

RONALD DWORKIN

# LA JUSTICIA CON TOGA

Traducción de  
MARISA IGLESIAS VILA  
e  
ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. <b>EL DERECHO Y LA MORAL</b> .....	11
1. UN SUMARIO CATÁLOGO DE LAS POSIBLES INTERSECCIONES .....	16
2. EL CASO SORENSON .....	17
3. EL NIVEL SEMÁNTICO .....	19
3.1. Conceptos criteriológicos .....	19
3.2. Conceptos de clase natural.....	20
3.3. Conceptos interpretativos.....	21
4. EL NIVEL IUSFILOSÓFICO .....	23
5. EL NIVEL DOCTRINAL.....	24
6. EL NIVEL DE APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO .....	28
7. PRAGMATISMO JURÍDICO .....	31
8. EL PLURALISMO MORAL.....	36
9. POSITIVISMO DOCTRINAL POLÍTICO .....	36
10. POSITIVISMO DOCTRINAL ANALÍTICO.....	40
11. FILOSOFÍA DEL DERECHO .....	43
12. UNA ÚLTIMA SUGERENCIA .....	44
CAPÍTULO I. <b>PRAGMATISMO Y DERECHO</b> .....	47
1. EL NUEVO PRAGMATISMO.....	47
2. EL FÁRRAGO DE LA RESPUESTA CORRECTA .....	52
3. FISH Y LA SUTILEZA DE LA PRÁCTICA.....	54
CAPÍTULO II. <b>EN ALABANZA DE LA TEORÍA</b> .....	63
1. INTRODUCCIÓN .....	63
2. EL ENFOQUE TEORIZADO .....	66
3. HÉRCULES Y MINERVA.....	68
4. LA ESCUELA DE CHICAGO.....	71

	Pág.
4.1. Metafísica.....	72
4.2. Pragmática .....	74
4.3. Profesionalismo .....	78
5. RESUMEN: EN DEFENSA DE LA TEORÍA.....	86
<b>CAPÍTULO III. EL NUEVO <i>BULLDOG</i> DE DARWIN.....</b>	<b>89</b>
1. CUESTIONES URGENTES .....	89
2. LA INDEPENDENCIA DE LA MORAL .....	90
3. ¿QUÉ ES LA «TEORÍA MORAL»?.....	93
4. LA TESIS «FUERTE».....	97
5. LA TESIS «DÉBIL».....	99
6. EL NUEVO PRAGMATISMO.....	105
7. APÉNDICE: EL PRAGMATISMO Y <i>BUSH</i> v. <i>GORE</i> .....	111
<b>CAPÍTULO IV. EL PLURALISMO MORAL .....</b>	<b>123</b>
<b>CAPÍTULO V. ORIGINALISMO Y FIDELIDAD .....</b>	<b>135</b>
<b>CAPÍTULO VI. EL <i>POSTSCRIPT</i> DE HART Y EL SENTIDO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA.....</b>	<b>159</b>
1. ARQUIMÉDICOS.....	159
1.1. El proyecto de HART.....	159
1.2. El caso Sorenson .....	162
2. CONCEPTOS POLÍTICOS.....	165
2.1. La polémica sobre los conceptos .....	168
2.2. ¿En qué sentido descriptivos? .....	169
2.3. ¿Conceptual y normativo? .....	172
2.4. ¿Qué hay de bueno en eso? I.....	174
2.5. Valores separados e integrados .....	175
2.6. ¿Qué hay de bueno en eso? II .....	177
3. EL DERECHO.....	181
3.1. La defensa de HART.....	181
4. EL VALOR DE LA LEGALIDAD .....	186
4.1. Legalidad .....	186
4.2. Reexaminando la ciencia jurídica .....	190
4.3. Positivismo interpretativo .....	196
4.4. Reflexiones finales.....	201
<b>CAPÍTULO VII. TREINTA AÑOS DESPUÉS .....</b>	<b>206</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	206
2. POSITIVISMO FINGIDO.....	207
3. POSITIVISMO PTOLEMAICO .....	217

