¿TOMAR A LA LIGERA EL POSITIVISMO JURIDICO? *

Introducción

El positivismo jurídico no goza de mucho crédito entre los países de habla alemana, debido especialmente a razones normativas. Así, es frecuente oir los argumentos de que favoreció el avance del horror nazi al considerar, por ejemplo, como derecho vigente, las inmorales leyes raciales, obstaculizando con ello la resistencia política a la injusticia nacionalsocialista, ideológica y psicológicamente. Mas, si era un *factum* el que en estos casos se cumplían todos los criterios formales para un derecho debidamente promulgado, ¿cómo había de conseguir algo la negación en sí de este factum, facilitando una crítica moral y política de las leyes nacionalsocialistas? ¿Promete acaso más éxito, o tiene un mayor peso argumental, una crítica que invoca el hecho de que una ley inmoral no puede ser «derecho», que aquella otra que denuncia públicamente el derecho vigente en un Estado, por su inmoralidad? Y ¿no resulta más bien bastante comprensible que fuera precisamente la escasa disposición a perseverar «al modo conservador» en el ordenamiento jurídico positivo existente lo que favoreciera el avance nazi?. Se suele aducir con bastante frecuencia que el positivismo jurídico defiende la tesis de la obligatoriedad moral incondicionada contenida siempre en el derecho social o positivamente vigente. Sin embargo, no es ésto lo que defiende la corriente principal del positivismo jurídico, especialmente el anglosajón, tan poco como la concepción de ciertos teóricos de la llamada jurisprudencia de conceptos de que el derecho sea un sistema perfecto que permite la resolución de cualquer cuestión jurídica mediante deducción puramente lógica. Todas la acusaciones vertidas en las cuestiones anteriormente mencionadas resultan equivocadas en lo ensencial. Y no aciertan, por más que se las repita.

Si Ronald Dworkin se limitara en su colección de ensayos que aquí discutiremos a tales objeciones en contra del positivismo jurídico, más bien fuera de lugar, pero aún populares precisamente en Alemania, no valdría la pena detenerse en él. Pero Dworkin precisamente no procede así. Antes bien, se concentra desde un principio en la versión más potente de la teoría jurídico-positivista, tal como fuera elaborada por H.L.A. Hart en su obra ya clásica «El concepto del derecho» (1973). Dworkin trae a primer plano la cuestión central de la divisibilidad conceptual entre «derecho y moral» (v. en especial Hart 1971, pág. 14 ss.), enlazando al mismo tiempo con los argumentos esgrimidos en contra de los ideales jurídico-políticos centrales que suelen asociar a estas tesis de separación los positivistas jurídicos, explícita o implícitamente. Con este planteamiento avanza de inmediato hacia el meollo de una polémica razonable acerca de la posibilidad y deseabilidad de una concepción jurídico-positivista. Naturalmente, ésto interesa también a dicha polémica en los paises de habla alemana. Mas la argumentación de *Taking Rights Seriously* no resulta fácilmente accesible, en el contexto de la discusión. La aparición de la traducción alemana posibilitó franquear la barrera lingüística. La colección de escritos de Dworkin constituye, no obstante, la reacción

* Comentario al libro de Ronald Dworkin «Taking Rights seriusly» (a raiz de la publicación de la traducción alemana en Suhrkamp, Franfurt 1984).

a una enrevesada situación de la polémica, resultado de una tradición sociológica en el empirismo anglosajón, que viene de muy atrás. Sin el conocimiento de algunos elementos fundamentales en esta tradición, sólo con mucha dificultad se comprenderán precisamente los aspectos sociológicamente relevantes del libro de Dworkin.

Puesto que apenas puede presumirse que el lector de habla alemana, cuanto más el de orientación sociológica, esté familiarizado con esta tradición, procederemos primeramente a situar el escrito de Dworkin dentro del contexto de la teoría del derecho empirista en los países anglosajones, para pasar a continuación a examinar críticamente algunas de las tesis en él expuestas.

1. *Contenidos mínimos del positivismo jurídico.*

Cuando se trata no de una validez ideal, sino de la validez real de las normas, cuando estas no sólo se encuentran sobre el papel o tan sólo expresadas verbalmente, sino que se pretende posean eficacia, es decir *hechos sociales o sociológicos,* entonces se plantea la cuestión de en qué consiste esta eficacia fáctica o validez.

La respuesta tradicional del positivismo jurídico suele venir a considerar las normas como imperativos o mandatos de carácter general, reduciendo la validez normativa a la probabilidad *de facto* de que quienes quebranten la norma se conviertan en objeto de sanción en caso de conducta divergente. Según eso, las normas serían imperativos de carácter general de un superior a su subordinado, dependiendo la validez del imperativo únicamente de la capacidad del superior para llevar a cabo realmente las sanciones con que amenazara. Las normas jurídicas se diferencian según esta concepción de otras como lo son las de la costumbre y de la moral por el hecho de que son impuestas por un «soberano» a quien obedecen los sujetos de derecho por la fuerza de la costumbre, mientras que él mismo goza de un poder jurídico ilimitado no estando sujeto a imperativos o a normas.

Esta teoría imperativa de la norma jurídica es y ha sido defendida por muchos estudiosos del derecho de una u otra forma (v. Austin 1977, Engisch 1975, pág. 21 ss.). También influye en los sociólogos del derecho. Pero éstos tienden —y ello es especialmente válido para la sociologia del derecho en la primera mitad de nuestro siglo— a darle unos matices que desde el punto de vista positivista son marcadamente observables (v. especialmente Geiger 1970). Sólo lo directamente observable aparece como no sospechoso científicamente. Esto conduce a una tendencia a reducir las normas o reglas a meras regularidades de conducta externa. Dentro de la teoría del derecho en sentido más estricto han sido los realistas de derecho americanos y escandinavos quienes han llevado a sus últimos extremos tales concepciones al pretender reducir el enunciado de que una norma jurídica está en vigencia a la predicción de lo que harán los tribunales. Parecía que por fín había alcanzado la teoría del derecho una base sólida de observación, comprensible mediante los recursos de la investigación social empírica. La jurisprudencia se convirtió en cuestión empírica. Predicción y comprobación a partir de la observación directa habrían de garantizar su cientificidad.

Hoy pueden considerarse superadas desde el punto de vista de la teoría de la ciencia las concepciones positivistas que se observan predominantes entre muchos sociólogos hasta la mitad de nuestro siglo.

