

Hart, Dworkin: reglas y principios

Adrián Rentería Díaz *

1. El más importante libro de Herbert Hart, *The Concept of Law* (CL de aquí en adelante¹) constituye sin duda una de las piedras miliarens de la literatura iusfilosófica no solo del mundo anglosajón. Un pequeño libro en sus dimensiones pero con un contenido que ha animado, quizá más allá de las mismas expectativas de su autor², la discusión acerca de la idea de derecho hasta hoy en día. Ciertamente es, por un lado, que a pesar de su intento declarado de formular una visión general y descriptiva de la experiencia jurídica, en realidad parecería dirigirse al lector de lengua inglesa, habitante en países donde la tradición del *Common Law* es preponderante; y que, por el otro, la dimensión descriptiva, no comprometida con valoraciones morales, parece en muchos puntos de CL venir a menos. A pesar de esto, sin embargo, el debate que esta obra ha venido generando ha superado con creces el ámbito de la lengua inglesa y también ha visto fuertes oscilaciones acerca de si el pensamiento de Hart se puede etiquetar como iuspositivista o no.

La razón de que CL se haya convertido en una lectura obligada para estudiosos no angloparlantes se explica, tal vez, por el lugar privilegiado, con razón o sin ella desde una perspectiva exquisitamente científica, que la lengua inglesa ocupa en el panorama cultural no solo relativo al mundo del derecho.³ En ese sentido no hay que descartar, en efecto, que el debate suscitado por CL, en virtud sobre todo de las severas críticas de Ronald Dworkin fué prontamente acogido por los lectores españoles, franceses, alemanes, e italianos, por mencionar sólo algunas de las más difundidas lenguas continentales. No es éste, obviamente, el lugar adecuado para detenerse a examinar este fenómeno peculiar, casi de "colonialismo" cultural. Me es suficiente citar al respecto dos comentarios, uno sobre Hart precisamente y otro sobre Dworkin, su principal crítico. En un reciente y breve ensayo Riccardo Guastini, con su habitual modo de expresarse, sin ambages alguno se ha referido de esta manera a CL: "[T]engo dificultad -dice Guastini- para comprender las razones de su éxito planetario. No sólo en el mundo anglosajón (esto es fácilmente explicable con banales observaciones de historia de la cultura jurídica y, tal vez, de sociología de la academia) sino, sorprendentemente, también en Italia y, sobre todo, en los

* Università degli studi dell'Insubria, Dipartimento di diritto, economia e cultura, Como (Italia)
| adrian.renteriadiaz@uninsubria.it | adrianrenteria@yahoo.it

¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961 (aunque usaré siempre CL para indicarlo, las referencias serán a la traducción de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

² Hart, en efecto, sostiene que los destinatarios son estudiantes de derecho, y que el objetivo del libro es en primer lugar didáctico.

³ Dicho sea de paso, sin que lo anterior se pueda ver como un intento por disminuir la importancia de CL.

países de lengua española”⁴. Y Juan Antonio García Amado, por su parte, de manera aún más directa afirma su convicción “de que si Dworkin [...] hubiese escrito lo mismo que escribí, pero hubiese sido boliviano que enseñaba en La Paz o peruano con docencia en una universidad de Lima o español de la Universidad de León, nadie le habría hecho caso, o poquísimo. Y que si muchos de los que cultivamos la teoría del Derecho en La Paz, Lima, Bogotá, Buenos Aires, Montevideo..., o León, tuviéramos nuestras cátedras en Nueva York u Oxford, no gozaríamos de menos fama que Dworkin”⁵.

2. Mi atención en este trabajo no está dirigida, es obvio a examinar este tipo de observaciones, que, dicho sea de paso, me parece que en cierto sentido merecerían una mayor reflexión que aquí me es imposible siquiera intentar hacer. Mi intención en efecto es más bien detenerme con algunas breves, y quizá no originales, observaciones acerca de la crítica de Dworkin al iuspositivismo hartiano. Mucho, quizá demasiado, ha sido escrito sobre este aspecto y sin embargo me parece que existe al menos un pasaje en el pensamiento de Dworkin, del último Dworkin se podría decir, que expondré en su momento, que de alguna sienta las bases para un radical re-pensar tanto sus críticas iniciales como el debate que a partir de ellas se ha generado. En pocas palabras, mi interés es examinar las observaciones de Dworkin relativas a la tesis de Hart según las cuales el derecho consiste en un conjunto complejo de reglas primarias de comportamiento y reglas secundarias (que tienen como objeto las primeras).

Los términos de la cuestión son bien conocidos: para Dworkin el universo de las normas de un ordenamiento jurídico no está formado únicamente por este tipo de reglas. Las reglas secundarias de Hart, en efecto, son aquellas que tienen como objeto las reglas primarias, su producción, su modificación, su aplicación; así, mientras que las reglas primarias son reglas de comportamiento, las reglas secundarias son de reconocimiento, de cambio, y de adjudicación. Ya en su ensayo “The Model of Rules”⁶, después incorporado en *Taking Rights Seriously*⁷ (de aquí en adelante TRS) como capítulo 2 con el título “The Model of Rules I”, Dworkin da inicio a una serie de severas observaciones hacia el pensamiento hartiano. Como él mismo afirma, su crítica a Hart consiste en una estrategia organizada «around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and

⁴ R. Guastini, “Releyendo a Hart”, en DOXA, 2014, 37, pp. 99-110, p. 100

⁵ J. A. García Amado, *Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado*, consultado en https://www.researchgate.net/publication/308795879_Contra_el_neoconstitucionalismo_y_otros_demonios_Entrevista_a_Juan_Antonio_Garcia_Amado.

⁶ R. Dworkin, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 1967, Vol. 35.

