

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INTERPRETACIÓN CREATIVA Y LA TESIS DWORKINIANA DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

I. PLANTEAMIENTO⁵²

Entre los años 1967 y la publicación de *Taking Rights Seriously* en 1977, Dworkin sentó las bases de su propia concepción del derecho al hilo de su crítica al positivismo jurídico, enraizada en la ya clásica distinción entre principios y reglas, y en la amenaza que esta distinción representaría para al menos tres caracteres supuestamente nucleares del positivismo: la existencia y efectividad de una “regla de reconocimiento” para testear la validez de las normas jurídicas; el poder de los jueces para decidir con absoluta discrecionalidad los llamados “casos difíciles”; y la separación entre el derecho y la moral en la aplicación e interpretación del derecho.⁵³ En 1986, con la publicación de *Law’s Empire*, Dworkin

⁵² Este capítulo es una versión revisada y adaptada de Zambrano, P., “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una aproximación a partir de las luces y sombras del pensamiento de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, núm. 56, 2007.

⁵³ Los trabajos más trascendentes de esta época fueron los siguientes: “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, XIV, 1967; “Social Rules and Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, LXXXI, 1972, p. 855; y “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1057, reimpresos luego en los primeros seis capítulos de *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977 (en adelante *TRS*). Entre 1978 y 1983 Dworkin respondió a las réplicas que sus trabajos anteriores generaron, en una serie de artículos que fueron reimpresos en los primeros siete capítulos de su libro *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (en adelante *AMP*). Sobre la polémica con

reúne estas críticas en una visión unitaria y construye una propuesta alternativa al iuspositivismo, que denomina “el derecho como integridad”.⁵⁴

En lo que aquí interesa, Dworkin señala que las exigencias que denominamos “jurídicas” y que englobamos bajo el concepto de “derecho”, son el resultado de una práctica social interpretativa, constructiva y creativa⁵⁵.

El derecho es una práctica social interpretativa porque cada uno de sus participantes (los legisladores, los jueces, los abogados, los ciudadanos en general) desempeña su rol específico en la práctica a través de actos interpretativos, esto es, a través de actos mediante los cuales atribuyen un sentido (*Purpose*) tanto a cada una de las exigencias concretas de la práctica, como a la práctica en su conjunto.⁵⁶

Es una práctica interpretativa constructiva, porque el conjunto de los mandatos que denominamos “derecho” se construye, no solamente en los actos específicamente orientados a la creación del derecho, como la sanción de normas, sino también en el resto de los actos a través de los cuales se participa del derecho: esto es, en la aplicación y en la obediencia de sus normas. En otras palabras, mediante la participación en la práctica social el “derecho” se construye de la misma práctica de la cual se participa. El derecho es, finalmente, una práctica interpretativa creativa,

Hart *cf.*, a título de ejemplo, Soper, E. Ph., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, pp. 3-27; así como el resumen que ofrece el propio Hart de esta polémica en el *Postscriptum* de Hart, H. L., *op. cit.*, nota 1, pp. 238-276. La última palabra de Dworkin al respecto se encuentra en Dworkin, R., “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, vol. 24, núm. 1, reimpresso luego en Dworkin, R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, cap. 6.

⁵⁴ *Cfr.* sobre la cualificación del “Derecho como integridad” como una concepción interpretativa del derecho, *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 225-227 (en adelante *LE*).

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

⁵⁶ *Idem*.

porque en la interpretación constructiva de las exigencias jurídicas los actores no utilizan un procedimiento lógico avalorativo, que sólo sirve para explicitar lo que está implícito en este material, sino que recrean estas exigencias desde su propio universo axiológico.⁵⁷

La interpretación no es para Dworkin, en síntesis, un presupuesto de la aplicación del derecho, que pueda separarse existencialmente de la creación o de la obediencia. Antes bien, la interpretación es la esencia del fenómeno social que denominamos “derecho”, e impregna toda su dinámica: la creación, la aplicación y la obediencia. Dworkin se opone así a lo que él denomina la tesis “canónica” del derecho, según la cual el derecho se crearía a través de actos institucionales perfectamente identificables en el tiempo y en el espacio, tales como la sanción de una norma o el dictado de un precedente, y, sobre todo, perfectamente disociables de la aplicación y obediencia del derecho.⁵⁸