Piénsese sólo en el problema de los términos teoréticos que se observan como insatisfactorios. Pero también se ha criticado desde un ángulo más directo y de mayor significado jurídico teórico la concepción de que la validez social de las normas se agota a la postre tan sólo en tendencias regulares de conducta. Precisamente en esta crítica reside uno de los méritos fundamentales de la teoría del derecho de Hart. Hart pone el énfasis en el «aspecto intencional» que las normas poseen, una «perspectiva interior», esencial para su función orientadora de la conducta. Los individuos sometidos a normas no sólo poseen la capacidad, según él, de prever qué conducta se espera de ellos, sino que por encima de ello pueden aceptar o rechazar las normas, independientemente de su sancionamiento y validez fáctica, como baremo o criterio de su propia conducta. Según esta teoría no se puede explicar la realidad social sin esta tendencia de los individuos a juzgar las normas desde un «punto de vista interno» y no sólo entendiéndolas como predicciones acerca de cómo sancionarán otros individuos su propia conducta. Según Hart tampoco pueden eliminar este aspecto intensional los esfuerzos reduccionistas. El concepto de norma jurídica no se puede reducir al concepto de fuerza, o más exactamente, de un imperativo impuesto mediante la fuerza coercitiva, ni tampoco al de regularidad empírica en la sanción.

Otro inconveniente decisivo de la teoría de la sanción respecto a la validez normativa se encuentra en el hecho de que sólo conoce las normas jurídicas «primarias», las que obligan directamente a actuaciones concretas. Tales planteamientos no logran tener en cuenta adecuadamente las normas «secundarias», las que tienen por objeto la aplicación de las normas primarias, identificando las normas vinculantes, facultando a un grupo determinado de personas a decidir sobre quebrantamientos de normas y sanciones, o regulando procedimientos para el establecimiento de normas vinculantes. Ello se refiere en especial a las normas que regulan la génesis y transformación de normas. Son éstas las que en primer lugar definen determinadas acciones como relevantes para una norma. Piénsese en las normas para la promulgación de leyes, para la emisión de testamentos, para los nombramientos «jurídicamente vinculantes» —en oposición a los realizados en broma o las usurpaciones—. Estas normas las generan las respectivas instituciones. No sólo indican cuándo existe una amenaza de que la sanción de un acto institucional sea la nulidad, sino que en primerísimo lugar informan sobre cómo ha de efectuarse un acto institucional. Conduce a equívoco hablar aquí de una sanción de nulidad, desdibujando tan sólo las diferencias en favor de una uniformidad aparente. Es pura arbitrariedad reducir todos estos fenómenos a las consecuencias regularmente esperables de una conducta concreta, defraudando el aspecto constitutivo de acción y de significado de estas normas.

Ante este panorama, Hart propone caracterizar el concepto de derecho desde la existencia de las reglas secundarias. La existencia en especial de una regla de reconocimiento posee significación decisiva. Esta regla secundaria permite a la comunidad jurídica identificar «formalmente» en un momento dado el Derecho vinculante. Dworkin formula de

este modo la posición de Hart (Dworkin 1984, pág. 46): El Derecho sería según Hart un conjunto de reglas especiales diferenciables de otras reglas sociales, especialmente morales, mediante criterios especiales, mediante tests «que no tengan relación con su contenido, sino con su origen o el modo en que fueron aceptadas o desarrolladas». El derecho se acerca, según ésto, más a una unidad de reglas primarias y secundarias La unidad la promueve una así llamada regla suprema de conocimiento o reconocimiento. Esta incluye el criterio, aplicable de un modo puramente empírico, que permite identificar todas aquellas reglas y normas que pueden presentarse reivindicando validez jurídica. La regla suprema de reconocimiento en sí misma no posee sin embargo validez jurídica en sentido estricto, sino sólo una validez social, fáctica (v. también Hoerster 1983). Debe al menos ser aceptada desde un punto de vista interno por un grupo relevante de personas dentro de las instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales para que pueda surgir o hacerse eficaz un sistema jurídico. Es tesis central en el positivismo jurídico de corte hartiano, que la regla de reconocimiento permita delimitar conceptualmente el derecho frente a otros órdenes normativos sobre la base de las circunstancias empíricas. Dworkin niega tanto que esto sea deseable en sí mismo como también que sea siquiera posible en relación al concepto hartiano del Derecho.

2. *Deseabilidad de una separación conceptual entre Derecho y moral.*

El mismo Dworkin distingue entre una fundamentación «concurrente» y otra «convencional» de la validez de la norma. Según eso una comunidad muestra una «moral concurrente cuando sus miembros están de acuerdo en afirmar la misma —o más o menos idéntica regla normativa, sin considerar empero el hecho de esta unanimidad como parte fundamental de su motivación para afirmar la regla». La fundamentación sería por el contrario «convencional» cuando se considera la unanimidad como razón. (pág. 102). Ahora bien, afirma Dworkin con razón, el positivista funda el concepto de obligación jurídica sobre una base convencional, y no concurrente. Los criterios para el derecho vigente pueden así referirse a normas codificadas, a decretos de corporaciones determinadas a algún ejercicio de larga tradición en la comunidad jurídica, o a precedentes en los tribunales. Lo fundamental es que con ellos se nombran fuentes de derecho que independizan la cuestión del derecho vigente del juicio inmediato y material de quienes aplican o reciben el derecho, convirtiendo determinados hechos «convencionales» en fundamento de la solución.

Los positivistas jurídicos normalmente no sólo suelen afirmar que los sistemas jurídicos se caracterizan fácticamente por una suspensión de la autonomía de juicio individual en favor de un criterio «convencional» respecto a la vigencia de las normas jurídicas, sino también que existen razones normativas de peso para la aplicación de una regla de reconocimiento jurídica referidas a las convenciones. Tras de ello se oculta la convicción de que en un Estado moderno, y en vista de la divergencia de tendencias en los juicios morales individuales, existe la necesidad de no hacer depender el reconocimiento de ciertas prácticas sociales de la

valoración subjetiva y singularizada de las personas implicadas. Según esta concepción, es de interés para todos los miembros de dicho Estado que la vigencia y la eficacia de ciertas normas y reglas se encuentre vinculada a premisas fácticas prefijadas y que para los destinatarios de la norma exista, al menos en circunstancias normales, una buena razón *prima facie* para aceptar tales normas y reglas, suspendiendo hasta cierto grado su autonomía de juicio individual.

Puede que sea una comprensión moral proveniente de la capacidad autónoma de juicio individual la que lleve a reconocer la utilidad o necesidad de existencia de un orden general. Mas esto conduce, según la concepción jurídico-positivista, precisamente a que se reconozcan ciertas normas como jurídicamente vinculantes por el mero hecho de pertenecer al orden general *de facto* y por ello independientemente de si se aprueban en cuanto a su contenido o bien «materialmente». Esto no excluye de ningún modo que el positivista jurídico pueda finalmente rechazar la observancia de una norma determinada, aun cuando ésta cumpla todos sus criterios para las normas jurídicas de validez positiva. Y esto puede suceder naturalmente, a causa de su convicción moral, conforme a su juicio moral autónomo. Obligación jurídica no es sinónimo de obligación moral. La cuestionabilidad de una acción no se excluye por su preceptualidad jurídica. De otro lado, sin embargo, los positivistas jurídicos se aferran a la necesariedad de comprender de un modo descriptivo las normas y reglas vigentes «positivamente» primeramente como Derecho, en caso de que se pretenda siquiera saber lo que está en juego moralmente ante una situación concreta en que deba tomarse una resolución. Pues el que se haya de actuar en contra de una práctica de posible utilidad general por querer atender a las propias convicciones, resulta también moralmente un punto de vista objetable. Por ello, muchos positivistas jurídicos consideran que en nuestra relación frente al derecho es norma moralmente justificable que debamos distinguir al menos conceptualmente, entre el derecho vigente «convencional» y nuestros ideales morales.

