

FILOSOFÍA Y DERECHO



La justicia con toga

Ronald Dworkin



Marcial Pons

Colección

Filosofía y Derecho

José Juan Moreso Mateos (dir.)

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

LA JUSTICIA CON TOGA

RONALD DWORKIN

LA JUSTICIA CON TOGA

Traducción de
MARISA IGLESIAS VILA
e
ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Ronald Dworkin

© Título original: *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

Esta traducción se publica de acuerdo con Harvard University Press.

© Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

ISBN: 978-84-1381-614-2

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S.L.

MADRID, 2007

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. EL DERECHO Y LA MORAL	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. PRAGMATISMO Y DERECHO	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. EN ALABANZA DE LA TEORÍA	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
CAPÍTULO III. EL NUEVO <i>BULLDOG</i> DE DARWIN.....	89
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
CAPÍTULO IV. EL PLURALISMO MORAL	123
CAPÍTULO V. ORIGINALISMO Y FIDELIDAD	135
CAPÍTULO VI. EL <i>POSTSCRIPT</i> DE HART Y EL SENTIDO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA.....	159
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
CAPÍTULO VII. TREINTA AÑOS DESPUÉS	206
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
CAPÍTULO VIII. LOS CONCEPTOS DE DERECHO	243
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
CAPÍTULO IX. RAWLS Y EL DERECHO	263
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
FUENTES.....	285
BIBLIOGRAFÍA	287

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 ¹. 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 ², y Lon FULLER sostenía que no hay derecho si no se cumplen ciertos estándares mínimos de justicia procedimental ³.

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-

¹ 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.

² Véase RHEINSTEIN, 1954: 13.

³ 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 ⁴.

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

⁴ 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 tipo⁵. 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 escolástica⁶. 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

⁵ Véase RAZ, 1980: 34.

⁶ 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-

dicas no sólo depende de las leyes escritas, sino también de las decisiones judiciales previas. Si la interpretación correcta de las decisiones previas de los tribunales superiores relevantes es que quienes son lesionados por la conducta negligente de otros pueden exigirles la reparación de estos daños, entonces tal principio forma parte del derecho. Pero a veces no está claro cuál es la interpretación correcta de una serie de decisiones judiciales: una línea jurisprudencial puede ser coherente con el principio de que quien es negligente es legalmente responsable del daño que cause, pero también con el más limitado principio según el cual es responsable sólo de aquellos daños que razonablemente pudo prever. Puede ser que la interpretación correcta de estas decisiones dependa de si la ley debe limitar los daños de la forma descrita.

Debemos tener en cuenta estas distintas formas en que la moral puede aparecer en la decisión sobre cuál es el derecho. Acabo de tener cuidado de decir sólo que *puede* pensarse que la verdad de las proposiciones jurídicas depende de la verdad de las exigencias morales en las antedichas maneras porque, como veremos a lo largo de este libro, cada una de estas supuestas interconexiones es controvertida. Un influente grupo de jueces constitucionales y de académicos, por ejemplo, niega que la mejor comprensión de las cláusulas abstractas de la Constitución de los Estados Unidos haga depender la validez de las leyes de cuestiones morales o que la moral tenga algo que ver con cómo deben interpretarse las leyes imprecisas. Ofrezco este catálogo sólo para recordarnos que debemos ser sensibles a la pluralidad de diferentes formas en que algunos juristas entienden que el derecho depende de la moral.

2. EL CASO SORENSON

También debemos ser sensibles a los diferentes lugares en los que en una teoría general del derecho puede aparecer la cuestión del papel de la moral. Los ilustraré describiendo un caso imaginario y mostrando las diferentes etapas de una teoría general que podría ofrecer una explicación completa de qué proposiciones jurídicas resultan verdaderas en tal caso. Compararé mi propia visión acerca de cómo debería resolverse tal caso según la teoría general que yo mismo he intentado construir con los puntos de vista de otros teóricos que discuto en este libro. Describo este caso imaginario con cierto detalle en el capítulo VI: se produce porque durante años la Sra. Sorenson tomó un medicamento cuyo nombre genérico es Inventum pero que fue producido bajo diversos nombres comerciales por diferentes fabricantes. Inventum tuvo graves efectos secundarios, cuya existencia fue negligentemente inadvertida por quienes lo producían, y la

Sra. Sorenson sufrió graves lesiones vasculares. Sin embargo, no puede probar qué empresa farmacéutica produjo las píldoras que tomó: con seguridad tomó píldoras fabricadas por uno o varios de los numerosos fabricantes que producían Inventum, pero con igual seguridad no tomó píldoras fabricadas por algunos de ellos. Simplemente no puede recordar ni descubrir qué empresas están en una u otra situación.

