisión (de allí que no haya indeterminación).

Esta idea trajo no pocos problemas a Dworkin. Con frecuencia fue ridiculizado y atacado vehementemente por sostenerla. La idea básica con la que Dworkin probablemente trató de despachar las críticas a su tesis de la única respuesta correcta, consistía en revelar la contradicción interna de la posición sostenida por sus críticos. En criterio de Dworkin, quienes ridiculizaron su idea de la única respuesta correcta parten ellos mismos de una idea que defienden como mejor a todas las demás. Por ejemplo, los críticos de su tesis, según él, normalmente se refugian en la observación de que es imposible probar, en una discusión sobre un asunto controvertido, cual de las posturas rivales es correcta y cual es incorrecta, al menos cuando se trata de posiciones rivales medianamente razonables. Llamemos a esa postura la tesis de la controvertibilidad. Pero asumir esa tesis es asumir que la tesis de la no-controvertibilidad es incorrecta. En otras palabras, quienes asumen la tesis de la controvertibilidad asumen también que esa es la tesis correcta y que las tesis contrarias no lo son. Por lo tanto, la tesis de la controvertibilidad es inherentemente contradictoria, pues desprecia a quienes sostienen que hay una respuesta correcta y funda ese desprecio sobre la base de sostener que hay una tesis que es correcta (la tesis de la controvertibilidad)

y que las demás son incorrectas. Al hacerlo, le da la razón, sin saberlo, a la tesis de la única respuesta correcta.

VI. LA TESIS DE LOS DERECHOS Y SU FUNDAMENTACIÓN

Dworkin argumentó durante toda su carrera académica en contra de las mayorías políticas como dato suficiente para la justificación de los derechos. En *Los Derechos en Serio*, se trazó la tarea de construir una teoría de los derechos que contrarrestara el poder argumentativo y moral del utilitarismo. Más adelante, su crítica se dirigiría en contra del pragmatismo como postura fundamentalmente insincera en relación con los derechos.

La llamada tesis de los derechos ocupa un lugar central en el sistema dworkiniano, pues forma parte esencial de la crítica al positivismo jurídico y a la tesis de la discrecionalidad. Ya he comentado más arriba que Dworkin emprendió una frontal oposición en contra de la teoría de la discrecionalidad judicial. Una corolario de ese ataque figura en la teoría de la única respuesta correcta, que también hemos explorado. La tesis de los derechos se emparenta con estas ideas pues forma parte del arsenal de argumentos en contra de la discrecionalidad.

Si los jueces deben decidir los casos difíciles de manera discrecional, eso supone que aplicarían retroactivamente sus decisiones, pues partirían de la base de que el derecho es creado en esa oportunidad y que por lo tanto ninguna de las partes tendría razón y en consecuencia no tendría derecho a obtener una decisión a su favor. Dworkin sostiene que esa es una trivialización de la práctica jurídica y de la idea común que posee el público sobre los derechos. Si los derechos han de ser tomados seriamente, eso supone que los jueces tienen la tarea de encontrar la fuente de los derechos que previamente tienen las partes que someten una controversia a su conocimiento, mas no crear *ad hoc* el derecho que debe aplicar en una situación de incertidumbre.

Esta es una idea que es aplicable en general a todos los derechos sea cual fuere su jerarquía. Ahora bien, Dworkin emprendió también la tarea de encontrar una justificación de los derechos contra el Estado o la sociedad, es decir, de los derechos comúnmente llamados constitucionales o, en algunas jurisdicciones, derechos fundamentales. En relación con este tema puede apreciarse en Dworkin una evolución y cambio que algunos han interpretado como muestra de inconsistencia y otros como el desarrollo de

diversas facetas de una sola teoría unificadora³⁸. En un primer momento, el objetivo central de Dworkin es construir una teoría fuerte de los derechos de acuerdo con la cual, puede decirse que un individuo tiene un derecho cuando la protección del mismo es considerada valiosa, incluso en detrimento del bienestar general. Esta postura ha sido llamada “teoría de los intereses protegidos”. En esto, pretendía atacar la fundamentación central del utilitarismo de acuerdo con la cual la virtud de una decisión política depende de cuanto satisfaga a tal interés general.