Los iusnaturalistas suelen negar tradicionalmente esta tesis normativa. Su argumento es que el derecho que atenta contra la moral, que se opone a la «moral de derecho natural», ya sólo por esa razón no cumple los criterios a aplicar para permitir clasificar algo como derecho. Sólo si consideran preferible confundir los planos diferenciados de «idealidad» (deber ideal) y «realidad» (ser), pueden aferrarse estos teóricos a la negación de la tesis de la separación, salvo que, sencillamente, hayan sido víctimas de la sugestión conceptual que partiendo del concepto de «injusticia» deduce de lo «normativamente injusto» —en el sentido de «moralmente inaceptable»— la no aplicabilidad del predicado descriptivo «perteneciente al derecho».

Dudamos que tal oscuridad conceptual pueda resultar jamás provechosa —ni siquiera y precisamente no en ese caso, en vista de sistemas jurídicos evidentemente inmorales, como por ejemplo en el nacionalsocialismo—. Incluso ante una confusión conceptual tal existe la necesidad de comprobar siquiera empíricamente a qué acciones moralmente condenables obliga a su manera un orden normativo prevaleciente *de facto*. Debemos tomar en consideración también aquellas partes de los sistemas de reglas sociales que aun siendo en el sentido norma-

tivo «injusticia» (es decir no-derecho según la concepción del derecho natural) reivindican sin embargo fácticamente la juricidad. También el iusnaturalista, por ejemplo, ha de averiguar como juez primeramente cuáles son las normas que componen un sistema jurídico eficaz y existente. Sólo a continuación puede comprobar la posible condenabilidad de las normas así concretadas declarándolas no vinculantes. En cualquier modo habría de arrostrar las consecuencias fácticas, al igual que un juez no orientado hacia el derecho natural. Piénsese tan sólo en lo que hubiera sucédido a un juez que actuando de modo moralmente correcto hubiera rehusado la aplicación de las leyes raciales nazis. Habría sufrido personalmente, y a vuelta de correo, la validez real de las normas en cuestión. Y no habría contribuído en nada en contra de su eficacia social afirmando que lo que con todas las insignias externas del poder jurídico es eficaz en contra suya, no lo debiera ser según sus criterios jurídicos idealizados conceptualmente.

3. *Los argumentos de Dworkin contra la posibilidad de distinción entre derecho y moral.*

Aún concediendo a los positivistas del derecho que su postura al desear una distinción conceptual entre derecho y moral es normativamente correcta, se puede afirmar a continuación que este deseo es irrealizable. Exactamente esto es lo que intenta Dworkin. Parte de que en los modernos y «complicados» sistemas jurídicos «no es posible a fin de cuentas distinguir entre criterios morales y jurídicos, mientras que el positivismo insiste en tal distinción». (pág. 91) Según Dworkin el problema del derecho vigente no es una cuestión fáctica, sino «en el fondo» una «cuestión de principios morales» (pág. 30), puesto que «la verdad de un enunciado acerca de derechos jurídicos puede consistir en un hecho moral concreto» (pág. 562). La tesis positivista «de que los derechos jurídicos y los derechos morales son conceptualmente distintos es en consecuencia falsa». (pág. 522).

3.1. *Una Objeción.*

Dworkin niega la tesis de que se pueda caracterizar el rol motivacional de las normas jurídicas mediante una suspensión de la autonomía de juicio individual. Especialmente ataca el concepto de regla de reconocimiento que según la concepción jurídico-positivista establece un criterio empírico o formal para el deber jurídico en lugar de la valoración material subjetiva. Si quienes aplican el derecho se sienten ligados a determinados principios jurídicos no es, desde el punto de vista de Dworkin, «porque los haya promulgado una institución competente» o porque sea tradicional en jueces y tribunales su aplicación regular. El «origen de estos principios como principios jurídicos no reside en una determinada resolución por parte de una asamblea legislativa o un tribunal, sino en un sentimiento de su conveniencia que han desarrollado a lo largo de los tiempos el estamento jurídico profesional y la opinión pública. La influencia continuada de los principios depende de que se mantenga este

sentimiento de conveniencia» (pág. 82). Pero si la valoración interna de determinados principios experimenta alguna transformación, considerándose a éstos «*unfair*», «entonces estos principios ya no intervendrán mayormente en los nuevos casos, aún cuando no fueran desechados o abrogados» (pág. 82).

Una interpretación extremista podría atribuir aquí a Dworkin la concepción de que quien aplica el derecho es motivado al fin y al cabo por su juicio moral individual acerca del valor de un principio a utilizar en sus resoluciones. Según ello la vigencia del principio resultaría ser independiente del criterio de los demás para quien cada vez aplica el derecho singular. Precisamente no se deja conducir «convencionalmente» por el hecho de que una práctica determinada exista ya como hecho institucional, sino que insiste en su autonomía de juicio singular, en su propio «sentido de la conveniencia».

No resulta difícil comprender que esta concepción extrema no es la de Dworkin, aún cuando la lectura de algunas formulaciones determinadas de este autor pudiera sugerirlo. Supongamos que hago caso omiso de las indicaciones que me hace un guardia de tráfico de despejar una zona peligrosa, ya que tengo la convicción por motivos morales de que ello lesionaría mi derecho a elegir libremente el lugar en que me encuentre. ¿Qué argumentos podría esgrimir el policía en contra mía? En caso de no conseguir sea suspendida de modo convencional la autonomía de juicio individual sólo le resta el intento de influenciar mi sentido de la conveniencia sin referirse a hechos institucionales. Pero no podría aducir que fueran razones morales las que al menos *prima facie* obligan a seguir las indicaciones de los guardias de tráfico (puesto que, por ejemplo, sólo así se logra regular los problemas del tráfico masivo en interés de todos), ya que éstos (los guardias) están facultados para dar instrucciones en ese ámbito correspondiente. Pues en ese mismo momento me estaría proponiendo un criterio «formal» para un deber jurídico, independiente de mi sentimiento de conveniencia respecto de sus instrucciones concretas. Aduciría razones morales para la razonabilidad de aceptar una regla de reconocimiento para las normas jurídicas vinculantes, suspendiendo parcialmente la autonomía de juicio particular frente a otras formas.