⁷ Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977 (1978 2a. ed. Trad. Trad. esp. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).

other sorts of standards»⁸. En los casos difíciles, en otras palabras, abogados y jueces no utilizan, para darles una respuesta, reglas sino principios. Esta reducción de todos los estándares que no son reglas a principios obedece al hecho de que a pesar de que Dworkin traza una distinción entre directrices (*Policies*) y *Principles* (principios) (las primeras como «that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community» y los segundos como «a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation seemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality»), termina a final de cuentas aceptando la probabilidad de que la distinción se esfume⁹, para afirmar que su objetivo es reducir todos estos estándares que no son reglas a principios¹⁰.

Para argumentar en favor de la diferencia entre reglas y principios Dworkin hace uso, es bien conocido, de dos sentencias de la jurisprudencia norteamericana: *Riggs v Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (New York 1889 el primero, New Jersey 1960 el segundo), tomadas por los jueces no fundándose en reglas sino en principios. Frente a una situación, en *Riggs*, en la que las reglas del estado de New York no van más allá de la estipulación de las modalidades para que un testamento sea considerado válido, la mayoría de la Corte que decida lo hace en base al principio de que nadie puede obtener un beneficio de su propio acto ilícito. Los ejemplos de Dworkin le sirven para sostener su idea de que las reglas, a diferencia de los principios, se aplican mediante el método del todo o nada, el método de la subsunción se puede decir: en pocas palabras, si los hechos a que se refiere se realizan y si la regla en cuestión es válida entonces la respuesta que ella supone debe aceptarse, o no se realizan los hechos y entonces la regla no juega ningún papel en la decisión¹¹. Los principios, de manera diferente, indican una dirección a tomar, y su uso como estándar decisorio, de consecuencia, no funciona, como las reglas, con el método del todo o nada, sino mediante la dimensión del peso, de su importancia. En otras palabras, dice Dworkin, los principios colisionan (*intersect*) como estándares para dar respuesta a un caso, y el uso de uno de ellos responde a la importancia y/o el peso que se les atribuye. Pero, agrega, tal atribución por parte de los jueces no es el resultado de una exacta medición de

⁸ TRS, p. 22.

⁹Por ejemplo cuando un *Principle* establece una *Policy* (el principio que establece el objetivo de que nadie se beneficie de su propia injusticia) o al contrario cuando una *Policy* establece un *Principle* (el principio de que el objetivo que persigue la *policy* es valioso) o bien cuando se acepte de manera encubierta la tesis utilitarista de que un principio de justicia delinea un objetivo a seguir. Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem, p. 25.

modo tal que la afirmación, para decidir un caso, de que un determinado principio es más importante, o que tiene más peso, que otro, es controvertido¹².

3. La crítica dworkiniana apunta, por supuesto, hacia una precisa dirección: minar las bases del iuspositivismo en la versión atribuida a Hart. Y se avale, precisamente, de la tesis de éste acerca de las reglas primarias, que indican lo que se debe o no se debe hacer, y las reglas secundarias que versan sobre aquellas y que conciernen los mecanismos a través de los cuales son creadas, reconocidas, modificadas, extintas, o sea derogadas¹³. De manera correcta, aunque sin ser demasiado explícito, Dworkin parece hacer suya la tesis hartiana según la cual las reglas de cambio y las reglas de adjudicación (las otras reglas secundarias según su distinción, de Hart) involucran (o mejor: incorporan) de alguna manera la regla de reconocimiento. Afirma Hart, en efecto, acerca de la norma secundaria de cambio:

«La forma más simple de tal regla [la regla de cambio, que para Hart, recordémoslo, constituye un respuesta al problema del carácter estático de un orden jurídico] es aquella que faculta a un individuo o a un cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores»¹⁴.

Y con respecto a la regla secundaria de adjudicación:

«un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se *convierten* en una "fuente" de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta»¹⁵.

¹² En un reciente trabajo A. Schiavello observa que ésto, o sea l'argumento de la controversia, es el verdadero núcleo de la crítica de Dworkin a Hart. Cfr. A. Schiavello, "Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio", en *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, 1, 19-40, p. 25. Sobre otra observación de Schiavello, que considero relevante, me detendré enseguida. Cuanto tenga razón Dworkin al afirmar que los principios indican solamente una dirección a seguir, resulta del todo evidente si se examina por completo la sentencia *Riggs v Palmer* y las razones que aduce el juez que representa la minoría para sostener la tesis de que a Palmer se le debe atribuir la herencia según lo establecido en el testamento válido de su abuelo. La traducción de la sentencia se puede ver en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 11, 2007/2008, pp. 363-374, a cargo de R. M. Jiménez Cano, J. L. Fabra Zamora y C. E. Guzmán Buelvas. Vid además: M. D. Farrell, "Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer", en "Lecciones y ensayos", 2014, 93, pp. 63-84

¹³ Hart, CL, p.101. Dworkin, TRS, pp. 19-20.

¹⁴ CL, p. 120

¹⁵ CL, pp. 120-121.

Una lectura atenta de las dos citas anteriores confirma que la atención de Dworkin, como también otros observadores afirman, se concentra en la regla secundaria de mayor importancia, la regla de reconocimiento, precisamente en virtud de que las reglas (secundarias) de cambio y de adjudicación presuponen su ejercicio. Y lo presuponen, queda claro, porque ambos tipos de reglas involucran lo que es determinante en todas las reglas secundarias, es decir el elemento que hace referencia a las reglas que confiere poderes¹⁶: poderes para modificar reglas, para eliminar reglas y para aplicar reglas. Y, en efecto, Dworkin se pone el problema de si la regla de reconocimiento está en condiciones de establecer, es decir de reconocer, la pertenencia de los principios al orden jurídico, del mismo modo en que lo hace con las reglas. Para Hart la mayor parte de las reglas, afirma Dworkin, son válidas en razón de que un órgano competente las ha creado. Algunas han sido creadas por un legislador con un acto institutivo, mientras que otras son creadas por los jueces y funcionan como precedentes para decidir casos análogos en el futuro¹⁷. Pero este test de pedigrí no funciona en el caso de los principios, como los utilizados por los tribunales para decidir los casos *Rriggs* y *Henningsen*. Con las palabras de Dworkin, «el origen de estos como principios de derecho se funda no en una particular decisión de algún legislador o alguna corte, sino en uel sentido de conveniencia u oportunidad que tanto en el foro jurídico como en la sociedad se desarrolla con el paso de tiempo»¹⁸.