Los abogados de la Sra. Sorenson han demandado conjuntamente a todas las empresas farmacéuticas que produjeron Inventum en el periodo durante el cual ella consumió tal droga. Alegan que, como no puede probarse cuántas (si alguna) de las píldoras que tomó fueron producidas por cada empresa, debe entenderse que el derecho les hace responsables en proporción a su cuota de mercado de las ventas de Inventum en los años pertinentes. Los abogados de las empresas farmacéuticas responden, por el contrario, que el derecho no hace en absoluto responsable a ninguna de las empresas a menos que ella pueda probar que es la responsable de sus lesiones. Entienden, por lo tanto, que no tiene derecho a indemnización alguna. Ambas partes argumentan basándose en aquello que dice el derecho, no en lo que éste debería decir. Ninguna de ellas propone que los magistrados que juzgan el caso prescindan del derecho y decidan en su favor basándose en que tal cosa es lo que requiere la justicia. Si nosotros mismos tenemos que posicionarnos sobre cuál de ambas partes (si alguna) tiene razón, tenemos que decidir cuál es el derecho aplicable en la jurisdicción de la Sra. Sorenson.

¿Qué tipo de pregunta es ésta? Podríamos decir que es una pregunta jurídica que debe responderse acudiendo a los libros de derecho. ¿Pero cómo sabemos qué conclusiones extraer de aquello que encontramos en los libros? Imaginemos que encontramos muchas decisiones anteriores en las que los jueces afirmaron que nadie es responsable por lesiones que no causó y no encontramos ninguna en la que el juez concediera una indemnización basándose en la cuota de mercado en lugar de en la causación directa. Los abogados de las empresas farmacéuticas argumentarían que de estos datos históricos se desprende que su comprensión del derecho es la adecuada. Pero los abogados de la Sra. Sorenson no estarían de acuerdo. Dirían que, siendo la situación de la Sra. Sorenson distinta de la de cualquiera de los demandantes en cualquiera de los casos anteriores, no podemos directamente asumir que los principios generales sobre responsabilidad y causalidad que los jueces citaron en el pasado sean una exposición completamente adecuada del derecho. Argumentarían que éste se expone mejor mediante un principio más general que requiere la prueba de la causación en la mayoría de los casos en los que una de las partes demanda a la otra para conseguir una indemnización por daños, pero no en todos, y no, en particular, en el de la Sra. Soren-

son. Es cierto, dirán, que los jueces todavía no han anunciado o siquiera identificado este principio más profundo. Pero ello no demuestra que no exista.

¿Cómo hemos de decidir cuál de estos dos métodos tan distintos de decidir qué dice el derecho es el correcto? A lo largo de sus carreras los abogados utilizan formas de argumentar acerca del derecho que toman por dadas. Pero imaginemos que queremos ser más reflexivos y ofrecer una respuesta más profunda y más general que aquella que la mayoría de los abogados tiene tiempo o interés en construir. Si lo hacemos, entonces tenemos que desarrollar lo que denomino una teoría general del derecho: una explicación del concepto doctrinal de derecho que sea útil para responder a nuestra pregunta.

3. EL NIVEL SEMÁNTICO

Sin embargo, no resulta inmediatamente claro cómo sería esta teoría y cómo hemos de proceder para construirla. Eso es algo que depende de cuál supongamos que es la función del concepto doctrinal para aquellos a quienes dirigimos nuestra teoría: los conceptos pueden ser usados de formas muy diversas y nuestra teoría de cualquiera de los conceptos de derecho debe ser sensible al papel que entendemos que ésta desempeña. La pregunta principal es la siguiente: ¿qué supuestos y qué prácticas deben ser compartidos por la gente para que resulte sensato decir que comparten el concepto doctrinal de modo que de forma inteligible puedan estar de acuerdo o no sobre su aplicación? Las distinciones que siguen resultarán útiles en la respuesta a este interrogante.