Evidentemente es difícil, si no imposible, imaginar un sistema jurídico en el que el concepto de deber jurídico permanezca ligado sin limitación alguna a la autonomía de juicio particular de los destinatarios de las normas, indetificándose totalmente con el concepto de deber moral autónomo. No debería reconocerse ningún tipo de reglas secundarias o principios para la identificación y transformación de normas jurídicas. ¿Qué función podrían entonces tener instituciones jurídicas con competencias delimitadas y reglas sobre competencias? ¿No resultarían innecesarias o bién inútiles? Pues, o bien las valoraciones morales resultarían ser tan uniformes en los miembros de esta sociedad que de cualquier modo siempre llegarían a los mismos juicios y resoluciones, o bien mostrarían diferencias, y entonces no se podría recurrir en situaciones conflictivas a instituciones especiales tales como los tribunales o algún legislador, pues ello

significaría que habría de subordinarse al menos parcialmente la autonomía moral a una regla de reconocimiento.

3.2. *Objeciones en contra de la regla de reconocimiento.*

En oposición a las posturas extremas anteriormente descritas, Dworkin parte del hecho de que los sistemas jurídicos modernos poseen instituciones estables definiendo roles profesionales muy específicos para los distintos miembros del estamento jurídico. Constata igualmente que los jueces no administran justicia solamente en base a intuiciones morales momentáneas sin considerar los precedentes o las normas promulgadas al respecto por el legislador. En la cuestión de la vinculación jurídica del juez avanza incluso varios pasos por delante del positivismo jurídico al dudar que existan siquiera circunstancias en las que el derecho permita al juez una (considerable) discrecionalidad en el sentido de independencia de criterios y principios jurídicos (v. pág. 68 ss.). No obstante, cree poder mantener su crítica a una concepción positivista de la regla de reconocimiento para la identificación empírica del derecho positivo vigente. ¿Cómo sin embargo puede negar Dworkin la existencia de tal regla sin tener que negar a su vez ciertos rasgos característicos de los sistemas jurídicos, cayendo en la situación extrema antes descrita?.

3.2.1. *La regla de reconocimiento es excesivamente indiferenciada.*

Un primer argumento posible podría afirmar que el concepto de regla de conocimiento es excesivamente sencillo e indiferenciado para analizar y aplicar el complejo proceso de identificación del derecho vigente en una sociedad. Y de hecho hay que conceder que la expresión positivista de una regla de reconocimiento puede conducir a confusión. Sugiere asociaciones como la siguiente: «¡Si quieres saber lo que en una circunstancia concreta es el derecho vigente, consulta los textos legales!» Dworkin sugiere tal interpretación al afirmar que el «concepto central» del positivismo jurídico es la representación de una «fórmula» o un «texto único fundamental» o que el positivismo jurídico defiende la concepción de que es «característica de un sistema jurídico el que un determinado procedimiento de examen más o menos mecánico proporcione las condiciones necesarias y suficientes para la verdad de los enunciados sobre qué sea el derecho» (pág. 553).

La concepción jurídico-positivista de regla de reconocimiento no debe sin embargo compararse a un procedimiento mecánico de examen, que pudiera informar sin problema alguno a cualquier miembro de una comunidad jurídica, y en todo momento, acerca del derecho vigente en dicho momento. La concepción en el positivista jurídico de que el derecho se caracteriza por una unidad específica de reglas primarias y secundarias no se vería refutada ni desprovista de sentido incluso dentro de una comunidad jurídica en la que quienes están facultados para aplicar el derecho re-

solvieran sus casos según su propia naturaleza, sin referencia alguna a una regla de reconocimiento. Antes bien, interpretaría esta situación de modo que dentro de esta comunidad jurídica quedara limitado el ámbito de aplicación de la regla de reconocimiento a las «normas de competencia» que dictan quién pueda en dicha sociedad formular declaraciones jurídicas vinculantes respecto de casos particulares. Los enunciados jurídicos promulgados de este modo por los gremios competentes pueden entonces igualmente ser identificados como derecho vigente. El positivista consideraría sin embargo que la situación jurídica de los jueces en una sociedad así se caracteriza por no poseer obligación jurídica alguna de llegar a determinados juicios particulares en cuanto a «contenido», no estableciéndose ni siquiera si están obligados a aplicar criterios morales. Empíricamente puede resultar altamente improbable que jamás existiera o pueda existir una sociedad tal. En todo caso, no representaría conceptualmente ningún tipo de problema para el positivismo jurídico de impronta hartiana.

En cuanto a la función fundamentadora de la regla de reconocimiento, la idea de que tan sólo puede entenderse tal función como test mecánico se encontraría en franca oposición con la práctica social de la jurisprudencia. Imaginemos por ejemplo un juez que haya de decidir sobre el derecho de alguien a colocar un puesto de propaganda política en la zona peatonal de una ciudad. A fin de llegar aquí a una resolución fundamentada ha de reunir gran cantidad de premisas normativas y empíricas, las cuales a su vez pueden situarle ante diversos problemas de fundamentación. Quizá deba reflexionar sobre el concepto de «vía peatonal urbana» sopesando el alcance de la exigencia de «seguridad y facilidad en el tráfico». Dependerá de la relación entre anchura de la vía, densidad peatonal y tamaño del puesto propagandístico, del peso general del derecho a la libre expresión de opinión y de la consideración del principio de proporcionalidad. Quizá tenga también que decidir el juez hasta qué punto resulta moralmente aceptable el contenido propagandístico o que tal vez pudiera ofender a otras personas. Ningún positivista jurídico supondría que el juez pudiera contentarse con una breve «fórmula» o un «test único» para llegar a una resolución jurídicamente fundamentada. Antes bien, el juez se ve enfrentado a la tarea de examinar el conjunto de premisas normativas que pudieran servir de fundamento a su resolución, respecto de su obligatoriedad jurídica. Esta tarea a su vez puede situarle en el caso de alguna premisa particular ante grandes y exigentes problemas (para un análisis detallado de los elementos y estructura en las fundamentaciones de las resoluciones jurídicas v. Koch/RüBmann 1982, pág. 14 ss. de quienes tomamos también el ejemplo).

La cuestión del papel que juega una regla de reconocimiento cuando un tribunal deba resover un caso, permite, pues, respuestas diferentes de la mera disyuntiva. Antes bien, resulta a priori precisamente imposible que el juez pueda obtener «de golpe» todas las premisas necesarias para una resolución fundamentada me-

diante un test único o una simple fórmula. El único interrogante razonable posible en este contexto es, por tanto, en qué partes de su fundamentación, en qué premisas y bases de resolución pueda referirse a una regla de reconocimiento tal y en cuáles no. El positivismo jurídico consecuentemente no afirma respecto de la función fundamentadora de la regla de reconocimiento que ésta permita identificar *todos* los aspectos normativamente relevante para la resolución ni tampoco que los aspectos así obtenidos determinen unívocamente una resolución, más sí insiste en la existencia de al menos algunos aspectos relevantes para la resolución, identificables por una regla de reconocimiento, posiblemente muy compleja. Estos aspectos poseen entonces un peso jurídico positivo en sentido estricto e idéntica obligatoriedad.