De acuerdo con ello, Dworkin pretende corregir el razonamiento central del utilitarismo o construir una teoría *antiutilitarista* de los derechos. Para ello propone la llamada teoría de las “preferencias-filtradas” como fundamentación de los derechos³⁹. Dworkin sugiere que el utilitarismo crudo permite una suerte de cálculo doble de las preferencias de los individuos, cuando se calculan de manera independiente sus preferencias en contra de ciertos estilos de vida o de cierta clase de personas, violando con ello un valor central del utilitarismo según el cual cada quien cuenta como uno y nadie más que uno.

Llama “externas” a este tipo de preferencias por oposición a las “internas”, para referirse a las preferencias que las personas ocasionalmente tienen sobre el destino y estilo de vida de otras personas. Así, si un grupo posee un desagrado especial en contra de una determinada clase de personas y en virtud de ello la legislatura vota, por ejemplo, a favor de la eliminación de beneficios para esa clase, se estaría vertiendo en el cálculo general de utilidad no solo las preferencias internas de las personas que apoyan esa legislación sino también las preferencias externas. En esa operación, se incurriría en un error de cálculo que corrompe el proceso político utilitarista. Los derechos, por lo tanto, se centrarían en evitar ese tipo de corrupción en ese cálculo. De allí la conocida idea de los derechos como triunfos ante el estado o las sociedades.

La fundamentación de los derechos sobre la base de la distinción de las preferencias externas/preferencias internas resultó bastante mal recibida y fue objeto de una incisiva crítica de H.L.A. Hart, quien argumentó que

38 YOWELL, Paul. “A Critical Examination of Dworkin’s Theory of Rights”. *American Journal of Jurisprudence*, 52: 93-137. 2007; PILDES, Richard, “Why Rights are not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms and Constitutionalism”. *The Journal of Legal Studies*, 27, No. 2: 725-763. 1998; En contra, ver. WALDRON, Jeremy, “Pildes on Dworkin’s Theory of Rights”. *The Journal of Legal Studies*, 29, No. 1: 301-307. 2000.

39 YOWELL, Paul. *Idem*: 93, 99 y ss.

la distinción resultaba artificiosa y que de hecho no contemplar las preferencias externas de las personas resultaba no en un sobre-cálculo de las preferencias sino en un sub-cálculo de las mismas. Además, Hart observó que la preocupación central de Dworkin no era en realidad el cálculo de las preferencias sino la sustancia y los motivos de las legislaciones, que consideraba inadmisibles en un proceso democrático⁴⁰.

La crítica de Hart provocó una respuesta de Dworkin en donde admitió su error en la exposición de sus ideas (admitió lo inadecuado de la distinción entre preferencias externas e internas), aun cuando no dio la razón de fondo a Hart. Indicó que la distinción entre preferencias externas e internas pretendía resumir el argumento, no construirlo. La nueva exposición de la teoría de las preferencias filtradas dio origen a lo que se ha dado en llamar la teoría de las fuentes o fundamentos prohibidos, de acuerdo con la cual el legislador, en su cálculo utilitario, no puede incluir en su argumentación de una determinada ley consideraciones que eliminen o disminuyan la consideración de cada persona como merecedora de igual trato y consideración. Así, la legislación que ilustre a una determinada porción de la población como inherentemente inferior, o a algún estilo de vida como esencialmente inadmisibles, vulneran el derecho a igual trato. Los derechos, por lo tanto, son ejercidos en contra de las reglas adoptadas por las legislaturas en un proceso gobernado por principios utilitaristas.