	<u>Pág.</u>
4. POSITIVISMO Y PARROQUIANISMO .....	230
5. APÉNDICE: MOMENTOS DE PRIVILEGIO PERSONAL.....	235
<b>CAPÍTULO VIII. LOS CONCEPTOS DE DERECHO .....</b>	<b>243</b>
1. EL AGUIJÓN SEMÁNTICO .....	243
2. LA FALACIA DE DWORKIN.....	246
3. RAZ ACERCA DE LOS CONCEPTOS DE DERECHO.....	247
4. LOS CONCEPTOS DOCTRINAL Y TAXONÓMICO DE DERECHO.....	253
<b>CAPÍTULO IX. RAWLS Y EL DERECHO .....</b>	<b>263</b>
1. RAWLS COMO FILÓSÓFO DEL DERECHO .....	263
2. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA.....	266
3. ¿QUÉ ES EL DERECHO? .....	269
4. LAS RESTRICCIONES AL RAZONAMIENTO JURÍDICO .....	273
5. CONSTITUCIONALISMO.....	277
6. VERDAD Y OBJETIVIDAD .....	282
7. CONFESIÓN .....	284
<b>FUENTES.....</b>	<b>285</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>287</b>

## INTRODUCCIÓN

### EL DERECHO Y LA MORAL

Siendo Oliver Wendell HOLMES magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned HAND en su carruaje. Al llegar a su destino, HAND se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: «¡Haga justicia, magistrado!». HOLMES paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado HAND y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: «¡Ése no es mi trabajo!». A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a HOLMES a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia.

¿Qué peso deben tener las convicciones morales de un juez en sus juicios acerca de qué es el derecho? Juristas, sociólogos, filósofos del derecho, políticos y jueces: todos tienen respuestas para esta pregunta, que van desde «nada» hasta «todo». Yo tengo mis propias respuestas, que he venido defendiendo en libros y artículos los últimos treinta años. En los ensayos que ahora se recopilan discuto las teorías de algunos académicos que discrepan conmigo y entre ellos de forma diversa y a distintos niveles. En esta introducción ofrezco un breve resumen de mis propias ideas y un cuadro de las diferentes formas y niveles en los que yo podría estar equivocado y mis críticos tener razón.

Desafortunadamente, la palabra inglesa «derecho» (*law*) y sus equivalentes en otras lenguas se usan de maneras muy diversas. Tenemos muchos conceptos distintos para desarrollar los cuales usamos tales palabras. Estos conceptos se relacionan entre sí de una manera tan problemática y controvertida que a menudo las diferentes teorías sobre la relación

entre el derecho y la justicia son respuestas a preguntas muy distintas. Esta desgracia semántica ha generado una buena cantidad de confusión en la teoría del derecho. Los ensayos en esta colección tratan sobre todo del derecho en lo que denominaré sentido *doctrinal*. Exploran el concepto de lo que establece el «derecho» de cierto lugar o cierta entidad sobre una cuestión particular: utilizamos este concepto doctrinal, por ejemplo, cuando decimos que según el derecho de Rhode Island los contratos firmados por menores de doce años son inválidos o, de modo más controvertido, que el derecho constitucional estadounidense permite al presidente ordenar que se torture a los extranjeros sospechosos de terrorismo. Todos hacemos afirmaciones de este tipo acerca de lo que el derecho exige, o prohíbe, o permite, o crea. También compartimos muchas asunciones sobre los tipos de argumento que son relevantes para defender tales afirmaciones y sobre las consecuencias que se siguen cuando tales afirmaciones son verdaderas.

Como parte de este acuerdo compartido, entendemos que lo que ha aprobado como ley el parlamento y lo que han escrito en el pasado los jueces de Rhode Island es relevante para decidir si es cierto que los contratos firmados por niños son inválidos conforme al derecho de Rhode Island. También entendemos que la cuestión de si un juez de tal estado federado debe condenar al pago de daños por incumplimiento de contrato a un demandado de doce años depende en gran medida de si tal proposición es cierta o no. Las proposiciones jurídicas desempeñan un papel importante en una compleja red de asunciones y creencias de tal tipo y heredan su sentido de tal papel. Evidentemente, el que los estándares morales (preguntarse, por ejemplo, si impedir que los niños concluyan contratos es una decisión justa y adecuada, o si la tortura es siempre moralmente errónea) estén o no entre los medios que deben utilizar los jueces para decidir sobre la verdad de tales proposiciones es una cuestión de capital importancia práctica. Podemos plantear la cuestión de una manera en cierta medida más formal. Es importante decidir si los criterios morales pueden estar entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, esto es, las condiciones que deben darse para que tales proposiciones sean ciertas y, en caso de responderse afirmativamente a esta pregunta, cuándo pueden estarlo. Ello es particularmente importante en comunidades políticas como la nuestra, en las que jueces a quienes se atribuye la responsabilidad de decidir sólo conforme a aquello que prescriben o permiten las proposiciones jurídicas verdaderas toman relevantes decisiones políticas. En tales comunidades, la cuestión de si y cuándo deben los jueces atender a la moral para decidir qué proposiciones son verdaderas resulta especialmente importante.