3.2.2. *La regla de reconocimiento es irrelevante:*

Aún cuando Dworkin siguiera con su argumentación anterior, considerando imposible la existencia de una regla de reconocimento no ya sólo por razones de excesiva sencillez o escasa diferenciación, podría todavía afirmar que los argumentos convencionales juegan *de facto* un papel tan poco importante en la fundamentación de las resoluciones judiciales, que no se corre ningún riesgo al descuidarlos. Realmente en ese caso, una adecuada teoría del derecho no podría situar su punto de partida en la función central de los argumentos convencionales. Pero observando los análisis detallados que el mismo Dworkin realiza de los dictámenes judiciales se observa enseguida que no defiende en modo alguno el parecer de que los jueces resuelvan las cuestiones jurídicas principalmente sólo sobre la base de sus posturas morales autónomas. El mismo insiste varias veces en que los argumentos convencionales pueden tener parte importante en la fundamentación de las resoluciones jurídicas, es decir, la respuesta al interrogante de los derechos que una persona posee en un caso concreto: «Naturalmente presentaríamos todos los casos anteriores en los que fue aducido un principio o intervino en la fundamentación, en caso de que se nos exigiera apoyar nuestra tesis de que un principio concreto sea un principio jurídico. Además mencionaríamos todo precepto recogido en el derecho escrito que pareciera ser ejemplificación del principio (siendo preferible que el principio fuera mencionado en el preámbulo al precepto legal o en los informes de comisión u otros documentos legislativos que lo acompañen). De no lograr encontrar un apoyo institucional de este tipo, seguramente no lograríamos defender nuestra tesis, y cuanto mayor apoyo encontráramos mayor peso podríamos reclamar para ese principio» (pág. 82 ss.). Es evidente que la presentación de «casos anteriores» o los «preceptos del derecho escrito» son argumentos *convencionales* para la vigencia de un principio jurídico, que fundamentan su vigencia recurriendo a hechos determinados y no remitiendo a su contenido material. Un «apoyo institucional» de ese tipo es claramente diferenciable de un «apoyo» o justificación del

principio mediante un argumento autónomo o juicio de valor subjetivo, de quien haya de aplicar el Derecho en el caso correspondiente. El que Dworkin conceda (y tenga que conceder) tal autonomía en los argumentos convencionales se observa especialmente cuando parte de la posibilidad de conflicto entre fundamentaciones convencionales y autónomas. Tal conflicto podrá surgir por ejemplo cuando un juez, llevado de sus juicios de valor morales, individuales, llegara a la convicción de que una «determinada línea de precedentes» es injusta por «negarse a hacer valer un derecho político ciudadano como derecho jurídico». A pesar de ello habría de considerar el juez en sus fundamentaciones jurídicas propias las resoluciones por él desechadas admitiendo «que en su argumento se ve influenciado por estos precedentes» (pág. 157). «Sus propias convicciones políticas... deben ceder pues son irreconciliables con las tradiciones populares que han conformado el derecho penal» (pág. 214). Aquí pues Dworkin no sólo presume que el juez, sobre la base de argumentos convencionales, identifica los precedentes por él desestimados como derecho vigente. También pone énfasis en que el juez también ahora debe considerar en sus propias resoluciones este «derecho vigente», es decir, también ahora deberá suspender su juicio moral autónomo.

Si Dworkin parte del hecho de que existen casos «claros» en los cuales está claramente establecido el derecho institucional por el material jurídico existente, como una ley escrita, «entrando inequívocamente en conflicto con derechos de trasfondo moral» (pág. 522) de modo que algún «derecho jurídico se encuentre en franca oposición a cualquier posible trasfondo de la moral política» y a pesar de esta contradicción «son válidos... por un acto de autoridad institucional» (pág. 562, v. también págs. 188 y 199), entonces habrá de conceder a los argumentos convencionales no sólo un lugar especial respecto a cuestiones de vigencia jurídica, sino también considerarlos suficientes, al menos en alguna circunstancia, para decidir «qué es derecho» (y esto será aún más cierto cuando el juicio de valor individual del juez coincida con el resultado de su argumentación convencional). Y uno se pregunta cómo pretende Dworkin siquiera describir el posible conflicto entre argumentos convencionales y autónomos si al mismo timepo afirma que no es posible diferenciar conceptualmente derechos jurídicos y derechos morales (pág. 522). Más según la concepción de Dworkin es evidente que el juez típico sí está capacitado para ello: «Reconoce pues que los preceptos legales poseen la capacidad general de crear y anular derechos jurídicos y que los jueces tienen el deber general de observar resoluciones anteriores de su tribunal y de los tribunales superiores, cuyos fundamentos, como dicen los juristas, tienen aplicación en el caso presentado ante el tribunal» (pág. 182).

Tras todo ello apenas puede Dworkin aferrarse a la tesis de que los motivos de resolución identificados por una regla de reconocimiento sólo raras veces resultan relevantes para la práctica jurídica. La lógica de sus propios argumentos más bien conduce al re-

sultado contrario. Surge así el interrogante de si Dworkin no estará apuntando con sus ataques a la regla de reconocimiento hacia un blanco harto distinto.

3.2.3. *La propia regla de reconocimiento es de naturaleza moral:*

Ahora bien, algunos de los argumentos de Dworkin se podrían entender de modo que, aun admitiendo la utilización jurídica de argumentos convencionales en la fundamentación de las resoluciones judiciales, niega al mismo tiempo que éstos limiten la autonomía de juicio moral del juez. Expresándolo en términos algo simples parecería efectuar las siguientes consideraciones: Si se cree, impulsado por una valoración moral subjetiva, que debería hacerse depender la vigencia de una norma de hechos convencionales, no se trata entonces de un argumento convencional sino de la expresión de un juicio moral autónomo. Esta premisa acertada, la completa Dworkin con la desacertada de que tal fundamentación moral de la observancia de la regla de reconocimiento convierte en morales los motivos mismos que hacía surgir esta regla de reconocimiento (v. por ejemplo pág. 103 y pág. 211 ss.). El hecho de que los jueces, por ejemplo, acepten el criterio convencional según el cual «las resoluciones de un órgano legislativo elegido democráticamente» se han de considerar derecho vigente, basándose en su juicio autónomo y no en un argumento convencional, no cambia para nada el hecho, fundamental para el positivismo jurídico, de que con ello observan una regla de reconocimiento determinando «formalmente» mediante un criterio convencional, un ámbito concreto de sus obligaciones en cuanto a «contenido» «formalmente». Que aplique el criterio por razones morales no le resta carácter convencional. El que alguien observe una regla de reconocimiento de facto ligándose así a un criterio convencional es independiente de la cuestión de los motivos por los que lo haga.

Esta perspectiva resiste a las propias demostraciones de Dworkin respecto de lo contrario. Esto parece evidente cuando Dworkin argumenta que la postura jurídico-positivista no hace justicia en la práctica jurídica al tratamiento de los precedentes.