Como se ha observado antes, y vista la idea de los principios adoptada por Dworkin, su aserción de que la regla de reconocimiento no logra identificarles, o sea calificarles como derecho válido, no es absolutamente inocente. Se mueve, al contrario, en la dirección de dar forma a una teoría que supere aquellas que él considera las dificultades del iuspositivismo hartiano¹⁹: dificultades que si es cierto que se declinan en varios elementos (discrecionalidad judicial, teoría de la obligación moral, etc.) en realidad tienen su punto de partida en el uso de los principios como instrumentos para decidir en los casos difíciles pero sin que la regla de reconocimiento pueda dar cuenta de ellos. Recordemos su definición de los principios: son estándares que deben ser observados no porque en algún sentido puedan favorecer o asegurar determinadas ventajas de naturaleza económica, social o política vista como

¹⁶ Al respecto véase al menos el excelente volumen de N. MacCormick, *H. L..A. Hart* (1981, 2a. ed 2008) cuyo capítulo siete se intitula precisamente "Powers and Powers-Conferring Rules".

¹⁷ Dworkin, TRS, p. 41

¹⁸ CL, p. 41 (traducción ligeramente revisada).

¹⁹ Si bien, como se ha observado, siguiendo una idea de Jeremy Waldron ("Jurisprudence for Hedgehogs" (July 5, 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-45. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290309>); Id. "Ronald Dworkin: An Appreciation" (June 7, 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-39. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2276009>), en este "primer" Dworkin lo que es evidente es la *par destruens*, o sea la fase de "demolición" del iuspositivismo, mientras que en una segunda fase se dará a la tarea vera y propia de construir una teoría. Vid. A. Schiavello, *Op. cit.*,

preferible, sino porque presuponen una exigencia de justicia y/o de igualdad, o alguna otra dimensión de moralidad. Es necesario tener bien en mente esta idea dworkiniana de los principios, ya que de otra manera no se percibe en todo su alcance teórico el ataque hacia el punto focal del iuspositivismo: la convicción de que una cosa es el derecho como es y otra el derecho como nos gustaría que fuese, la idea de que no hay ninguna conexión conceptual de carácter necesario entre derecho y moral, la tesis de que para identificar el derecho es suficiente individualizar las fuentes sociales que determinan su existencia sin necesidad alguna de recurrir a valoraciones de carácter moral. Si, dice Dworkin, como sucede en los casos de los que *Riggs* y *Henningsen* constituyen solo ejemplos típicos de una enorme variedad de situaciones²⁰, se utilizan los principios para decidirlos pero éstos no provienen de una fuente jurídica normativa sino que se formulan a partir de consideraciones fundadas en la moral no identificadas mediante la regla de reconocimiento, he aquí, de consecuencia, que parece, al menos a Dworkin le parece, no ser sostenible la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral.

La postura de Dworkin, es sabido, vió el surgimiento de varios frentes, algunos en favor de las tesis de Hart (i. e. J. Raz) y otros asumiendo posiciones cercanas a Dworkin; y, por otro, lado, reflexiones críticas tendientes de alguna manera a minimizar el alcance de las tesis dworkinianas, con el tentativo, quizá no del todo explícito de operar una suerte de conciliación teórica entre Hart y su sucesor en la Cátedra de *Jurisprudence* en Oxford²¹. La cuestión en juego es, en consecuencia, el alcance explicativo de una teoría, el iuspositivismo, para dar cuenta de la experiencia jurídica, y no de una experiencia concreta (i. e. el Reino Unido, o los U.S.A.) sino desde una perspectiva general. Dworkin asume, en una fase intelectual dominada por su crítica al modelo de las reglas de Hart --es decir en un período preliminar al que, después, le verá empeñado con su propuesta de un postura a mitad del camino entre iuspositivismo y iusnaturalismo, particularmente presente en *Law's Empire* (1986) y en *Justice for Hedgehogs* (2011)²²-- , asume una postura claramente antipositivista. En tal fase, cuyo momento conclusivo lo podemos indentificar en *Taking Rights Seriously*, él se avale de la postura asumida por Hart en *The Concept of Law* precisamente para sostener la implausibilidad de la idea de que la regla de reconocimiento

²⁰ Me atrevo a decir, al respecto, que en realidad la distinción casos fáciles-casos difíciles es poco sostenible ya que hay buenas razones para afirmar, al contrario, que los casos que se discuten frente a una corte son, todos, casos difíciles pues consisten en una disputa que nace de un desacuerdo.

²¹ En este orden de ideas quizá también se encuentran las observaciones de Carriò (Cfr. G. R. Carriò, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971) quien según Farrell (M. D. Farrell, "Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer", en "Lecciones y ensayos", 2014, 93, pp. 63-84) cae en el error, compartido por el mismo Hart, de considerar las críticas de Dworkin como ataques que no dan en el blanco y de esa manera lo consideran no un antipositivista (iusnaturalista) sino que parecen inscribirlo en las filas del iuspositivismo.