3.1. Conceptos criteriológicos

La gente comparte ciertos conceptos sólo cuando se ponen de acuerdo en una definición (aproximada o precisa) que establece los criterios para la correcta aplicación del término o frase en cuestión. La gente comparte el concepto de soltería masculina (*bachelorhood*) sólo cuando saben que un soltero es un varón no casado, por ejemplo, y comparten el concepto de triángulo equilátero sólo cuando saben que tal triángulo tiene lados de idéntica longitud. La equilateralidad es un concepto preciso. La soltería es un concepto razonablemente preciso, aunque tiene cierta imprecisión: ¿un varón de dieciocho años que nunca se ha casado es un soltero? Otros conceptos criteriológicos son mucho menos precisos. El concepto de matrimonio es un concepto criteriológico moderadamente impreciso. Denomi-

namos «matrimonio» a muchas formas distintas de arreglos legales y sociales que encontramos en diversas sociedades. Los conceptos sociológico y taxonómico de derecho también son moderadamente imprecisos. Desarrollar una teoría de este tipo de concepto significa proponer una definición más precisa para algún propósito concreto. Pero sería un error afirmar que la definición más precisa captura mejor que el resto la esencia del concepto. Es un error, por ejemplo, decir, tal y como se hace a menudo hoy en día, que la esencia del matrimonio consiste en la unión de un hombre y una mujer, de modo que el «matrimonio gay» es una contradicción en sus propios términos.

3.2. Conceptos de clase natural

La gente comparte algunos conceptos cuyas instancias tienen una estructura física o biológica (metales y animales, por ejemplo), aunque no estén de acuerdo en la naturaleza esencial de los ejemplos o en los criterios que utilizan para identificar tales ejemplos. Algunos expertos saben mucho sobre el ADN del tigre; otras muchas personas saben que los tigres tienen ADN y que éste les hace ser lo que son; todavía más gente no ha oído hablar del ADN, pero a pesar de ello suponen que todos los tigres tienen la misma estructura biológica y que los científicos pueden identificarla, sea ésta la que sea; y hay muchísima más gente que no tiene ni idea de estructuras biológicas pero sabe que el tigre es un tipo específico de animal: una bestia grande, peligrosa y con la piel a rayas que se encuentra en los zoológicos o en la selva. A pesar de lo anterior, todos comparten el concepto de ser tigre: el miembro de una sociedad primitiva que cree que los tigres son manifestaciones de espíritus malignos y el zoólogo evolutivo que estudia su historia genética pueden estar de acuerdo sobre cuántos tigres hay en una habitación, y su desacuerdo sobre cómo llegaron a existir los tigres es genuino, no espurio. Los conceptos de clase natural permiten un tipo de análisis que no puede llevarse a cabo con los conceptos criteriológicos: la ciencia puede afirmar haber descubierto una esencia auténtica en el caso de los primeros, en forma de su organización molecular o biológica, que no tendría ningún sentido en el caso de los segundos. Pero, por supuesto, de aquí no se sigue que la teoría filosófica de una clase natural deba tomar esta ruta científica. Cualquiera que intente explicar el poema de BLAKE dejaría de lado el ADN del tigre * para concentrarse por completo en las propiedades más superficiales de este animal.

* *N. de T.*: El autor hace referencia al poema de William BLAKE *Oh Tyger* (de ahí la peculiar ortografía de la palabra «tigre» en el texto, que conserva la del original en inglés).

3.3. Conceptos interpretativos

Algunos de nuestros conceptos funcionan todavía de otra forma, como conceptos interpretativos que nos animan a reflexionar y cuestionar aquello que exige alguna práctica que hemos construido. En el mundo del boxeo la gente está de acuerdo en el concepto de ganar un asalto, aun cuando a menudo discutan sobre quién ha ganado un concreto asalto y sobre qué concretos criterios deberían emplearse para decidir tal cuestión. Cada uno entiende que las respuestas a estas preguntas dependen de cuál es la mejor interpretación de las reglas, convenciones, expectativas y otros fenómenos del boxeo y de cuál es la mejor manera de hacer intervenir a todos estos factores en la toma de tal decisión en una ocasión concreta. Como explico en el capítulo VI de este libro, también los conceptos centrales de la moralidad política y social (los de justicia, libertad, igualdad, democracia, correcto, incorrecto, crueldad e insensibilidad) funcionan para nosotros como conceptos interpretativos⁷. La gente comparte el concepto de justicia a pesar de los profundos desacuerdos que existen, tanto sobre los criterios para identificar la injusticia como sobre qué instituciones son injustas.