En primer lugar, dice: «No se puede comprender la fuerza gravitatoria del precedente mediante una teoría que ve en su validez toda la fuerza del precedente en virtud de su promulgación como parte de la legislación». Y sigue a continuación: «La incoveniencia de este acercamiento permite sin embargo otra teoría mejor. Podría explicarse la fuerza gravitatoria del precedente apelando a que es «*fair*» tratar casos iguales de igual modo, en vez de remitirse a la prudencia de las disposiciones que crean validez» (pág. 193). En su opinión el juez comprensivo llegará «a la conclusión de que esta doctrina de «*fairness*» constituye la única explicación adecuada para la práctica total del precedente» (pág. 194). Esta invocación del «*fairness*» no excluiría sin embargo, al contrario de la concepción de Dworkin, que el juez pudiera ser positivista

jurídico y declarar que observa una regla de reconocimiento, esto es, un argumento convencional, al considerar los precedentes. El que sus razones para prestar atención a estos argumentos convencionales sean de orden moral no resta nada al hecho de que siempre que los tome en consideración suspende su autonomía de juicio moral. Quien observara a los jueces que practican de este modo la consideración de los precedentes habría de comprobar que aplican una regla de reconocimiento. Cuáles sean los motivos tiene importancia secundaria. La comprobación sería igualmente válida en caso de que los jueces procedieran así por un oportunismo egoista. En cada caso particular se explicaría su conducta como motivada por la regla de reconocimiento y no por las razones conducentes a aceptar la regla de reconocimiento.

En cualquier caso hay una diferencia considerable, tanto bajo el aspecto filosófico-moral como también bajo el jurídico-teórico, entre que una persona acepte una norma por razones de contenido «materiales» o que la reconozca por la razón «formal» de que fue promulgada por un Parlamento. Es desde luego posible e incluso probable que dicha persona sólo acepte al Parlamento como «fuente de derecho» por considerarlo institución social moralmente justificada. Esta valoración material respecto a la «regla de reconocimiento» utilizada no cambia nada el hecho de que la postura interna frente a cualquier norma promulgada por el Parlamento está motivada precisamente por razones no materiales. Lo cual no excluye naturalmente que dicha norma pueda considerarse aceptable también desde una valoración en cuanto a su «contenido». A largo plazo presumiblemente sólo se reconocerá al Parlamento como legítima fuente de derecho cuando sea posible asumir las leyes por él promulgadas también en cuanto a sus contenidos.

Esta distinta necesariedad de clasificación, dada por el objeto, no puede suprimirse mediante la mera definición según la cual todo reconocimiento de una norma sería reconocimiento por razones morales, pues aún entonces seguirían existiendo motivos que parten de criterios formales acerca del «origen» y otros que se derivan de los criterios materiales «del contenido». Designarlos como morales sin diferenciación alguna no obsta para que objetivamente sean diferentes. Es por ello más razonable, por adecuarse más a las condiciones reales, limitar el concepto de moral y justificación moral a criterios del «contenido».

3.2.4. *La regla del reconocimiento no satisface la función de los principios jurídicos:*

De los argumentos aducidos por Dworkin en contra del concepto de regla de reconocimiento, el de mayor importancia y que mayormente merece ser tomado en serio, consiste en su referencia al lugar que ocupan los principios jurídicos en las resoluciones judiciales. Dworkin argumenta que la teoría del derecho hartiana sólo deja espacio a las reglas. Frente a ello objeta que el derecho

no es caracterizable como tan sólo un conjunto de reglas vigentes. Según su concepción serían también los «principios» elementos constituyentes del derecho, junto a las reglas, vinculantes para un juez. Por ello no podría concebirse el derecho como una unidad de *reglas* primarias y secundarias. Aún pretendiendo defender la tesis, como intentaremos a continuación, de que el positivismo jurídico de corte hartiano puede dar cuenta de la función de los principios, tan significativos en la práctica del derecho, se comprueba que, en general, los positivistas jurídicos atendieron demasiado poco a este aspecto de la realidad jurídica. Haber insistido expresamente en este aspecto es mérito indudable y además muy significativo, de Dworkin. También el positivista jurídico que en modo alguno ve refutada su propia concepción por Dworkin, se verá motivado a completar y desarrollar las concepciones positivistas, cuando no desee incluso asumir la teoría de los principios de Dworkin en sus elementos principales, como ampliación y complemento del positivismo jurídico.

La distinción entre reglas jurídicas y principios jurídicos es para Dworkin «una distinción lógica»: «Igual cantidad de criterios marcan el camino hasta determinadas resoluciones acerca de deberes jurídicos en circunstancias concretas, más se diferencian en la clase de dirección que indican. Las reglas son aplicables en el sentido del todo o nada. Cuando se dan los hechos que una regla establece como condiciones, o bien está vigente —y en ese caso debe aceptarse la solución que proporciona— o bien no está vigente y no aporta nada a la resolución» (pág. 58). Los principios en cambio «no establecen consecuencias jurídicas que aparezcan de modo automático al cumplirse las condiciones establecidas» (pág. 59). Según Dworkin se caracterizan por la posibilidad de entrar en colisión con principios opuestos, sin que por ello se invalide uno de los principios o tuviera que ser cualificado mediante excepciones. Antes bien, debe decidirse en cada caso concreto, bajo las condiciones especiales dadas, el rango de los principios, lo cual tampoco determina definitivamente cuál pueda ser el peso relativo de los posibles principios en otros casos. En ese sentido los principios no comprometen al contrario que las reglas, a quien en el futuro los aplique (v. pág. 60 y ss.). Una vez descubiertos los principios «como especie aparte y distinta de las reglas jurídicas» se los descubre según Dworkin «repentinamente por doquier» (pág. 64): los enseñan profersores de derecho, los aducen los textos sobre el derecho, los celebra la historia del derecho. Sin embargo parecen operar con máxima eficacia en los procesos complicados, y aquí parecen gozar del máximo peso. En estos casos tienen una función primordial dentro de los argumentos que apoyan las sentencias sobre derechos y deberes jurídicos particulares» (pág. 65). Nosotros hemos reconocido ya, también, que con este comentario Dworkin fundamentalmente llama la atención sobre puntos esenciales de la realidad jurídica. En el presente contexto sería ir demasiado lejos el entrar en cuestiones particulares. Hasta qué punto existe una distinción formal real entre reglas y principios o si

la posición sobresaliente atribuída por Dworkin a los principios jurídicos (pues constituyen a sus ojos el «núcleo» de la teoría del derecho, v. pág. 26, 30) sólo es válida para el «Case-Law» americano, lo podemos dejar aquí sin contestar concentrándonos en la cuestión de si la aplicación de los principios en las resoluciones jurídicas, tal como opina Dworkin, puede ser considerada objeción válida en contra de la tesis positivista de la distinción, o no.

El argumento de Dworkin sobre la imposibilidad de mantener la tesis de distinción es relativamente sencillo: En primer lugar parte de que los principios son parte del derecho vigente. En segundo lugar comprueba que toda teoría sobre el derecho adecuada debe consecuentemente formular ciertos criterios para identificar principios como derecho vigente. En tercer lugar afirma que la regla de reconocimiento positivista precisamente no permite identificar como derecho vigente los principios, de modo que el positivismo no cumple la segunda condición: «Argumentaré que el positivismo es un modelo de sistema de reglas y para un sistema de reglas, y que su concepto central del test único y fundamental que permita comprobar la pertenencia al derecho nos obliga a descuidar las importantes funciones de aquellos criterios que no son reglas» (pág. 55, v. también págs. 65, 77, 88).