²² Véase la nota 15 (*supra*) y la referencia a la periodización propuesta por Jeremy Waldron (cfr. nota 19 *supra*)

funciona como mecanismo para identificar todo el material jurídico que utilizan los jueces en la toma de decisiones, siendo que allá donde las reglas no llegan se hace necesario recurrir a los principios, que no son otra cosa que valoraciones morales, no reconducibles a ningún estándar jurídico.

4. Ahora bien, el pensamiento de Dworkin, y en esto no se distingue de una constante que parece perseguir a autores prolíficos, en varias partes de su exposición, a lo largo de una larga carrera intelectual, sufre transformaciones y presenta contradicciones. Las transformaciones no son otra cosa que momentos diferentes del desarrollo de un recorrido intelectual, y no me parece que puedan ser un objeto plausible de críticas, máxime cuando se les acompaña por su autor por las argumentaciones correspondientes. Otra cosa son las contradicciones, y hay que decir que en el pensamiento de nuestro autor existe una de la máxima importancia: me refiero a su propuesta de distinción entre normas que son reglas y normas que son principios. Antes de examinarla en todos sus detalle es necesario subrayar algunas significativas afirmaciones de Dworkin acerca de los principios, que nos serán útiles para valorar la contradicción en la que incurre cuando los distingue de las reglas.

Dworkin no subestima de la manera más absoluta el hecho de que el uso de los principios para resolver los casos difíciles no es carente de dificultades²³. Él se pregunta (ya en “The Model of Rules I”) sobre dos modalidades posibles de aplicación de los principios. Una es la que ve los principios como vinculantes para los jueces de modo tal que ellos caerían en un error si no los aplicasen cuando es pertinente hacerlo²⁴. Esta modalidad, es fácil notar, se asemeja al procedimiento de subsunción –del todo o nada (*all or nothing fashion*)– de las reglas. El camino que conduce a esta modalidad no se puede recorrer porque conduciría a admitir que los jueces hacen valer obligaciones y derechos preexistentes dado que aplican en sus decisiones estándares jurídicos vinculantes y obligatorios. Mediante la segunda modalidad, al contrario, que es la que asume Dworkin, los jueces consideran los principios como la síntesis de un recorrido que funciona como “línea de principio” (en línea de máxima podríamos decir) en aquellas circunstancias en las que se ven obligados a ir más allá de los estándares vinculantes (i. e. las reglas). Pero si seguimos esta segunda opción de razonamiento, dice Dworkin, «tenemos que reconocer que la familia del asesino en el caso *Riggs* y el constructor [de automóviles] en el caso

²³ En otro sentido no parece desarrollar las consecuencias de ello, como subrayará más adelante Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, trad. de E. Garzón Valdés y revisión de R. Zimmerling. Orig. *Theorie der Grundrechte*, 1986). Alexy sostiene, no sin alguna razón, que Dworkin no lleva a sus últimas consecuencias el hecho, reconocido por éste, de que los principios en determinadas ocasiones entran en colisión, lo que hace necesario, para Alexy, el desarrollo de una adecuada teoría de la argumentación capaz de demostrar que la decisión tomada en base a uno de los principios en juego es la respuesta racional. Como se sabe a partir de lo anterior Alexy se ha a la tarea de construir precisamente una teoría de la argumentación capaz, en sus intenciones, de dar cuerpo a una decisión racional. Sobre Alexy, su teoría de la argumentación y la literatura a respecto no creo necesario detenerme aquí.

²⁴ TRS, p. 31.

Henningsen fueron privados de su propiedad en virtud de un acto judicial discrecional *ex post facto*»²⁵.

La primera alternativa no es factible, ya que usar los principios como si fueran reglas significaría admitir que derivan su fuerza normativa en virtud de un acto explícito de creación como en el caso de aquellas, las normas; ello no es posible, precisamente porque su existencia como estándares susceptibles de ser usados para decidir no responde a ningún test previsto por la regla secundaria de reconocimiento. Esta primera alternativa, de ser aceptada, contradice de plano la tesis iuspositivista de los actos sociales como fuente única de derecho. Por otra parte, la segunda alternativa tampoco es vista con favor por Dworkin pues el uso de los principios como estándares justificativos se insertaría en el ámbito de la discrecionalidad así como él la reconstruye en el pensamiento de Hart: en otros términos como una actividad creativa de derecho en aquellos espacios intersticiales que la “estructura abierta” (*open texture*) del lenguaje del derecho inevitablemente genera. Para Dworkin, al contrario, si de discrecionalidad judicial se puede hablar es sólo en un sentido débil, congruente con la idea de que la respuesta correcta (racional) en los casos no disciplinados por reglas los jueces la encuentran en la reconstrucción, realizada con medios de moralidad política, del mejor principio relacionado con el caso en cuestión.

Todas las críticas al iuspositivismo, en resumidas cuentas, se generan en la convicción dworkiniana de que el derecho no está formado solo por normas que son reglas sino también por normas que son principios; y en la sucesiva convicción según la cual los principios, a diferencia de las normas, no son identificados exclusivamente por hechos sociales (el iuspositivismo de meros hechos al que se refiere, para rechazarlo, el mismo Hart en el *Postscript*)²⁶, vale decir la regla de reconocimiento. Ahora bien, en realidad acerca de la propuesta de Dworkin sobre la necesaria –para él– distinción entre reglas y principios, él mismo ---como ya he subrayado en términos generales antes--- cae en una severa contradicción. Contradicción que, por supuesto, no puede ser usada para negar la importancia de su pensamiento, habida cuenta en realidad de que entre varios aspectos valiosísimos uno concierne precisamene el así llamado “argumento de la controversia”, o sea la dificultad de los jueces para optar, o, por un lado, por los principios explícitos, expresos, o, por el otro, por principios implícitos, no expresos, reconstruidos precisamente por vía interpretativa, mediante argumentos de moralidad política: lo que, en efecto, parecería poner en duda su tesis, descriptiva, de la existencia de la respuesta correcta.