La práctica lingüística convergente determina la correcta aplicación tanto de los conceptos criteriológicos como de los naturales, aunque de manera distinta en cada caso. Quienes comparten un concepto criteriológico pueden por supuesto estar en desacuerdo e incurrir en error acerca de si los criterios para su aplicación se dan en un caso concreto: sobre si un hombre estuvo alguna vez casado, por ejemplo, y por tanto sobre si se trata de un soltero o de un viudo. Quienes comparten un concepto de clase natural pueden equivocarse en un sentido más fundamental. Algunos pueden equivocarse acerca de la naturaleza esencial de las propiedades de los conceptos, del modo en que la gente se equivocó durante años al no saber que los sonidos son ondas⁸. Pueden también equivocarse sobre instancias: sobre si un mineral dorado es oro o sólo pirita, o sobre si una ballena es un pez. Pero identificar tales errores presupone que subyace una práctica

⁷ Quizá algunos o todos los conceptos interpretativos comenzaron sus vidas conceptuales como criteriológicos: así, quizás las personas ya tenían el concepto de justicia cuando todos entendían que el calificativo «injusto» sólo se refería a las conductas convencionalmente censuradas. Pero aunque fuera así, hace ya tiempo que estos conceptos dejaron de funcionar como criteriológicos. El proceso inverso, sin embargo, es muy común. Un concepto criteriológico impreciso se transforma en uno interpretativo cuando se inserta en una regla o instrucción o principio de cuya correcta interpretación depende algo importante, por ejemplo. Si un parlamento fuera lo suficientemente estúpido como para aprobar una exención fiscal para los varones solteros, algún día un juez se vería obligado a decidir si un varón de dieciocho años no casado podría beneficiarse de la misma. No decidiría estipulando una definición más precisa de «varón soltero» sino devanándose los sesos sobre qué decisión serviría mejor los objetivos que en su opinión persiguen tal exención.

⁸ Véase NAGEL, 2002: 194.

convergente que vincula el concepto a alguna concreta clase natural. Imaginemos que el común de las personas considerara oro tanto el oro en sentido químico como la pirita, y ello aunque supieran que un joyero probablemente los diferenciaría como materiales distintos y descartaría el segundo de ellos. Probablemente no diríamos que incurren en un error, sino que los químicos han desarrollado un término técnico para la clase de oro que resulta valioso. Imaginemos que en nuestro planeta hubiera dos tipos de fluido potable que se comportaran de manera idéntica a como se comporta el agua y la gente usara la palabra «agua» para referirse indiscriminadamente a ambas sustancias, aunque los científicos supieran que tienen diferente composición molecular. En tal caso tendríamos que estudiar con mayor cuidado la práctica lingüística para ver si en el uso popular «agua» se refería al agua y fue incorrectamente aplicada a la otra sustancia o si se refería conjuntamente a ambas sustancias, de modo que no se cometió ningún error.

Los conceptos interpretativos también requieren que las personas compartan una práctica: deben coincidir en tratar el concepto como interpretativo. Pero ello no quiere decir que tengan que converger en la aplicación del concepto. Pueden compartir un concepto de tal tipo aunque disientan dramáticamente sobre sus instancias. Así pues, una teoría útil de un concepto interpretativo (una teoría de la justicia de ganar un asalto) no puede limitarse a informar de los criterios que la gente usa para identificar instancias ni a excavar la estructura profunda de aquello que comúnmente se acuerda que son instancias. Una teoría útil de un concepto interpretativo debe ser ella misma una interpretación, que muy probablemente será controvertida, de la práctica en la que figura tal concepto.

En mi opinión el concepto doctrinal de derecho funciona como un concepto interpretativo, al menos en las comunidades políticas complejas. Compartimos ese concepto como agentes en prácticas políticas complejas que requieren que las interpretemos para decidir cuál es la mejor manera de continuarlas, y usamos el concepto doctrinal de derecho para exponer nuestras conclusiones. Elaboramos el concepto asignando valor y finalidad a la práctica, y nos formamos opiniones acerca de las condiciones de verdad de las concretas tesis que se sostienen dentro de la práctica a la luz de las finalidades y los valores que asignamos⁹. Ésta es la idea que ya defendí en mi libro *Law's Empire*¹⁰ (*El imperio del Derecho*) y que defendiendo en éste, de modo particular en los capítulos VI y VIII. El que sea muy poca la gente que identificaría su propia práctica de esta manera apenas

⁹ Por supuesto, no pretendo decir que los juristas efectúen estos juicios de modo consciente. La educación universitaria, la formación profesional y la práctica les dota de una percepción cuya mejor explicación es que es una respuesta intuitiva a estas preguntas.

¹⁰ Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986.

puede considerarse una objeción decisiva: lo que estamos haciendo es explicación filosófica, no introspección semántica vicaria. Mi hipótesis explica los tipos de acuerdo y disenso sobre el derecho que efectivamente encontramos, algo que no hacen las hipótesis alternativas (según las cuales el concepto doctrinal es, bien criteriológico, bien un concepto de clase natural). Sin embargo, otros filósofos del derecho tratan el concepto de alguna de estas dos maneras. De modo que debemos contar, como parte de una teoría tal, con un nivel semántico inicial en el que se realiza o (de modo mucho más común) simplemente se asume tal elección.