Aceptando la primera premisa de Dworkin al igual que su segunda afirmación, queda únicamente el interrogante sobre si no se puede en realidad identificar como derecho positivo los principios mediante la regla de reconocimiento positivista. A continuación nos concentraremos en esta cuestión central.

Dworkin intenta fundamentar su afirmación remitiendo al procedimiento específico con que quienes aplican el derecho hallan los principios que aplican como premisas normativas en sus resoluciones: «Suponiendo que reuniéramos todas las reglas que inequívocamente son reglas jurídicas en un determinado Estado americano, por ejemplo,... Dispondríamos ahora de un conjunto considerable de material jurídico. Podríamos preguntar entonces qué conjunto total de principios sería necesario para justificar la admisión de las reglas jurídicas explícitas y de las reglas institucionales que habíamos presentado... Podríamos formular el test de pertenencia al derecho que sugiere esta historia del siguiente modo: un principio es principio jurídico cuando tiene dentro de la teoría jurídica una función más acertada que pueda citarse como justificación de las reglas consolidadas e institucionales explícitas en la correspondiente jurisprudencia» (pág. 122 ss.). Este test no corresponde sin embargo según la concepción de Dworkin a un test con una regla de reconocimiento positivista. Su resultado dependería más bien en lo esencial de las correspondientes valoraciones y juicios morales autónomos de quienes aplican el derecho. Pues «si una teoría sobre el derecho ha de proporcionar un fundamento al deber judicial, entonces los principios por ella establecidos deben intentar justificar las reglas existentes por el hecho de que deben intentar reconocer los intereses y tradiciones políticos o morales de la comunidad que en opinión de los juristas, de

cuya teoría se trate, realmente fundamentan las reglas. Este proceso de justificación llevará al jurista hasta las profundidades de la teoría política y moral, más allá del punto en que fuera correcto afirmar que un «test» existe por el «origen», por el cual se puede determinar cuál de las dos diferentes justificaciones de nuestras instituciones políticas es la superior» (pág. 124, v. también pág. 87).

En oposición a esta apreciación de Dworkin llama la atención primeramente la analogía existente entre la construcción de una teoría empírica con que se pretenda explicar un conjunto determinado de circunstancias y el procedimiento indicado por Dworkin para la «construcción» de principios jurídicos. Pues en ambas ocasiones se trata de «derivar», «explicar» o «justificar» un conjunto de «datos» dados desde un conjunto de tesis generales. En el caso de la teoría empírica, se trata de hechos pertenecientes a un determinado ámbito del mundo empírico; en el caso de la teoría jurídica, de los fallos empíricos de los tribunales, normas jurídicas codificadas o de práctica corriente, etc. Dworkin mismo enfatiza esta analogía (v. pág. 273) subrayando al mismo tiempo que la dependencia del juez frente al material empírico dado semeja más a la del escultor que a la del científico (pág. 267). Independientemente de la medida del margen aquí posible y deseable es evidente sin embargo que los argumentos convencionales tendrán una función sustentadora, en tal procedimiento, de coherencia jurídica. Unicamente ellos proporcionan al jurista los «datos» a que se refieren sus principios. Esto también es válido aun cuando no vaya a considerar algunos de sus datos a la luz de sus principios o bien los clasifique como «errores» (v. pág. 201 ss.). El argumento de Dworkin se reduce por ello a afirmar que los argumentos convencionales no son suficientes para caracterizar como el único posible a un conjunto de principios, puesto que no se estará en condición de «hallar algún conjunto cualquiera de principios que disponga armoniosamente todos los preceptos de derecho escrito existentes con los precedentes» (pág. 203). En esta situación una justificación concreta podrá ser mejor que otra desde dos perspectivas diferentes: podría resultar más conveniente en el sentido de que en ella se encontraría el «error» menos material, o podría resultar una justificación de mayor urgencia moral por acercarse más a una comprensión de la moral política correcta» (pág. 543). Según Dworkin el jurista habrá de plantearse en esta situación la cuestión de qué perspectiva tiene mayor importancia en el establecimiento del derecho. Dworkin opina que en este caso deberá tener preferencia la teoría de la mayor fuerza moral. De este modo quiere resolver la cuestión con un argumento autónomo y no convencional: el juez deberá sentirse escultor y no científico.

La cuestión del «deber» del juez es cuestión empírica en la medida de que podría ser práctica aceptada en un sistema jurídico no otorgar preferencia a la teoría de la mayor fuerza moral, sino a la fácticamente «más conveniente» (decidiendo pues a favor del

argumento convencional). La concepción de Dworkin no descubre aquí una verdad de algún modo conceptual sino que constituye en el mejor de los casos una propuesta jurídico-política en favor de un procedimiento determinado (v. en este aspecto Mackie 1984). Aún cuando esta propuesta fuera aceptable no constituiría como tal un argumento en contra de la tesis de que los argumentos convencionales son irrenuciables y al menos limitan considerablemente el conjunto de alternativas sobre el que haya de pronunciarse un argumento autónomo. Según palabras textuales de Dworkin «establecen un límite a lo que de otro modo debe ser ilimitado en la naturaleza del caso» (pág. 188). Tampoco en vista del modelo de coherencia para justificación de los principios diseñado por el mismo Dworkin puede afirmarse que los argumentos convencionales no cumplan función alguna. El positivista del derecho no tiene en modo alguno que vincular su énfasis sobre la importancia de los argumentos convencionales a la aceptación de que tales argumentos deban ser razón suficiente para tomar una resolución. El fáctum de que las valoraciones morales autónomas como por ejemplo la discrecionalidad, puedan cumplir una función importante y esencial tampoco resultará adecuado en este caso para refutar la relevancia de una regla de reconocimiento.

Dworkin resume sus consideraciones en torno a este punto: Es pues misterioso cómo la cuestión de los principios contenidos implícitamente en tradiciones y prácticas del pasado según la concepción positivista de qué son hechos pudiera ser una cuestión de hechos. La cuestión de qué principios se encuentran «cimentados» en la historia institucional es normativa y no (sólo) histórica» (págs. 545/563). El positivista puede darse por satisfecho si ésta resulta una cuestión de hechos en el mismo sentido que la cuestión de si una teoría empírica resulta adecuada a los datos dados. Seguramente no se podrá resolver por un procedimiento mecánico. Ningún género de datos empíricos determina unívocamente la teoría empírica correspondiente. Pero ¿quién querría negar que los argumentos convencionales, es decir la referencia a los hechos, cumple una función esencial?.