Ahora bien, ¿qué juzga propiamente cada actor jurídico al momento de interpretar al derecho, ya sea con el fin específico de crear una nueva norma, de aplicarla o de obedecerla? ¿Qué tienen en común todos estos actos interpretativos? En toda interpretación constructiva y creativa, explica más detalladamente Dworkin, confluyen, al menos, cuatro juicios. En primer lugar, un juicio preinterpretativo (*Preinterpretative Stage*), a través del cual cada participante decide qué exigencias pertenecen a la práctica y cuáles no, e identifica el material que debe interpretar. Con el juicio preinterpretativo se distinguen las reglas jurídicas de las reglas religiosas, o de las reglas de urbanidad, por ejemplo.

En segundo lugar, un juicio de justificación general (*General Justification*), con el cual se asigna el objeto o fin a las exigencias de la práctica —en nuestro caso, a las exigencias jurídicas—. En este estadio, el intérprete se pregunta por las razones que legitiman a la práctica en su conjunto y la tornan razonable. Este juicio se encuentra limitado por el tercer juicio, el juicio de encaje

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 49-53.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 31-35.

o acomodamiento (*Fit*), que correspondería a lo que de forma más general se ha identificado como la regla de la sistematicidad y armonía en la interpretación, según la cual el intérprete debe asegurarse de que la justificación que ofrece para la práctica es una explicación aceptable de todas las normas e instituciones que conforman dicha práctica. Este juicio invalidaría, por ejemplo, la interpretación de que en una monarquía republicana como la española, o la inglesa, el único y excluyente fin justificativo del derecho es la salvaguarda de la voluntad del rey.

Finalmente, y en cuarto lugar, con el juicio de ajuste o reforma (*Reforming Stage*) se decide cómo una regla debe aplicarse, dejar de aplicarse, o reformarse, para que realice en el caso el objeto de la práctica y para que muestre a la práctica en su mejor luz.⁵⁹

Un ejemplo quizá aclare un poco estas clasificaciones y subclasificaciones. En un país imaginario, un grupo de habitantes que carecen de ciudadanía interpone un recurso jurisdiccional, solicitando que el Estado les brinde protección frente a agresiones xenofóbicas que comportan un serio riesgo para sus vidas. El juez competente deberá decidir el caso, diría Dworkin, consultando las normas que forman parte de la práctica jurídica en la cual se desempeña y no, en cambio, consultando su conciencia o sus creencias religiosas. Es decir, el juez deberá ser capaz de distinguir, con el juicio preinterpretativo, entre las normas morales y religiosas a las cuales adhiere, y las normas jurídicas que componen la práctica constitucional de la cual forma parte. Con esto no se afirma que las normas morales a las cuales el juez se sabe o cree ligado en conciencia, no desempeñen ningún rol en la decisión final que tomará. Como ya se ha adelantado, Dworkin niega explícitamente esto. Pero está claro, también para Dworkin, que para poder decidir cuán permeables son las normas jurídicas

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 65-68. Dworkin no habla en rigor de “juicios”, sino de etapas (*Stages*) de la interpretación. Nos parece sin embargo más apropiado hablar de “juicios” para no dar lugar al posible error de creer que estos juicios se suceden en el tiempo unos a otros. Normalmente, aclara Dworkin, los juicios confluyen en una mirada única (*Seeing at Once*) de las normas que se trata de interpretar. *Cfr.* en este sentido, *ibidem*, pp. 65 y 66.

al razonamiento moral, primero hay que ser capaz de distinguir unas normas de otras.