4. EL NIVEL IUSFILOSÓFICO

En el siguiente nivel de la teoría jurídica, que podemos denominar «el nivel iusfilosófico», el teórico debe construir el tipo de teoría del derecho que resulta apropiada en atención a la respuesta que en el nivel semántico se dio a la pregunta de qué clase de concepto es el concepto doctrinal. Como entiendo que se trata de un concepto interpretativo, en el nivel iusfilosófico intento interpretar de modo general las prácticas en las que figura. Ofrezco una explicación general de la mezcla de valores que mejor justifica la práctica y que por lo tanto debe guiarnos en su continuación cuando en el siguiente nivel formulemos las condiciones de verdad para las proposiciones jurídicas concretas. En el capítulo VI defiendo que debemos encontrar tales valores estudiando el concepto aspiracional de derecho para determinar qué valores proporcionan la mejor explicación de tal concepto; esto es, qué otros valores proporcionan la mejor explicación del imperio de la ley como ideal político. En este nivel se unen las reflexiones sobre los conceptos doctrinal y aspiracional, de modo que el proyecto es uno en el que la moral figura de modo inevitable, porque cualquier teoría sobre la mejor manera de entender un valor explícitamente político como el valor aspiracional del derecho tiene que ser un ejercicio de moralidad política.

Creo que cualquier explicación apropiada del concepto aspiracional (de los valores de legalidad e imperio de la ley) debe otorgar un lugar prominente al ideal de integridad política, esto es, al principio de que, en la medida de sus posibilidades, el Estado debe intentar gobernar a través de un conjunto coherente de principios políticos cuyo beneficio extiende a todos los ciudadanos. Reconocer tal dimensión de la igualdad y luchar por ella es, entiendo, esencial para la legitimación del poder coercitivo del Estado. Pero otros teóricos que en el nivel semántico están de acuerdo conmigo en que el concepto doctrinal es un concepto interpretativo, y que también piensan que debemos encontrar el valor general de la práctica jurídica en el concepto aspiracional de legalidad pueden, sin embargo, defen-

der explicaciones muy diferentes de la mía respecto a los valores incluidos en tal concepto aspiracional. Bien podrían entender, por ejemplo, que el valor político y social del ordenamiento jurídico yace en su habilidad para facilitar la planificación de los ciudadanos y coordinar sus actividades en interés de la eficiencia individual y colectiva.

5. EL NIVEL DOCTRINAL

Una vez que desarrollamos una teoría del valor del derecho en el nivel iusfilosófico, pasamos a un tercer nivel, el doctrinal, en el cual construimos una explicación de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a la luz de los valores identificados en el nivel iusfilosófico. Imaginemos que los abogados de las empresas farmacéuticas en el caso de la Sra. Sorenson fueran partidarios de la opinión que acabo de describir (según la cual el valor general de las prácticas jurídicas yace en su facilitación de la eficiencia personal y colectiva). En tal caso, podrían argumentar que como mejor se sirve a ese valor es por medio de una teoría doctrinal que haga depender la verdad de las concretas proposiciones jurídicas exclusivamente de lo que las autoridades legales hayan declarado en el pasado, porque tal práctica ayudaría a que el contenido de las normas legales fuera pacífico y de tal forma se promovería la eficiencia en la coordinación. De este modo, podrían apoyar su tesis de que la moral no es relevante a la hora de juzgar la verdad de la pretensión de la Sra. Sorenson, aunque hubieran reconocido la relevancia de la moral en el nivel iusfilosófico. Como mis propias opiniones en el nivel iusfilosófico subrayan la integridad, no la eficiencia, en el nivel doctrinal argumento a favor de una teoría muy diferente.

En mi opinión, la mejor manera de implementar la interpretación de la práctica jurídica basada en la integridad es adoptando en el nivel doctrinal condiciones de verdad que conviertan en una cuestión interpretativa la propia pregunta de qué dice el derecho sobre cualquier cuestión. Una proposición jurídica es verdadera, propongo, si se extrae de principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea. La cuestión de si el derecho concede a la Sra. Sorenson el derecho a ser indemnizada por las empresas farmacéuticas de acuerdo con la cuota de mercado debe, según esta perspectiva, ser decidida preguntándose si la mejor justificación de la totalidad del derecho de la imprudencia contiene un principio moral que requiera tal resultado en sus circunstancias. En el caso de la Sra. Sorenson dicha fórmula no decide automáticamente la cuestión en un sentido o en otro. Puede ser que la