²⁵ Idem. Traducción mía, modificada con respecto a la de M. Guastivino.

²⁶ Cfr. Hart, *Post Scriptum al concepto de derecho*, UNAM-IIIJ, México, 2000, trad. a cargo de R. Tamayo y Salmorán. P. 26. (orig. H. L. A. Hart, *Postscript*, Oxford University Press, 1994, eds. P. A. Bulloch y J. Raz)

La contradicción, que me parece significativa, es preliminar al argumento de la controversia y es la siguiente. En la Introducción a *La justicia en toga*²⁷ Dworkin examina, a partir de la dificultad relativa al significado de la palabra 'derecho' (*Law, Recht, Droit, Diritto*) los posibles modos de acercamiento que pueden derivar en otros tantos conceptos de derecho. Entre los conceptos de los que trata se encuentra el que llama 'concepto taxonómico', con el que entiende la idea de que comunidad política, en un sentido sociológico, está formada por un conjunto de reglas y otros tipos de estándares que son estándares jurídicos, diferentes de los estándares morales, consuetudinarios o de otra naturaleza. «Los filósofos del derecho», sostiene, «usan este concepto taxonómico cuando preguntan si ciertos principios morales son también principios jurídicos»²⁸. Y concluye, de alguna manera admitiendo la inclusión –para inmediatamente después negarlo– de su pensamiento en esta categoría: «la noción del derecho como un **conjunto de estándares concretos**, que podemos en línea de principio individualizar y contar **me parece una ficción escolástica**»²⁹. En efecto, lo que resulta de esta sorprendente afirmación es, nada más y nada menos, que Dworkin, más allá de lo que se pueda entender con la expresión 'concepto taxonómico', cuando ha criticado la 'taxomía' hartiana de reglas primarias de obligación y normas secundarias (de reconocimiento, cambio, y adjudicación), simplemente la ha substituido con otra, que incluye los principios como estándares jurídicos: todo esto, como él mismo afirma, mediante una estrategia que se demuestra ser solamente una ficción escolástica, una representación errónea, falsificada de la realidad, con fines meramente expositivos, podríamos decir. Que se trate de un error queda claro cuando en la nota a pié de página respectiva dice, con absoluta indiferencia y casi de pasada, dice: «puedo haber contribuido a tal error. En un artículo anterior sugerí que “el derecho” no solo contiene reglas sino también principios»³⁰. Pero con la misma indiferencia dice también que pronto se corrigió, es decir puso en duda la distinción. Para sufragar esta perentoria aserción él llama en causa, de manera sorprendente, el ensayo “The Model of Rules”, el mismo en el cual postula la distinción. Veamos sus siguientes afirmaciones: «No siempre es claro, de la forma de un estándar, si se trata de una regla o de un principio»; «en muchos casos es difícil hacer esta distinción [entre reglas y principios]: puede suceder en efecto que no haya sido establecido como deben operar los diferentes estándares y ello puede ser de por sí un motivo de controversia»; «en algunos casos regla y principio pueden tener el mismo papel»³¹. Dworkin parece afirmar y negar, al mismo tiempo, la posibilidad de identificar las reglas y los principios como elementos de un ordenamiento jurídico. Las primeras a través del test de pedigrí, como él le

²⁷ *Justice in Robes*, Belknap Press, New York, 2006 (*La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias V. - I. Ortis de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Barcelona, 2005).

²⁸ Cfr. *La justicia en toga*, pp. 14-15.

²⁹ *Ibid.*, p. 15 (la evidenciación es mía).

³⁰ *Ibid.*, nota 6, p. 15.

³¹ TRS, p. 55, Traducción mía).

llama, formulado por la regla de reconocimiento; y los segundos, en tanto que “escapan” a la regla de reconocimiento que no está en condiciones de etiquetarlos como material jurídico, mediante el recurso de moralidad política reconstruida por los jueces. Sea las unas, las reglas, que los otros, los principios, en todo caso conducen al mismo resultado, a la respuesta correcta. Las normas mediante el recurso al método subsuntivo: si el supuesto de hecho se adapta a, es decir contradice, la previsión abstracta de la regla definida como un acto obligatorio o prohibido y si ésta es válida al responsable del acto contrario a la previsión se le aplican las sanciones correspondientes; y si alguna de estas hipótesis, o todas, no se cumplen simplemente la regla en cuestión no funciona como estándar jurídico y hay que abandonarla. Y los principios, una vez que se les ha individualizado como posibles parámetros para decidir, a través de un procedimiento ya no del todo o nada, como sucede con las reglas, sino de modalidades que tienen que ver con la propia valoración del juez a partir de elementos, explícitos o implícitos, pertenecientes a la comunidad, a la historia, a la tradición, en suma propios de un conuntos de elementos de moralidad política.

Hay, en el ensayo “Model of Rules II”, otros pasajes en los que Dworkin confirma lo que se ha dicho, o sea que la distinción entre reglas y principios fué un error metodológico y conceptual en el que él también colocó su pequeño granito de arena. «... los juristas usan normas y principios para individualizar informaciones jurídicas, y es un error suponer que toda afirmación acerca de éstas consista en una formulación canónica³²». El rechazo de Dworkin hacia la idea en cuestión es aún más clara en esta otra aseveración:

«Mi idea no era que “el derecho” contiene un número fijo de estándares, algunos de ellos reglas y otros principios. En realidad me opongo a la idea de que “el derecho” es un conjunto determinado de estándares de cualquier tipo sean. Mi idea, más bien, era que una descripción cuidadosa de las consideraciones que los juristas [lawyers] deben tomar en consideración cuando deciden un particular asunto acerca de derechos y deberes jurídicos, debería incluir proposiciones que tengan la forma y la fuerza de los principios, y que los jueces y los mismos juristas, al justificar sus decisiones, con frecuencia usan proposiciones que deben ser entendidas de esta manera»³³.