Esta descripción de los derechos, incluso en su versión corregida, hace vulnerable a la teoría de Dworkin de restringir su utilidad a las democracias de corte occidental, en donde existen procedimientos justificados en alguna forma de utilitarismo. Esta crítica fue aceptada de buena gana por el propio Dworkin, quien dijo pretender construir una teoría de los derechos en contra de las justificaciones colectivas. En ese sentido, la teoría de Dworkin no es adecuada para fundamentar los derechos en una tiranía unipersonal. Dworkin sostuvo que la construcción de una teoría de los derechos fundada en la idea de la protección de intereses eternos derivados de la naturaleza humana no podía ser defendida. Hasta donde sé, las razones por las cuales consideró que tal defensa era inadecuada no llegó a publicarlas, aunque es razonable suponer que tales razones tuvieran algo que ver con la aversión liberal (adoptada por Dworkin) a la misteriosa metafísica de entidades externas al hombre que darían nacimiento a, o que constituirían, tales derechos.

40 HART, H.L.A. "Between Utility and Rights". *Columbia Law Review*, 79, No. 5: 840-846.1979.

Más adelante, Dworkin elaboraría una teoría más amplia de los derechos, asumiendo una distinción entre derechos humanos y derechos políticos. Ambos, argumenta, están basados en dos principios que considera axiomáticos: el primero es el “principio del valor intrínseco de la vida humana” de acuerdo con el cual la vida humana puede ser exitosa o fracasada; y el segundo es el “principio de responsabilidad” que de alguna manera califica al primero e implica que cada individuo es responsable por la realización de su propia vida.

Este desarrollo parece conceder la objeción hecha por Hart de acuerdo con la cual la teoría de los derechos de Dworkin era contingente a los sistemas que justificasen sus acciones bajo el aparato teórico del utilitarismo y que su verdadera preocupación fue desde un principio la protección de ciertos intereses sustantivos. El nuevo desarrollo de Dworkin va en la dirección de la defensa de los derechos, sin importar la justificación en la que se fundamenten las acciones que los violenten.

VII. LIBERALISMO IGUALITARISTA

Los ensayos sobre la teoría de la igualdad y el libro *Sovereign Virtue* intentan desarrollar una teoría de la justicia distributiva que pueda figurar como una interpretación plausible (como la mejor interpretación, de hecho) del derecho a la igualdad de trato y consideración. La teoría es altamente compleja y difícil de resumir en esta semblanza. Consiste, *grosso modo*, en lo siguiente:

Una idea central en el desarrollo de la teoría de la igualdad de Dworkin es que, a diferencia de lo que ha sostenido el liberalismo tradicional, el libertarismo y las teorías colectivistas, la igualdad y la libertad no son ideales incompatibles. La igualdad, sostiene Dworkin, es la virtud soberana de una comunidad política, pero esa virtud únicamente tiene sentido en la medida en que la libertad es un supuesto, pues la igualdad no puede ejercerse (no puede siquiera concebirse), sin que los individuos gocen de un grupo de libertades que permitan el desarrollo de sus planes de vida. Exploremos las dos concepciones de igualdad que Dworkin estudia.

Dworkin distingue dos nociones importantes para analizar la igualdad. Nos indica que tratar a los individuos “igualmente” (*equally*) en relación con algún tipo de bien o recurso, no es lo mismo que tratarlos “como iguales” (*as equals*). Antes de producir su propia teoría de la igualdad, Dworkin explora algunas teorías ya existentes. La primera teoría de igualdad explorada es la concepción de la igualdad como “igualdad de bienestar”

según la cual para que un estado trate a sus ciudadanos como iguales, debe distribuir bienes hasta el punto en que sea imposible que cualquier transferencia futura aumente la igualdad de bienestar de los ciudadanos. Bajo la igualdad de bienestar, tratar a los individuos como iguales se acerca a tratarlos igualmente.

La igualdad de bienestar, como concepción del derecho a la igualdad de trato, termina siendo desechada por Dworkin por considerarla altamente implausible. Resulta imposible distribuir los recursos de una comunidad de forma tal que satisfaga las preferencias de diverso orden que poseen los individuos, de modo que su bienestar se iguale en un escenario de escasez de recursos y disparidad en los gustos.