mejor justificación de la teoría de la imprudencia incluya un principio moral según el cual es injusto considerar a alguien responsable por los daños producidos por una lesión que no causó. Pero también puede ser que la mejor justificación rechace tal principio general en beneficio de un conjunto distinto de principios que incluya la idea de que aquellos que se benefician de una empresa arriesgada deberían compartir sus riesgos. En ese caso, el derecho probablemente favorecería a la Sra. Sorenson. Soy cauteloso respecto a ambas conclusiones porque, tal y como veremos, cualquier interpretación general de una parte sustancial del derecho debe ser más compleja de lo que indica el argumento hasta ahora desarrollado. Tan sólo quiero sugerir qué tipo de razonamiento requeriría mi planteamiento en el nivel doctrinal, y también subrayar que las preguntas que efectúa son explícitamente morales. Si tengo razón, la moral está implicada en la identificación del derecho no sólo en el nivel iusfilosófico, sino también en el doctrinal.

Una concreta interpretación de una parte de la doctrina jurídica, como la teoría de la imprudencia, es mejor que otra (muestra que la práctica jurídica sirve mejor los ideales del derecho propuestos o asumidos en el nivel iusfilosófico de análisis) si proporciona una mejor justificación moral de tal doctrina. Es posible por lo tanto distinguir dos dimensiones conforme a las cuales podemos medir el éxito de una propuesta de justificación. En primer lugar, una justificación debe ser por lo menos mínimamente compatible con aquello que pretende justificar. No resultaría apta como justificación la afirmación de que la práctica jurídica contemporánea sirve al valor de implementar la voluntad de Dios tal y como ésta viene revelada en algún documento bíblico concreto. Incluso si la adopción de tal meta fuera legítima e importante para la práctica jurídica, no podemos sostener que sea la meta de la nuestra, porque tal afirmación ni siquiera superficialmente coincide con lo que los jueces y abogados realmente hacen. En segundo lugar, la justificación de la práctica debe hacer algo más que ser provisionalmente compatible con tal práctica. También debe describir algún valor suficientemente importante al que ésta sirve. Para justificar las instituciones y las prácticas jurídicas no valdría con afirmar que éstas proporcionan un buen modo de vida a muchos abogados. Este resultado, aunque es desde luego real, no es lo suficientemente importante o valioso como para justificar una práctica política de tan colosal importancia.

La distinción entre estas dos dimensiones de interpretación no tiene como objetivo capturar cómo piensan realmente los intérpretes. Por medio de la educación académica, el entrenamiento práctico y la experiencia todo abogado construye su propia idea de cuándo una interpretación encaja lo suficientemente bien como para contar como interpretación en lugar de invención, y utilizará tal idea de forma inconsciente. Utilizo esta distin-

ción no como un informe fenomenológico, sino como un instrumento analítico para ayudar a entender la lógica de la interpretación y las diferentes maneras en las que se puede poner en duda una interpretación. En cualquier caso, es importante no malinterpretar la distinción suponiendo, tal y como han hecho algunos comentaristas, que el test de ajuste es sólo un control mecánico de coherencia. Por el contrario, las dos dimensiones de ajuste y valor representan distintos aspectos de un mismo juicio global de moralidad política, y cómo los apliquemos y los juntemos en la decisión final sobre el éxito interpretativo en el nivel doctrinal reflejará nuestro juicio en el nivel iusfilosófico previo¹¹. Si entendemos que la justificación política del derecho incluye algún requisito de integridad y si ésta es la razón por la que escogemos un control de ajuste para las proposiciones jurídicas, entonces debemos elaborar la dimensión de ajuste para que refleje nuestra más refinada idea acerca de qué es la integridad y en qué radica su valor. ¿Tenemos por ejemplo que insistir en que los principios que proponemos para justificar la teoría de la imprudencia en el estado federado en el que reside la Sra. Sorenson encajan no sólo con las decisiones adoptadas por los tribunales de su estado en el pasado sino también con la motivación con la que los jueces apoyaron su decisión? Para responder a estas y otras preguntas semejantes hemos de intentar ser más claros acerca de por qué es importante que una comunidad política extienda a todos el mismo régimen de principios. En mi opinión, la explicación adecuada de este requisito tiene que ver con el modo en que tal comunidad usa realmente sus poderes para intervenir en la vida de los ciudadanos, y no en las razones que diversos funcionarios han dado para justificar tales intervenciones en el pasado.