La impresión que se recaba de la lectura de las últimas aseveraciones de Dworkin (algunas en el mismo ensayo “The Model of Rules I” en el que tiene inicio, en 1967, su ataque al iuspositivismo hartiana, y otras en “The Models of Rules II” de 1972, ambos incluidos en *Taking Rights Seriously*³⁴) no deja de sorprender. Sobre todo es lícito preguntarse, en relación a “The Model of Rules I”, acerca del sentido de afirmaciones tan contradictorias contenidas en un mismo ensayo, preguntarse, en suma, por su consistencia interna. Dworkin,

³² TRS, p.76 (traducción mía).

³³ Idem.

³⁴ Publicado originalmente con el título “Social Rules and Legal Theory” (Yale Law Journal, 1972, 855)

según sus mismas palabras, contribuyó a la generalización errónea (una simplificación y/o ficción escolástica) de la idea de que el derecho está formado por estándares bien determinados, sea reglas sea principios, pero inmediatamente, es decir en el mismo trabajo en donde lo afirmó, se corrigió. Ahora bien, corregirse inmediatamente después de haber cometido un error es un acto moralmente y académicamente honesto, bajo la condición, claro está, de no insistir en el mismo error. De un cónyuge que va a la cama con una persona que no es su pareja, y considera tal conducta, y lo admite de manera pública, como un error, es por demás lícito esperarse que no la reitere, es decir que se abstenga de hacer sexo con alguien que no es su pareja. Si, al contrario, sigue haciéndolo, se le podría calificar de muchas maneras de las cuales la más “endulzada” sería llamarle incoherente.

5. El error en el que cae Dworkin, es obvio, es un error de naturaleza conceptual muy diferente de la infidelidad conyugal; y es él mismo quien en efecto lo admite y, como afirma, “rápidamente me corregí”. La admisión de su error y su sucesiva corrección, sin embargo, no le conducen a no reiterarlo sino, al contrario a confirmarlo, es decir a sostener de manera perentoria que las críticas que la distinción ha recibido, muchas de ellas por parte de Raz³⁵, la dejan intacta. En efecto, en uno de los pasajes en los que admite su error³⁶ más adelante sostiene abiertamente que «la distinción entre reglas y principios permanece intacta»³⁷. Quizá lo más sorprendente, a final de cuentas, es que la distinción de la que parte el ataque frontal contra el iuspositivismo hartiano y de la que se origina la fortuna intelectual de su autor –y cuyas repercusiones se extendieron de manera notable hacia muchos aspectos de la teoría del derecho– haya constituido el punto de partida de un debate que ha orientado el rumbo, y marcado la agenda, de la teoría y de la filosofía de buena parte de la segunda mitad del siglo XX y que persiste en estos primeros decenios del siglo XXI.

Por supuesto, como señala Shapiro³⁸, los ataques al iuspositivismo hartiano –y en buena medida a la teoría iuspositivista en general– no se agotaron en “The Models of Rules I” sino que prosiguieron en otras importantes contribuciones, desde *Law’s Empire* hasta *Judges in Robes* y *Justice for Hedgehogs*. Aquí, como en otros lugares Dworkin –como se sabe– se da a la ardua tarea de formular su propia concepción del derecho como práctica interpretativa y/o como integridad, pero sin tomar las distancias radicalmente

³⁵ Vid. J. Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, en *Yale Law Journal*, 1972.

³⁶ TRS, p. 76.

³⁷ «The distinction between rules and principles remains untouched»

³⁸ Cfr. S. J. Shapiro, “The «Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. También I. Lifante Vidal, “EL derecho como práctica interpretativa” en J. M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 159-80.

de la distinción reglas-principios y la convicción de que el derecho incluye ambos estándares sin que, he aquí el factor determinante, la(s) regla(s) de reconocimiento estén en condiciones de individuar los principios. Y sobre todo, buscando un punto mediano entre el iuspositivismo (hartiano) y el iusnaturalismo³⁹. No es ahora el momento para evaluar si Dworkin tuvo éxito en esta empresa⁴⁰, pero si es cierto que la relevancia de sus críticas condujeron no solo a una profunda división en la literatura, grosso modo colocada en frentes distintos: positivistas incluyentes y positivistas excluyentes⁴¹, dependiendo del modo de considerar o no que la presencia en los ordenamientos jurídicos comportaba la admisión de que para identificar el derecho era necesario incluir criterios de naturaleza moral. Y es también cierto que, de manera mucho más radical se formó además un consistente frente de estudiosos cuya tesis principal es que el iuspositivismo constituye una reminiscencia del pasado que carece totalmente de instrumentos teórico-conceptuales para dar cuenta de la experiencia jurídica propia del Estado constitucional⁴².

6. El mismo Hart, por su cuenta, en el *Postscript* confirma su postura iuspositivista, puntualizando sin embargo que la regla de reconocimiento bien puede incluir factores que permiten que su teoría no pueda ser reducida, como pretende Dworkin, a una teoría de meros hechos sociales, es decir los hechos empíricos cuya realización permite identificar el material jurídico. Dice Hart, «aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones que Dworkin ha llamado criterios de “pedigrí”, y se refieran solo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas, y no a su contenido, expresamente sostengo tanto en este libro como en mi artículo anterior sobre “Positivismo y la separación entre derecho y moral”, que en algunos sistemas de derecho, como el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídica podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos podrían constituir el límite el contenido de límites jurídicos constitucionales»⁴³. Creo que existen razones plausibles para estar de acuerdo con esta afirmación, habida cuenta, en efecto, de que sobre todo, pero

³⁹ Sobre su rechazo del iusnaturalismo cfr. A. Schiavello, Op. cit.