Pues bien, el criterio para distinguir entre normas jurídicas y normas morales o religiosas, está dado por lo que Dworkin denomina “el concepto de derecho”, sobre el cual se asienta el juicio “preinterpretativo”. Dworkin sostiene que en toda práctica interpretativa, los participantes pueden diferir entre sí, y de hecho lo hacen, acerca del sentido último que le adjudican a la práctica de la cual participan. Sin embargo, cuanto más alto es el nivel de abstracción en el que se define este objeto o sentido último de la práctica, menos profundas deben ser las divergencias y, *viceversa*, cuanto más concreta y detallada es la definición del objeto, las divergencias pueden ser y de hecho suelen ser mayores. El punto más alto de abstracción en que se define el objeto de una práctica, y respecto del cual no puede haber divergencias entre los participantes, es lo que Dworkin denomina “concepto” de la práctica.⁶⁰ En lo que al derecho concierne, Dworkin sostiene que en toda discusión acerca del mismo se asume el siguiente concepto del derecho: *el derecho es la regulación del uso de la fuerza pública sobre individuos o grupos*.⁶¹ Sobre la base de este concepto, el juez de nuestro caso imaginario tendrá que asegurarse, a través del juicio preinterpretativo, que las normas a la luz de las cuales decidirá el caso son normas que directa o indirectamente regulan el uso de la coacción pública.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 69-72. Aunque literalmente el término “concepción” es más genérico en el idioma español que el término “concepto”, aquí hemos preferido continuar la traducción literal de los términos *conception* y *concept*, ya extendida entre los lectores de habla hispana, y que ya aparece por ejemplo en la traducción española a la distinción análoga entre el “concepto” y la “concepción” de la justicia, hecha por Rawls en su obra *Teoría de la justicia*, trad. de González, M. D., México, Fondo de cultura económica, 1979, p. 21. Consideramos, por otra parte, que esta opción por una traducción literal es razonable, teniendo en cuenta que los términos en inglés y en castellano tienen en ambos casos la misma raíz etimológica y una fonética casi idéntica, por lo cual invertir la relación y traducir *concept* por “concepción” y *conception* por “concepto” podría generar más confusión para quienes tienen acceso a las dos versiones de las obras en cuestión.

⁶¹ Dworkin, R., *op. cit.*, nota 54, p. 93.

Una vez identificadas, pues, las normas que forman parte de la práctica jurídica en la que actúa, el juez deberá preguntarse si dichas normas reconocen a los no-ciudadanos el derecho a la vida y a su protección estatal. La norma jurídica que el juez entiende más directamente vinculada al caso, es una norma constitucional que establece lo siguiente: “Todos los ciudadanos tienen derecho a la vida. El Estado implementará las acciones que sean necesarias para preservarla contra agresiones ilegítimas”. Parece claro que para resolver el caso el juez tendrá que decidir si esta norma concreta bajo estudio, que sólo nombra a los ciudadanos como titulares del derecho a la vida y a su protección, debe interpretarse literalmente o si, en cambio, por aplicación del principio de analogía, puede extenderse a los extranjeros.

En la opción por una u otra de estas alternativas, diría Dworkin, el juez necesariamente tendrá que poner en juego los juicios justificativo y de ajuste. Por el juicio justificativo se preguntará acerca de los fines de la norma interpretada y, más ampliamente, por los fines de la práctica constitucional en que se inserta la norma. Por el juicio de ajuste, aplicará la norma en el caso concreto de modo tal que permita acomodar la práctica a los fines con que se la ha justificado globalmente. En nuestro caso, el juez tendrá que plantearse qué pretende proteger la Constitución cuando protege derechos tan fundamentales como el derecho a la vida. Si la conclusión es que busca proteger la dignidad humana, evidentemente el juez encontrará razones para extender la norma analógicamente a los extranjeros. Si, en cambio, el juez concluye que la Constitución busca proteger la integridad de una nación, y que además busca hacerlo excluyentemente, muy probablemente concluirá que la norma no tiene porqué extenderse analógicamente a los extranjeros.

Podría cuestionarse a Dworkin en su defensa de la interpretación creativa, y señalar que los intérpretes pueden atender a los fines globales de la práctica y de la norma particular de un modo puramente descriptivo. En nuestro caso, bien podría señalarse que para resolver si la norma en cuestión protegía sólo a los ciu-

dadanos o se extendía también a los extranjeros, alcanzaba con averiguar cuáles fueron las motivaciones de los constituyentes al sancionarla y que, además, esta indagación podía conducirse con datos verificables empíricamente, como la composición ideológica de la mayoría que la sancionó, las expresiones de motivos de la norma en cuestión o los documentos en los que se asientan los debates parlamentarios.