Las interpretaciones jurídicas completas todavía resultan complejas en otro importante sentido. Buscan principios que justifiquen las afirmaciones sustantivas acerca de los derechos y obligaciones jurídicos y el resto de aquello que una concreta práctica jurídica reconoce e implementa, pero también deben justificar el amplio número de prácticas constitucionales y procesales dentro de las que se insertan. De este modo, cualquier justificación plena de una práctica jurídica debe conceder un lugar importante a los principios de moralidad política que otorgan el poder de dictar normas a ciertas instituciones, así como a otros principios que limitan tales poderes, tanto formal como informalmente. Imaginemos que el parlamento del estado de la Sra. Sorenson hubiera adoptado una ley estableciendo explícitamente que nadie puede ser indemnizado por las lesiones causadas por medicamentos peligrosos a menos que pruebe que la persona o institución de quien solicita la indemnización es su causante. Cualquier interpreta-

¹¹ Véase mi discusión de estas dos dimensiones de la integridad en BURLEY, 2004: 381-382, y en DWORKIN, 1986: 410-411.

ción competente del derecho de ese estado alcanzaría la conclusión doctrinal de que la Sra. Sorenson no tiene derecho a una indemnización. Sería un error pensar que en ese caso la moral no desempeñaría ningún papel en tal decisión. Desempeña un papel importante en la interpretación del papel constitucional del parlamento. Las razones que tenemos para pensar que una institución constituida del modo en que lo está tal institución tiene el poder de dictar normas pertenecen al ámbito de la moralidad política, y si los juristas disienten respecto al preciso carácter de dichas razones morales, inevitablemente también lo harán, al menos en algunas ocasiones, acerca de qué es lo que el parlamento realmente ha hecho.

Este papel de la moral es particularmente evidente en naciones como los Estados Unidos (y, de modo creciente, en otras democracias maduras), donde el poder legislativo se crea en constituciones que también sientan límites a tal poder. Supongamos que la constitución vigente en la jurisdicción del lugar de residencia de la Sra. Sorenson contuviera la cláusula de la «igual protección» del derecho que mencioné antes. En este caso, la cuestión de si una ley dirigida sólo contra los consumidores de fármacos peligrosos supone un caso de discriminación ilegítima podría ser importante desde el punto de vista constitucional. Ésta es, por supuesto, una cuestión moral. Incluso cuando parece obvio que el texto aprobado por el parlamento no infringe ningún estándar moral de carácter constitucional (por ejemplo, las normas de tráfico no privan a nadie del debido proceso), la moral desempeña un papel negativo en tal decisión, del mismo modo que el perro que no ladró lo desempeñó en el razonamiento de Sherlock Holmes. Puede que resulte obvio que las normas de tráfico no infringen la moral. Pero éste también es un juicio moral.

Los principios políticos que se entiende que justifican la legislación siguen siendo poderosos incluso cuando estamos ante un problema de interpretación legislativa y no ante uno relativo al poder legislativo, porque son estos principios los que justifican las estrategias interpretativas. Imagine-mos que un parlamento ha aprobado la ley que mencioné anteriormente, autorizando el aborto cuando la salud de la madre corra peligro. ¿Cómo deberíamos decidir si la ley autoriza el aborto para proteger la salud psíquica? Según dije, podríamos preguntarnos si resultaría arbitrario trazar una frontera entre la salud física y la psíquica. O podríamos también preguntarnos si quienes redactaron la ley querían efectuar tal distinción: podríamos descubrir, por ejemplo, que los legisladores claramente pensaban que estaban protegiendo sólo la salud física. La decisión a favor de uno de estos dos métodos de interpretación de la ley (o de cualquier otro de los muchos disponibles) resultará decisiva. Pero debemos defender nuestra elección como la mejor justificación de la práctica compleja que es la legislación y ello nos obligará a defenderla mediante una concreta con-

cepción de la moral democrática o política: una explicación concreta del sentido y el valor del gobierno mayoritario representativo.