⁴⁰ No lo tuvo, según Leiter, Shapiro y muchos más, en su intento de demoler el iuspositivismo hartiano.

⁴¹ Al respecto: R. M. Jiménez Cano, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008

⁴² M. Atienza-J. Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomia*, 2007, 27, pp. 8-28. El planteamiento de estos autores, claramente enunciado, es sostener que el positivismo jurídico en cualquier de sus versiones (excluyente, incluyente y axiológico), es incapaz de dar cuenta del derecho del Estado constitucional.

⁴³ Hart, *Post-scriptum al concepto de derecho*, p. 22. También ibid. p. 26. Hart cita aquí también su conocido ensayo “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, trad. de G. Carrió en H. L. A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, De Palma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64)

también antes por supuesto, en los actuales Estados constitucionales de derecho, encuentran lugar elementos como los que Hart señala, y otros más aún, que a todas luces parecen ser lo que Dworkin llama principios. Pero si con esta estrategia, que Hart utiliza para responder a lo que considera la más conocida crítica dworkiniana⁴⁴, pareciera encontrar puntos de conciliación entre su teoría y las tesis de Dworkin, la respuesta de éste, como se sabe, no deja lugar a duda alguna acerca de que considera su distinción, entre reglas y principios, inatacable. Es el mismo Hart, en efecto, quien confirma que Dworkin «ha insistido en que los principios únicamente podrían ser incluidos en mi teoría del derecho a costa de abandonar sus doctrinas centrales». Entre éstas, por supuesto aquella acerca de la ausencia de cualquier conexión importante, necesaria y/o conceptual, entre el derecho y la moral⁴⁵. Hart, en consecuencia, siguiendo con su estrategia, al tiempo que admite que no ha examinado suficientemente en CL la cuestión de los principios, sostiene –hipotizando que sus críticos, no sólo Dworkin, estarían de acuerdo con él– que reglas y principios pueden diferenciarse en dos aspectos. Primero, porque se trata de una cuestión de grado: «los principios son, en relación con las reglas, amplios, generales, o no específicos, en el sentido de que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un principio particular». En segundo lugar porque al referirse los principios, más o menos de manera explícita, a algún fin o valor, son considerados como «desables de mantenerse o de adherirse a ellos y, de esta forma, no son sólo considerados como proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino como contribuyendo a su justificación»⁴⁶.

No obstante lo anterior Hart no ignora, por supuesto, que la crítica dworkiniana más severa parte precisamente de la convicción de éste (Dworkin, y aquellos que se adhieren a sus tesis) de que la distinción entre reglas y principios no es de la manera más absoluta una cuestión de grado, sino sustantiva, y de que mientras de las primeras se puede predicar su validez (o invalidez) ello no sucede con los segundos, de los cuales lo más que podemos hacer es referirnos a su peso en aquellas ocasiones en que se les pretende usar como estándares jurídicos para decidir una controversia. En consecuencia, según Dworkin, una regla que a primera vista parece susceptible de ser aplicada a un caso pero se determina, por alguna razón, que es derrotable por otra, por una excepción prevista por ejemplo o por una regla considerada idónea, debe dejar de ser considerada válida o sea reformulada en términos diversos; a diferencia de un principio, el cual siendo “derrotado” por otro en virtud de su mayor peso para el caso en cuestión mantiene de alguna su carácter de principio existente, es decir válido, en un ordenamiento jurídico⁴⁷.

⁴⁴ Hart, *Post-scriptum al concepto de derecho*, p. 38

⁴⁵ *Ibid*, p. 37.

⁴⁶ *Ibid*, p. 39.

⁴⁷ Dworkin, TRS, p. 23 *passim*.

Para Hart, y creo que le asiste la razón, no hay ninguna razón que sustente las perentorias afirmaciones de Dworkin. «No veo ninguna razón para aceptar este contraste tajante entre los principios jurídicos y las reglas jurídicas, ni la tesis de que si una regla válida es aplicable a un caso dado tiene siempre que determinar, contrariamente a los principios, el resultado del caso. No existe ninguna razón del por qué un orden jurídico no deba reconocer que una regla válida determina un resultado en casos a los cuales ésta se aplica, excepto donde otra regla, considerada más importante, es también aplicable al mismo caso. De esta manera, una regla que es vencida al competir con una regla más importante en un caso dado puede sobrevivir, como un principio, para determinar el resultado en otro caso donde esta regla sea considerada más importante que [cualquier] otra en conflicto»⁴⁸.

7. Para Hart, así como Raz y Waluchow⁴⁹, la tajante distinción entre reglas y principios delineada por Dworkin, no únicamente una mera cuestión de grado, es inaceptable; y lo es, en pocas palabras, porque cuando una regla no es aplicada a un caso en virtud de que éste se subsume en otra ello no significa que pierde su validez jurídica, como estándar aplicable a un futuro caso. Además, como se ve claramente en *Riggs* una norma, aquella que la opinión minoritaria expresada por el juez Gray es esgrimida como estándar para decidir, finalmente es vencida por el principio --que para Dworkin, no hay que olvidarlo. Las reglas, sostiene Hart, entonces no son una expresión del todo o nada, en una relación con otras normas, sino que pueden en realidad colisionar con los principios. Hart admite, sin ninguna reticencia, no haber atribuido a los principios una suficiente atención en CL, y reconoce además el mérito de Dworkin en haberlos señalado como factores importantes en el razonamiento jurídico y en la jurisdicción⁵⁰. Sin embargo, Hart, y aquí se encuentra claramente su ecumenismo intelectual al tratar de reducir las distancias entre su iuspositivismo y el (quasi)iusnaturalismo de Dworkin (o pospositivismo o como se le quiera llamar), afirma de manera nítida que con la expresión 'regla' él en ningún modo incorpora un'idea del todo o nada o de estándares concluyentes⁵¹: «no solo llamé la atención», dice Hart, «hacia lo que llamo, de forma posiblemente no muy feliz, "estándares jurídicos variables", los cuales especifican factores que deben tomarse en cuenta y sopesarse con otros, sino intenté explicar por qué ciertas áreas de conducta son susceptibles de regulación no por tales estándares variables como "el debido cuidado", sino, más bien, por reglas casi concluyentes que prohíben o requieren las mismas acciones específicas en todos los casos, aunque raros. Así es por lo que tenemos

⁴⁸ Hart. *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 39 (los corchetes aparecen en el original).