Sin embargo, a poco que se ande por este camino, se comprende que la indagación de motivaciones colectivas, multiplica las dificultades interpretativas, en lugar de clarificarlas. Sólo por nombrar alguna de estas dificultades, ¿tenemos que atender a las motivaciones de cada uno de los legisladores cuyo voto dio lugar a la sanción de la norma, a las motivaciones de cada uno de los grupos políticos que votaron por la norma, o a las motivaciones del grupo político mayoritario? Si la motivación relevante es la de cada legislador, es claro que no podremos hablar de un “para qué” o fin legislativo genérico. Cada legislador tendrá sus propias razones, ideológicas o morales en el mejor de los casos, de conveniencia, en el peor. Si la solución apunta a una “motivación grupal”, ¿qué ocurre cuando no hay un único grupo político conformando la mayoría? ¿y cuando hay un único grupo, qué ocurre cuando las motivaciones compatibles con las ideología partidaria son múltiples?

Pero además de las dificultades casi obvias que plantea una estrategia interpretativa voluntarista, subjetivista o histórica de decisiones colectivas, lo cierto es que la opción de adoptar esta estrategia interpretativa es en sí misma valorativa y, por tanto, creativa. El intérprete no encuentra en la norma la directiva de interpretarla atendiendo a la voluntad histórica del legislador ordinario o constituyente. El intérprete elige este método interpretativo y, para elegir este método, necesariamente tiene que preguntarse por los fines de la práctica en su conjunto. Pues sólo en atención a estos fines se justifica la elección de un método interpretativo u otro.

Asiste bastante razón a Dworkin, por tanto, cuando señala, en primer término, que la pregunta tanto por los fines de cada exigencia en particular, como la pregunta por los fines globales de la práctica forman parte de cualquier acto interpretativo, en la medida en que son estas preguntas las que justifican la elección del método interpretativo.⁶² Y, en segundo orden, también asiste razón a Dworkin cuando señala que la respuesta a estas preguntas no puede ser puramente descriptiva, pues no se trata de descubrir estados psicológicos, sino de descubrir razones que desde el punto de vista del intérprete hacen de la práctica una obra valiosa, digna de ser continuada. Se trata de averiguar las razones de la práctica “desde el punto de vista del intérprete” porque los motivos psicológicos del resto de los participantes son incognoscibles en su conjunto, y porque aunque fueran cognoscibles, serían irreductibles entre sí.⁶³

II. LOS LÍMITES DE LA CREACIÓN: LOS JUICIOS PREINTERPRETATIVO Y DE ENCAJE

Ahora bien, ¿son los jueces ilimitados en su poder de justificar globalmente una práctica jurídica y de ajustar las exigencias concretas de acuerdo a esta justificación global? En nuestro caso imaginario: ¿podía el juez optar por la interpretación restrictiva o

⁶² *Ibidem*, pp. 62-65; *AMP*, pp. 38-57, 163 y ss., y Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 75 (en adelante *FL*). Dworkin ha esgrimido sus argumentos contrarios a una interpretación voluntarista o subjetiva, especialmente en el plano de la interpretación constitucional en sus discusiones con los “originalistas”, que defienden un apego lo más fiel posible a las intenciones de los constituyentes. Incluye en este grupo a autores como el juez Antonin Scalia, en “Originalism: The Lesser Evil”, *The University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1980, p. 1175 (*cfr. FL*, p. 349, núm. 4), y otros como Bork, Robert, en *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990 y a Ely, John, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, 43-72 (*cfr. AMP*, pp. 34 y ss.; *FL*, pp. 75 y 359, núms. 4 y 6; *LE*, p. 369).