Así pues, el intérprete que busca decidir el caso de la Sra. Sorenson no sólo debe encontrar principios para justificar el incontrovertido derecho sustantivo de su estado (según el cual quienes pueden demostrar que sus lesiones han sido causadas por un concreto productor negligente tienen derecho a que éste les indemnice), sino también para justificar los arreglos existentes del poder y la autoridad en tal estado y en la nación, y estos últimos principios pueden limitar la fuerza de los primeros a la hora de decidir los concretos derechos legales de la Sra. Sorenson. Dije anteriormente que en el nivel iusfilosófico los abogados de la compañía farmacéutica podían rechazar la importancia de la integridad como un valor jurídico importante en favor de una concepción de la legalidad más basada en la eficiencia y por tanto en el nivel doctrinal exigir requisitos para las proposiciones jurídicas que excluyan la moralidad política en ese nivel. Pero también pueden servir a su cliente aceptando la integridad en el nivel iusfilosófico y aceptando asimismo algo parecido a mi visión del análisis interpretativo en el nivel doctrinal. Podrían argumentar que la mejor interpretación de todo el conjunto de la práctica jurídica relevante, incluyendo sus dimensiones constitucionales y procedimentales, asigna considerable peso al principio según el cual el derecho debe respetar las expectativas existentes que han sido incentivadas por la anterior práctica jurídica, como las expectativas de las empresas farmacéuticas y sus aseguradoras, reflejadas en diversas de sus previsiones presupuestarias, de que los productores sólo responden de aquellas lesiones que puede demostrarse que han causado. Por su parte, los abogados de la Sra. Sorenson se opondrían a dar tanto peso a dicho principio. Insistirían en que la práctica actual se justifica mejor entendiendo que las expectativas comerciales deberían anticipar en lugar de frustrar las mejoras en la justicia material. Si la discusión entre ambos grupos de abogados se desarrolla de este modo en el nivel doctrinal, no podemos decir que una de las partes apela más que la otra al entendimiento de la moralidad política como fuente del derecho. En lugar de eso hemos de decir que, debido a que sus juicios morales son distintos, también lo son sus conclusiones jurídicas.

6. EL NIVEL DE APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

La mayor parte de las personas entiende que ciertas clases de decisión política (en particular aquellas que toman los jueces en desarrollo del monopolio estatal del poder coactivo) deberían ser tomadas sólo cuando así lo requieran o lo permitan las proposiciones jurídicas verdaderas. Para

la mayoría estamos ante una restricción casi absoluta. Pero no es absolutamente absoluta: aceptan que en casos muy atípicos los jueces pueden tener la obligación moral de prescindir del derecho si éste es muy injusto o quizás también cuando es muy inadecuado, procediendo a usar su poder político para evitar la injusticia o una gran ineficiencia. Así pues, hemos de reconocer un cuarto nivel en el análisis jurídico: el nivel judicial, en el que aparece la cuestión de si las autoridades políticas, de quienes en general se espera que apliquen el derecho, deben hacerlo en ciertas situaciones. Por supuesto, se trata de una cuestión política y por ello moral. No es una cuestión sobre cómo figura la moral en la identificación del derecho, sino una cuestión sobre cuándo, si es que alguna vez, la moral requiere a los jueces actuar con independencia o incluso en contradicción con el derecho.

La mayoría de las personas entiende que la cuestión judicial casi siempre viene decidida por la doctrinal: que en las democracias razonablemente decentes sólo en los casos más atípicos los jueces se ven obligados a hacer algo más que identificar y aplicar las proposiciones jurídicas verdaderas. Pero esta opinión, en apariencia tan razonable, de hecho depende de asunciones (conscientes o no) que pertenecen a lo que he descrito como niveles anteriores de la teoría jurídica. Cuando discutí el nivel semántico sugerí que el concepto doctrinal de derecho es un concepto interpretativo. Funciona para nosotros inserto en una práctica que presupone que las proposiciones jurídicas tienen consecuencias para el ejercicio del poder. Es un concepto interpretativo, y no uno de cualquier otra clase, porque nuestra idea acerca de su correcta aplicación es sensible a nuestra comprensión de cómo debe ejercerse tal poder. Si aceptamos tal explicación del concepto en el nivel semántico no podemos contradecirla de forma sensata en el nivel judicial. Podemos conceder que en algunos casos excepcionales los jueces han de renegar o prescindir del derecho en el ejercicio de su tarea, pero debemos presuponer la vigencia de la expectativa de que no lo harán, que decidirán de acuerdo con aquello que entienden viene requerido o permitido por las proposiciones jurídicas verdaderas. Para nosotros la teoría de la doctrina es una parte indispensable y que casi agota la teoría de la aplicación judicial del derecho, no sólo porque creemos que existe una obligación moral de obedecer el derecho, sino porque, dada nuestra idea de cómo funciona el concepto doctrinal de derecho, debemos entenderlo de esta manera incluso para ser capaces de construir una teoría de la doctrina jurídica.

Pero si hubiéramos tomado otra decisión en el nivel semántico bien podríamos tener otra historia que contar en el judicial. Supongamos que en ese momento anterior hubiésemos decidido que el concepto doctrinal de derecho tiene más que ver con el de soltería o con el de agua que con