Sin embargo, es preciso ser muy cuidadoso a la hora de evitar confusiones entre este concepto doctrinal de derecho y otros, sin duda cercanos

pero en cualquier caso distintos <sup>1</sup>. También disponemos de un concepto *sociológico* de derecho: usamos «derecho» para designar un tipo concreto de estructura social de carácter institucional. Utilizando tal concepto sociológico podemos preguntar, por ejemplo, cuándo apareció el derecho en las sociedades tribales primitivas, o si es posible que exista comercio sin derecho. Los teóricos sociales utilizan distintos estándares para identificar el derecho en este sentido sociológico. Max WEBER, por ejemplo, afirmaba que el derecho no existe allí donde no hay instituciones especializadas en la aplicación coactiva <sup>2</sup>, y Lon FULLER sostenía que no hay derecho si no se cumplen ciertos estándares mínimos de justicia procedimental <sup>3</sup>.

Estipular una definición precisa de qué tipo de estructura social puede considerarse un sistema jurídico puede resultar útil o incluso esencial para diversos propósitos, como la facilitación de la ciencia social empírica, la organización de un proyecto de investigación o la clarificación de la historia en algún respecto, quizás mostrando correlaciones entre distintos modelos sociales, o para subrayar la importancia moral de ciertas prácticas o restricciones. Sin embargo, no debemos cometer el error de pensar que hay algún tipo de distinción natural entre entidades sociales que identifica las estructuras jurídicas, como si éstas de por sí tuvieran algún tipo de naturaleza esencial que se intenta recoger con tales distinciones. Tal y como explico en el capítulo VI, nuestros conceptos de distintas formas de institución social, como *burocracia*, *meritocracia*, *matrimonio* y *derecho* no son conceptos de clase natural cuya naturaleza esencial venga dada por su estructura física o biológica o por algo comparable. Tanto los expertos como los que no lo son compartimos un rudimentario concepto sociológico de derecho: casi todos haríamos ciertas suposiciones si los astrozoólogos nos informasen de que un grupo de animales racionales no huma-

---

<sup>1</sup> Puede objetarse que las distinciones que efectúo no establecen que haya diferentes conceptos de derecho, sino que el único existente puede usarse de distintas maneras. Incluso si fuera así, las importantes diferencias entre las cuestiones de teoría del derecho que he subrayado seguirían existiendo: en especial, seguiría siendo útil distinguir entre la cuestión de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas y las cuestiones sociológicas y taxonómicas con las que en ocasiones se ha confundido. Pero es que además no es así: aunque como he dicho están densamente interrelacionados, estos conceptos son distintos porque recogen casos distintos. El concepto doctrinal recoge tesis o proposiciones normativas válidas y el concepto sociológico recoge instituciones o patrones de conducta. Tenemos que ser diligentes para no caer en la trampa que supone el descuidado uso de la personificación por parte de los filósofos cuyas ideas discuto en los capítulos VII y VIII. Supongamos que digo: «el derecho proporciona una buena vida a los abogados» y «el derecho establece que los testamentos con un solo testigo son inválidos». Podríamos estar tentados a pensar que estas proposiciones aportan información sobre la misma entidad y por lo tanto usan un único concepto de «derecho»: el concepto de la entidad que tiene los efectos mencionados en cada caso. Pero ello sería un grave error. Se trata de meras personificaciones, y cuando prescindimos de ellas también desaparece la entidad única. La segunda proposición es sólo una manera metafórica de exponer una proposición jurídica, no una descripción de lo que ha dicho o exigido alguna entidad. Al respecto véase también el capítulo VIII, nota 23.