⁴⁹ J. Raz, "Legal Principles and Limits of Law", cit., pp. 832-834; W.J. Waluchow, "Herculean Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, 5, pp. 189-192.

⁵⁰ Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., pp. 42-42

⁵¹ Y en efecto hay que darle razón en este sentido, si tenemos en mente sus afirmaciones acerca de la estructura abierta del lenguaje del derecho. En muchas páginas del capítulo VII ("Formalismo y excepticismo ante las reglas") de CL vemos confirmada esta idea.

reglas contra el homicidio y el robo y no meramente principios que requieren el debido respeto por la vida y la propiedad»⁵².

Creo que a Hart le asiste la razón, en buena medida, para rechazar las observaciones de Dworkin según las cuales en CL no hay lugar para los principios, y también para matizar de manera consistente la fuerza de la crítica según la cual los principios no pueden ser identificados mediante regla de reconocimiento alguno. A lo largo de este trabajo he tratado de seguir los razonamientos de uno y otro autor y creo que estoy en condiciones, después de un examen detallado, que lo único que queda en pie de la crítica dworkiniana es su convicción de que los principios en última instancia constituyen estándares para decidir dictados no por su pertenencia a un universo jurídico determinado sino en razón de que son expresiones de moralidad política puesta en acto por los jueces; sin que ello impida, lo que podría aparecer a muchos observadores como un ejercicio discrecional del uso de los espacios que el lenguaje jurídico, así como la misma estructura, ni completa ni coherente, de un orden jurídico, dejan en las manos de los jueces. Para Dworkin, al contrario, tal ejercicio de moralidad es la expresión conclusiva de un proceso decisorio a través del cual se llega a la respuesta correcta sin superar los límites de la juridicidad. Lo que terminaría, finalmente, por demoler el pilar fundamental del iuspositivismo, o sea la separación conceptual entre el derecho y la moral, la convicción de que una cosa es el derecho como es y otra el derecho como nos gustaría que fuese. El error de Hart, si de error es posible hablar, fué no reconocer que su planteamiento conceptual, a pesar de los puntos de contacto que él mismo subraya y que yo mismo he evidenciado, es radicalmente diferente del de Dworkin. Éste está convencido de que la presencia de los principios y de su uso como estándares jurisdiccionales conduce a la superación del iuspositivismo, mientras que para Hart no es así según lo que percibimos en sus respuestas en el *Postscript*. Hart, y creo que en esto tiene razón Farell ⁵³ de alguna manera no llega a la conclusión de que su pensamiento y el de Dworkin están situados en dos marcos intelectuales incompatibles, el propio de matriz iuspositivista y el de Dworkin anti(o pos)positivista. Y no toma en cuenta además, pero en ello está en buena compañía, el hecho de que Dworkin ya en “Model of Rules I”, así como en trabajos posteriores⁵⁴ admite que la distinción entre reglas y principios, que constituye el punto de partida de su operación crítica global contra el iuspositivismo, es una mera ficción escolástica. Una mera ficción escolástica que, a pesar de todo, puso en jaque la tranquilidad intelectual de Hart, generó un debate que se extiende hasta hoy y que en buena medida ha dictado la agenda de la filosofía y la teoría del derecho. Una crítica al iuspositivismo fundada en una ficción escolástica que, por otra parte, se revela demasiado débil si se está de acuerdo con la idea de que sin negar que los ordenamientos jurídicos característicos del Estado constitucional de derecho

⁵² Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 43.

⁵³ “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, cit.

⁵⁴ Y lo confirma decididamente en *La justicia en toga*, cit., (notas 28 y 29, *supra*)

incorporen aspectos que bien puedan ser considerados principios, de cualquier forma, por el hecho de que están constitucionalizados se les puede identificar recurriendo precisamente al dictado constitucional. Por otra parte, si el carácter abierto del lenguaje mediante el cual son expresados –mayor por supuesto del que se puede ver en las reglas– no permite su uso de manera perentoria, la discrecionalidad de los operadores jurídicos, aunque pueda ser el resultado de su propia moralidad, es dudoso que sirva como punto de partida para afirmar una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Mi afirmación no tiene el sentido de atribuir a la teoría del derecho exclusivamente una valencia descriptiva a través de la cual se deba aceptar la versión metodológica propuesta por Norberto Bobbio⁵⁵. Al contrario, y en esto estoy completamente de acuerdo con quienes sostienen que el Estado constitucional de derecho nos obliga a replantear nuestro aparato conceptual, una teoría del derecho acorde con nuestro tiempo no puede ser sino una combinación de elementos descriptivos y elementos valorativos, habida cuenta precisamente de la incorporación de los principios en las Constituciones y la toma de conciencia de que tanto en la reflexión como en la aplicación del derecho juegan un papel no indiferente factores valorativos de carácter indudablemente subjetivos.

⁵⁵ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 1961; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Turín, 1965. Bobbio, como es bien conocido, distingue tres versiones del iuspositivismo: metodológico, teórico e ideológico.