La concepción de igualdad finalmente defendida por Dworkin es la de igualdad de recursos. Para justificar esta teoría altamente abstracta e idealizada (lo que llama el *ideal-ideal world*), Dworkin crea una situación hipotética que servirá de puente para el análisis de lo que ocurre en la realidad (*the real-real world*), con el objeto de producir una teoría practicable de la igualdad, que enfrente tanto la escasez de recursos como las limitaciones de información (lo que el llama *the ideal-real world*).

En la situación hipotética imaginada por Dworkin la igualdad de recursos se obtiene mediante una subasta entre personas que se hallan en una isla desierta y poseen todos una cantidad equivalente de poder monetario para acceder a diversas porciones de los recursos escasos de la isla. La distribución inicial respetaría la igualdad de trato en la medida en que tal distribución pase el “test de la envidia”, según el cual a cada participante deben parecerle aceptables las condiciones de la subasta y las porciones sometidas a subasta.

Es importante destacar que para Dworkin, sin embargo, la igualdad de recursos convive con la existencia de un mercado en que tales recursos son sometidos a los intercambios entre los participantes de acuerdo con sus propias decisiones. No obstante, la distribución debe ser corregida para proteger a los participantes en las diferencias que no son imputables a sus propias decisiones sino a la suerte bruta. De modo que las desigualdades producto de diferencias de talento o por accidentes, por no ser responsabilidad de los individuos, deben ser compensadas de alguna manera por el estado. Para ello Dworkin imagina la creación de un mercado de seguros (en donde los impuestos son las primas para la cobertura del riesgo) en el cual los ciudadanos participarían para ser protegidos contra los efectos generadores de desigualdad que resulten de la suerte bruta.

La idea de la igualdad de recursos de Dworkin tiene la particularidad de que conjuga la idea de igualdad con las disparidades típicas de los mercados, pues no considera que tales disparidades puedan ser entendidas como violaciones al principio de igualdad de trato, si la igualdad de recursos inicial ha sido respetada.

Otra particularidad, que ya hemos comentado, es la de conjugar de forma simbiótica la concepción de igualdad con la de libertad y no como ideales contrapuestos. La libertad, argumenta Dworkin, es un supuesto de la igualdad, pues los individuos que participen en la subasta deben suponer una base de libertades que permitan el empleo de las porciones de recursos por las que han subastado. En otras partes, el valor que dan a su porción en la subasta es una función de las acciones que pueden emprender con tales recursos, y ese valor se mide en términos de costo de oportunidad, una métrica que únicamente tiene sentido en la medida en que existen diversas oportunidades de acción (es decir, de decidir sus planes de vida) disponibles para cada participante de la comunidad.

La igualdad de recursos de Dworkin es sensible a la responsabilidad de cada individuo en sus decisiones de modo que las desigualdades en la distribución de recursos que sean producto de sus decisiones, no constituyen desigualdad en el trato y son perfectamente compatibles con una sociedad comprometida con el igualitarismo. No obstante, una sociedad verdaderamente igualitaria también debe ser sensible a las desigualdades en la distribución de recursos, que son el producto de la suerte bruta en la distribución de talentos y oportunidades.

VIII. LA DEMOCRACIA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Dworkin fue un vehemente defensor de la práctica del control de la constitucionalidad de las leyes. Esta práctica ha estado sometida a numerosas y sesudas críticas tanto desde la izquierda como de la derecha políticas. La crítica más conocida proviene del libro *Democracy and Distrust*⁴¹ de J.H. Ely, que fundado en una teoría procesal de la democracia, sostiene que el papel de la Corte Suprema de Justicia debe restringirse a vigilar que el proceso democrático se desenvuelva de manera sana, pero que no debe

41 ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press. 1980. (Hay edición castellana *Democracia y Desconfianza: Una Teoría del Control Constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. 1997.)

sustituir con sus propios juicios valorativos los de las legislaturas, pues al hacerlo, se comete un importante pecado democrático, pues los tribunales carecen de legitimidad democrática.