<sup>2</sup> Véase RHEINSTEIN, 1954: 13.

<sup>3</sup> FULLER, 1965.

nos descubierto en un planeta lejano tienen algún tipo de sistema jurídico. Pero nos parecería absurdo discutir si *realmente* tienen un sistema jurídico cuando descubriéramos que carecen de instituciones específicas de ejecución, que la legislación *ex post facto* es la norma y no la excepción o que sus funcionarios no pretenden tener autoridad moralmente legítima. Normalmente entendemos que resulta innecesario pedir una definición de «ordenamiento jurídico» más precisa que aquella que nos aporta nuestra rudimentaria aproximación provisional. Como dije, es posible que los antropólogos, sociólogos o teóricos éticos encuentren una definición más fina para conseguir eficiencia en la investigación o en la clasificación, pero nuestra comprensión rudimentaria ofrece suficiente campo de juego como para permitirles estipular definiciones más finas sin violentar el uso ordinario. Así por ejemplo, podemos afirmar sin incurrir en error semántico o conceptual tanto que los nazis tenían derecho como que no lo tenían, siempre y cuando dejemos claro qué tesis, sociológica o moral, sostenemos cuando decimos tal cosa <sup>4</sup>.

No pretendo afirmar que el concepto sociológico carezca de límites. Quien sostiene que una piruleta o el póquer son ejemplos de estructura legal no comete un error ordinario sino que, o bien está utilizando otro concepto, o bien entiende el nuestro de forma absolutamente errónea. El concepto doctrinal de derecho es uno de los límites del sociológico en este sentido: no se puede decir que algo sea un sistema jurídico en el sentido sociológico si no tiene sentido preguntarse qué derechos y obligaciones reconoce. Esta interconexión entre ambos conceptos es importante, pero no es recíproca, ya que no todo conjunto de normas que desarrolla derechos y obligaciones es un sistema jurídico. El póquer está estructurado de tal forma: desde luego tiene sentido preguntar cuándo el juego exige que un jugador retire una carta del montón. Podemos negar, por motivos diversos, que los nazis tenían un sistema jurídico, pero podemos sin embargo responder a la pregunta de qué derechos y deberes reconocía el putativo derecho nazi. Así pues, la disponibilidad del concepto doctrinal infradetermina el concepto sociológico.

Como puede verse, el concepto sociológico de derecho tiene un estatus filosófico muy diferente del concepto doctrinal. Normalmente hay poco en juego a la hora de decidir si y cómo se establecen los imprecisos límites del primero; como ya he dicho, sin embargo, es mucho lo que hay en juego en el modo concreto en que entendamos el segundo. También tenemos que distinguir el concepto doctrinal de otro concepto, usado sobre todo por un pequeño grupo de iusfilósofos. Se trata del concepto *taxonómico* de derecho, que entiende que toda comunidad política con derecho

---

<sup>4</sup> Véase DWORKIN, 1986: 102-108.



en el sentido sociológico también tiene un conjunto de reglas concretas y otros tipos de estándares que son estándares jurídicos, distintos de los morales, consuetudinarios o de algún otro tipo<sup>5</sup>. Los filósofos del derecho usan este concepto taxonómico cuando preguntan si ciertos principios morales son también principios jurídicos. La noción del derecho como un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar me parece una ficción escolástica<sup>6</sup>. En cualquier caso, no la necesitamos para indagar nuestra cuestión principal de si y cuándo la moralidad se encuentra entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Los principios de la aritmética claramente figuran entre las condiciones de verdad de ciertas proposiciones jurídicas (por ejemplo, la proposición de que Cohen tiene la obligación de pagar a Cosgrove exactamente 11.422 dólares, intereses incluidos), pero resultaría extraño afirmar que las reglas matemáticas también son principios legales. La cuestión taxonómica suele ser un elemento de distracción: lo importante es si y cómo la moral es relevante a la hora de decidir qué proposiciones jurídicas son verdaderas, y no cómo llamamos a cualesquiera principios morales que nos parezcan efectivamente relevantes.