4. *Tomar en serio la crítica del Derecho:*

Cuando un positivista habla de discrecionalidad, parte de que un juez ya no se encuentra ligado, en sus resoluciones, al menos en un ámbito determinado, por argumentos convencionales. Los argumentos convencionales sólo, no serán ya entonces suficientes para fundamentar las premisas normativas cuestionadas, o bien el derecho vigente exige al juez expresamente argumentar no convencional sino autónomamente, exigiendo explícitamente una valoración moral. Bajo estas premisas ya no le parecerá pertinente a un positivista hablar de una vinculación jurídica del juez, de lo cual no ha de desprenderse que el juez quede también moralmente sin obligación alguna: Al contrario, en la mayoría de los sistemas jurídicos los jueces estarán obligados jurídicamente a juzgar según criterios morales, es decir no pueden dictar sentencias indiscriminadas,

como por ejemplo por el procedimiento de cara o cruz. El concepto positivista de discrecionalidad no excluye pues de ningún modo la crítica de la resolución judicial discrecional. Según el positivista se ejercerá en este caso sin embargo una crítica moral y no jurídica. También Dworkin concede que tal postura no imposibilita la crítica de las resoluciones discrecionales (pág. 71), mas quiere sin embargo calificar esta crítica de crítica jurídica: «quiero exponer que también cuando ninguna regla consolidada pueda comprender el caso, una de las partes puede tener derecho a ganar el proceso. Sigue siendo deber del juez también en casos complejos averiguar los derechos de ambas partes y no inventar nuevos derechos retroactivamente» (pág. 144). En todo caso de resolución judicial se trata de que los jueces «confirman o niegan derechos concretos» (pág. 175) de modo que no se puede partir de una discrecionalidad en el sentido de que estén liberados de obligaciones jurídicas (pág. 127).

Hemos intentado mostrar como sólo es posible defender tal concepción cuando no se distingue entre deber jurídico y deber moral, pero aparte de las objeciónes empírico-teóricas en contra de tal utilización de conceptos se puede preguntar también si existen razones normativas a favor o en contra de dicha postura. Volvemos con ello al punto de partida de nuestra discusión, pues al positivismo jurídico se le reprocha el debilitar la postura crítica frente a normas e instituciones en tanto que presupone un concepto de vigencia jurídica independiente de la autonomía de juicio individual.

Indudablemente Dworkin se considera aquí —como se desprende ya del título de su obra— con ventaja sobre el positivismo jurídico. Parte de que es posible defender los derechos morales ciudadanos con mayor fuerza cuando un ciudadano pueda invocar en cualquier situación social la posesión de determinados derechos jurídicos «sea por ley o sin ella» (pág. 316), y que los jueces cometen un «error jurídico» no imponiendo éstos «derechos políticos existentes» (págs. 27/153). Y tal afirmación resultaría descabellada «si los jueces... sólo en casos complejos pudieran crear nuevo derecho» (pág. 27).

Aparte de que tal concepción expresa la autosobrevaloración del filósofo del derecho, que supone que las «definiciones jurídico-teóricas pueden mejorar la moral de los legisladores o los ciudadanos» (Hoerster 1971, pág. 9), es posible aclarar la supremacía de la concepción jurídico-positivista precisamente también en este punto, en contra de una primera apariencia. La crítica a una resolución judicial aparece en Dworkin siempre como crítica de una equivocación: el juez se ha equivocado en cuáles sean los derechos jurídicos ciudadanos reales. Estrictamente pierde sentido bajo estas premisas la crítica del legislador que descuidó/omitió garantizar y hacer prevalecer determinados derechos morales de los individuos jurídico-positivamente. Pues es de todos modos el juez quien ha de reconocer tales derechos en base a su autonomía de juicio moral e individual. De este modo se echa por tierra la crítica radical de las condiciones sociales en que sean negados fácticamente determinados derechos fundamentales.

El positivista jurídico por el contrario puede describir las condiciones reales reinantes en una comunidad jurídica con mucha mayor exactitud, diferenciándolas: para él no será lo mismo atacar a un juez por su error

respecto del derecho positivo vigente, que reprocharle haber adoptado una valoración de dudosa moralidad en el marco de su discrecionalidad jurídicamente permitida. Las consecuencias de ambas críticas serán bien distintas. En el primer caso quizá invite al legislador a exigir una mejor formación de los jueces, en el segundo quizá abogue por limitar el margen de discrecionalidad de los jueces mediante normas complementarias de derecho positivo. Mas también entonces se acercará más a la verdad el positivista jurídico en caso de que todo un sistema jurídico no considere algunos derechos morales fundamentales o bien incluso los lesione sistemáticamente —como por ejemplo en el nacionalsocialismo.

A la vista de semejante sistema de inmoralidad institucionalizada estatalmente nos parece que se responde mejor a la realidad partiendo de que en esa sociedad, sencillamente, no existen ciertos derechos jurídicos, en lugar de presumir que aun existiendo tales derechos son únicamente descuidados por equivocación.

BIBLIOGRAFIA

Austin, John (1977), *Rechstnormen als Befehle des politischen Machthabers,* in: Hoerster, Norbert (Editores), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie,* München, págs. 16-20.

Dworkin, Ronald (1984), *Bürgerrechte ernstgenommen,* Frankfurt am Main (ingl.: *Taking Rihgts Seriously,* Harvard 1978).

Engisch, Karl (1975), *Einführung in das juristische Denken, 6.* Aufl. (1. Aufl. 1956), Sttugart, Berlin, Köln, Mainz.

Geiger, Theodor (1970), *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2.* Aufl. (1. Aufl. 1964), Neuwied am Rhein und Berlin.

Hart, H. L. A. (1971), *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral,* in: Hart H. L. A., *Recht und Moral. Drei Ausfsätze, edición de* Norbert Hoerster, Göttingen, págs. 14-57.

Hart, H. L. A. (1973), *Der Begriff des Rechts,* Frankfurt am Main (ingl.: *The Concept of Law,* Oxford 1961).

Hoerster, Norbert (1971), *Einleitung,* in: Hart, H. L. A., *Recht und Moral. Drei Aufsätze, edición de Norbert Hoerster, Göttingen, págs. 5-13.*

Hoerster, Norbert (1983), *«Wirksamkeit», «Geltund» und «Gültigkeit» von Normen,* in: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic,* edición de Dorothea Mayer Maly y Peter M. Simons, Berlin, págs. 585-596.

Koch, Hans-Joachim, Helmunt RüBmann (1982), *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschatf,* München.

Mackie, John Leslie (1984), *The Third Theory of Law,* in: Cohen, Marshall (Editores), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence.* London, págs. 161-170.

El lector interesado en ello, encontrará una discusión exhaustiva sobre la teoría de Dworkin en Cohen & Marshall (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence,* London (1984) (con aportaciones de Hart, Mackie, Posner, Raz y otros y una amplia réplica de Dworkin). Además, y con un espectro temático más amplio, recomendamos Stewart, M. A. (ed.), *Law, Morality and Rights,* Dordrecht 1983 (con aportaciones de Kenny, Honoré, Mackie y Murphy, entre otros).

(Traducción de Javier de Lucas)