La obra de Ely suponía el mayor de los cuestionamientos académicos al control de la constitucionalidad de las leyes, pero recogía una preocupación generalizada que por entonces se habría generado en EE.UU., a raíz de la decisión de 1972 sobre el derecho al aborto en el caso *Roe v. Wade*. Si bien la idea de que la Corte Suprema pudiese invalidar decisiones del Congreso no fue cuestionada seriamente, los límites de ese poder y los mecanismos con que debe enfrentarse esa tarea sí lo eran, y el andamiaje teórico de Ely constituyó en gran medida el telón de fondo de todas las discusiones sobre el tema durante los años 80 y 90.

Para contrarrestar esta corriente, Dworkin construye una teoría “constitucional” de la democracia que llamó la concepción “asociativa” de la democracia (*partnership conception*). De acuerdo con esta doctrina, las comunidades pueden comportarse de dos maneras, primero, de forma estadística, lo cual ocurre cuando cada individuo toma decisiones independientes y de forma descoordinada (o no coordinada) con las decisiones de los demás individuos. El segundo tipo de comportamiento es el propiamente comunal, en donde las comunidades llevan a cabo emprendimientos colectivos, que son el producto del comportamiento coordinado de sus integrantes.

En *Freedom's Law*, Dworkin argumenta que el único sentido plausible de democracia puede emplearse cuando las comunidades se gobiernan efectivamente a sí mismas. Ahora bien, ese auto-gobierno únicamente puede predicarse cuando las comunidades se comportan en el segundo sentido de los reportados (el sentido comunal), más no en el primero (estadístico).

De modo que la democracia no es simplemente el producto de la competencia de diversos grupos por el poder, sino el producto de la toma de decisiones colectivas de acuerdo a ciertas reglas. Ahora bien, las reglas que permiten atribuir una determinada decisión a una comunidad son reglas que solamente atribuyen ese comportamiento cuando la comunidad respeta ciertas condiciones. De acuerdo con Dworkin, esas condiciones son las siguientes: La primera es que la comunidad debe permitir una participación igual a todos los miembros de la comunidad en el emprendimiento colectivo; la segunda es que la comunidad debe valorar el destino de cada uno de sus miembros y el impacto que sobre ese destino tiene cada emprendimiento colectivo; la tercera es que la comunidad debe respetar la

independencia moral de sus miembros, es decir, debe tenerlos y respetarlos como agentes morales independientes⁴².

La concepción asociativa de la democracia funde en una las ideas de democracia y derechos constitucionales. La primera no puede ser entendida sin los segundos, de modo tal que el control de la constitucionalidad no atentaría contra la democracia sino que, antes bien, busca garantizar que se trate de una democracia genuina y no de una corrompida. Si alguna de las tres condiciones indicadas por Dworkin es ignorada, sugiere, los tribunales están perfectamente autorizados, y especialmente situados por su aislamiento político, para fiscalizar la salud de la democracia, entendida no como mero proceso sino como un asunto sustantivo.

PALABRAS FINALES

Dworkin fue un académico prolífico y comprometido que no se conformó con la producción de ensayos y publicaciones. Parte central de su teoría ética está compuesta por el llamado “modelo del desafío” de la vida buena. El valor de una vida, indicó, debe medirse de acuerdo con las circunstancias que rodean a cada persona y el desafío que esas circunstancias suponen para él. Ese individuo tiene una responsabilidad de hacer de su vida lo más valiosa que ésta puede ser. Como autor de su vida, cada individuo tiene la responsabilidad de llevar adelante la vida más fructífera que las circunstancias le permitan.