Por último, compartimos lo que podríamos denominar un concepto *aspiracional* de derecho, al que a menudo nos referimos como el ideal de legalidad o el imperio de la ley (*rule of law*). Este concepto nos resulta controvertido: estamos de acuerdo en que el imperio de la ley es deseable, pero divergimos en cuanto a cuál es la mejor representación de tal ideal, al menos cuando le intentamos dar una representación precisa. Algunos filósofos entienden que el imperio de la ley es un ideal puramente formal: la legalidad se ve por completo satisfecha cuando las autoridades están obligadas a actuar exclusivamente del modo permitido por los estándares establecidos y así lo hacen. Otros filósofos se muestran a favor de una concepción más sustantiva de tal ideal y entienden que la legalidad sólo existe cuando las autoridades respetan ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos. El debate entre estas dos perspectivas es el sustrato teórico de la añeja discusión entre los constitucionalistas estadounidenses sobre si las cláusulas del «proceso debido» de la Quinta y la Decimocuarta enmiendas de nuestra Constitución imponen límites sustantivos, además de procedimentales. Igual que ocurre con el concepto doctrinal, pero a diferencia de los conceptos sociológicos y taxonómicos, es mucho lo que hay en juego cuando decidimos cuál es la concepción correcta del concepto aspiracional. Sin embargo, no hace falta que nos preguntemos si la

---

<sup>5</sup> Véase RAZ, 1980: 34.

<sup>6</sup> Puedo haber contribuido a tal error. En un artículo anterior sugerí que «el derecho» no sólo contiene reglas sino también principios. Véase DWORKIN, 1978: capítulo 2. Sin embargo, pronto me corregí: véase *ibid.*: capítulo 3, p. 76. Véase también el capítulo VIII de este libro.

moralidad política es relevante a la hora de decidir cuál es la mejor concepción. Ésta es una pregunta que incumbe sólo a la moralidad política.

## 1. UN SUMARIO CATÁLOGO DE LAS POSIBLES INTERSECCIONES

Nuestra principal pregunta es cuál es la naturaleza del concepto doctrinal de derecho. Nos preguntamos si las consideraciones morales figuran entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas y, de ser así, cómo. Lo primero que tenemos que hacer es reparar en las diferentes maneras en que podrían hacerlo. Por supuesto, debemos rechazar la idea simplista de que todo derecho injusto es inválido. Las actuales tasas de imposición en los Estados Unidos son manifiestamente injustas, pero a pesar de ello las proposiciones que las describen son verdaderas. Sin embargo, el contenido del derecho bien puede hacerse depender de la justicia de formas menos dramáticas. Por un lado, en algunas naciones (Estados Unidos entre ellas) existen constituciones que pueden interpretarse adecuadamente en el sentido de imponer límites morales al derecho que puede crearse en tal nación. Una constitución puede por ejemplo establecer que toda presunta ley aprobada por el parlamento que niegue la «igual protección del derecho» (*Equal protection of the laws*) a cualquier grupo es inconstitucional y nula. En ese caso, puede pensarse que la cuestión de si el derecho establece que los hombres están obligados a prestar el servicio militar obligatorio, pero no así las mujeres, depende de si tal diferencia es justa.

También hay otras formas de entender que lo que establece el derecho depende de lo que el derecho debería establecer. En las naciones desarrolladas buena parte del derecho se contiene en leyes, reglamentos y otras normas escritas, y su texto puede ser abstracto, vago o ambiguo. El texto puede decir, por ejemplo, que el aborto es permisible sólo cuando «resulte necesario para proteger la salud de la madre». En tal caso, puede que establecer si el derecho permite la realización de un aborto para proteger la estabilidad emocional de una mujer en lugar de su salud física dependa de si el derecho debe distinguir entre la salud física y la psíquica en estos supuestos. Al respecto hay un maravilloso viejo ejemplo. En Bolonia una ley prohibía penalmente «derramar sangre en las calles». ¿Tenía dicha ley la consecuencia no pretendida de ilegalizar la por entonces común práctica de la ortodoncia en la calle? Puede pensarse que ello depende de lo injusto que hubiera resultado.

En los sistemas jurídicos anglosajones (y de hecho también en muchos de los del resto del mundo) la verdad o falsedad de las proposiciones jurí-