De acuerdo con ese criterio, Dworkin vivió una vida sumamente valiosa. Contribuyó en la mayoría de los debates públicos relevantes de su país y del mundo. Exploró numerosas aristas de la filosofía política y desarrolló dentro de ella una teoría liberal que busca proporcionar una justificación adecuada al estado constitucional moderno. Para ello se trazó un programa ambicioso que le exigía el desarrollo de teorías y de ideas de altísima complejidad teórica. Sin embargo, no rehuyó a ese reto y sostuvo sin complejos ideas que en su momento fueron evidentemente impopulares, y que probablemente siguen siéndolo hoy día.

La calidad de su producción intelectual siempre fue de primer nivel, si bien cabe reprocharle que en no pocas ocasiones sacrificó la claridad expositiva por la originalidad. Algunas de sus páginas son exasperantemente detallistas y se adentran en meandros teóricos que parecen más apropiados para

42 *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1994, p. 24 y ss.

discusiones académicas entre profesores que toman el té, que para obras destinadas a otros académicos o al público en general.

Puede disentirse de Dworkin, e incluso puede disentirse vehementemente, pero su producción generó un giro de tuerca en las discusiones sobre la naturaleza del derecho y numerosos debates de teoría constitucional y política. Puede decirse que Dworkin fue a la filosofía del derecho lo que Rawls fue a la filosofía política y sus ideas tienen mucha relevancia para los desafíos que enfrentan las sociedades contemporáneas, especialmente las latinoamericanas.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Dworkin publicó cerca de 200 artículos entre publicaciones académicas y artículos en revistas, algunos de ellos publicados con diversos títulos en varias oportunidades. Asimismo, muchos de sus artículos publicados de forma independiente fueron posteriormente compilados en algunos de sus libros. La siguiente es una selección bibliográfica de obras y artículos escritos por Dworkin o escritos sobre sus teorías por otros autores (únicamente en dos obras figura como editor).

OBRAS DE DWORKIN

Artículos

- “The Model of Rules.” *The University of Chicago Law Review*. 35, No. 1: 14-46. 1967.
- “Social Rules and Legal Theory.” *The Yale Law Journal*. 81, No. 5: 855-890. 1972.
- “Political Judges and the Rule of Law.” *Proceedings of the British Academy*. 64: 259-287. 1978.
- “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies*. 9, No. 2: 191-226. 1980.
- “The Forum of Principle.” *New York University Law Review*. 56, Nos. 2-3. 1981.
- “Liberal Community”. *California Law Review*. 77, No. 3: 479-504. 1989. (Edición Castellana de Claudia Montilla. *La Comunidad Liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 1996)
- “Natural Law Revisited”. *University of Florida Law Review*. 34: 165–188. 1981-1982.
- “Law as Interpretation”. *Critical Inquiry*. 9, No. 1: 179-200. 1982.
- “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”. *Philosophy and Public Affairs*, 25, No. 2: 87-139. 1996.

Libros

- (Ed) *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. 1977 (Edición castellana de J. Saínz de los Terreros. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980).
- Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 1978 (Edición castellana de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel. 1984)
- A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1985.
- Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press. 1986 (Edición castellana de C. Ferrari, *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa. 1988)
- Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press. 1996.
- Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press. 2000.
- (Ed.) *A Badly Flawed Election: Debating Bush V. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*. New York: New Press. 2002.
- Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press. 2008.
- Is Democracy Possible Here?* New Jersey: Princeton University Press. 2008 (Edición castellana *La Democracia Posible: Principios para un nuevo Debate Político*. Barcelona: Paidós. 2008).
- Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press. 2011.

Religion Without God. Cambridge: Harvard University Press. 2013.

Obras sobre Dworkin

Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence (Marshall Cohen Ed.). Totowa, N.J.: Rowman & Littlefield Publishers. 1984.

Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin (Justine Burley Ed.). Malden, Ma: Wiley-Blackwell. 2004.

Ronald Dworkin (Contemporary Philosophy in Focus). (Arthur Ripstein Ed.) Cambridge: Cambridge University Press. 2007

La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin. Estudio Preliminar de César Rodríguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes. 1997.