⁶³ *LE*, pp. 62-72.

por la analógica indistintamente? Dworkin niega explícitamente esta discreción irrestricta y lo hace sujetando la dimensión creativa de la interpretación a dos juicios: el juicio preinterpretativo, y el juicio de encaje.⁶⁴

Ya hemos visto que por el juicio preinterpretativo el juez debía asegurarse de que lo que justificaba eran normas que regulan institucionalmente el uso de la coacción, y no otro tipo de normas. Nuestro juez no podría resolver el caso basándose únicamente en su conciencia o en sus creencias religiosas, aún cuando estuviera convencido de que estas últimas eran mucho más valiosas y razonables que las normas jurídicas. Sin embargo, el juez podía y debía leer las normas jurídicas a la luz de sus convicciones morales. ¿Pero podía leer las normas jurídicas a la luz de cualquier convicción moral? La respuesta es negativa: por el juicio de encaje, que es el que ahora interesa, el juez debía asegurarse de que tanto la justificación global de la práctica dada por el juicio justificativo, como el ajuste concreto de la norma que propusiera para el caso, se correspondieran con una descripción fiel de la concreta práctica jurídica en la cual desempeñaba su función.

Las consecuencias prácticas de esta exigencia de “encaje” son tan diversas como las prácticas jurídicas mismas. Cada práctica, parece obvio, establecerá su propio criterio de encaje, precisa-

⁶⁴ Dworkin ha negado la discreción irrestricta especialmente contra Hart en diversos trabajos. Algunos de los más relevantes son “Judicial Discretion”, *Journal of Philosophy*, LX-21, 1963, p. 627, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1057; e “Is there Really no Right Answer in Hard Cases”, *The New York University Law Review*, 53-1, 1978, luego reimpresso en *AMP*, cap. 5, pp. 119-145. Dworkin refuta a Hart con argumentos lógicos como con argumentos sustanciales, que presuponen una concepción del derecho como la que aquí se desarrolla. *Cfr.* respecto de los argumentos lógicos, *AMP*, pp. 119-134. Con relación a los argumentos sustanciales *cfr. ibidem*, pp. 136 y 137; *Taking Rights Seriously*, Londres, Duchworth, 1977 (aquí se utilizará la siguiente traducción de esta obra: *Los derechos en serio*, trad. de Guastavino, M., Barcelona, Ariel, 1984, que en lo que sigue se citará con las siglas *LDS*), pp. 130-134; y *LE*, cap. 7, especialmente, pp. 258-266. Un buen trabajo sobre el estado de esta discusión en la filosofía jurídica anglosajona antes de la discusión Hart-Dworkin es el de Sarotrius, R., “The Justification of the Judicial Decision”, *Ethics*, vol. 78, núm. 3, 1968, pp. 171-187.

mente porque se trata de que la justificación encaje con las peculiaridades de cada práctica. Sin embargo, Dworkin entiende que hay por lo menos una consecuencia práctica de este juicio de encaje que es común a cualquier democracia constitucional, a saber, la exigencia de “coherencia”. En una democracia constitucional, dice Dworkin, la justificación general que se dé del derecho tendrá que asumir el hecho de que el uso público de la coacción no se dispensa de cualquier modo, sino que aspira a brindar un trato coherente a los ciudadanos, sincrónica y diacrónicamente. Sincrónicamente, se espera que las leyes traten de un modo análogo los casos análogos, y que los jueces juzguen con prescindencia de quiénes son las partes, lo cual es tanto como decir que las respeten por igual. Diacrónicamente, los jueces están ligados a otras interpretaciones anteriores de las normas y, más precisamente, de los principios que subyacen a las reglas declaradas por otros jueces en casos análogos.⁶⁵

Las democracias constitucionales, dice Dworkin, manifiestan esta aspiración de coherencia, no tanto en el nivel de las reglas, sino en el nivel más abstracto de los principios.⁶⁶ En especial, manifiestan la aspiración a la coherencia, en la aplicación jurisprudencial de tres principios que informan a todo derecho constitucional: los principios de equidad, debido proceso y justicia.⁶⁷

El principio de equidad obliga a que se garantice la mayor representatividad posible en la toma de decisiones colectivas. El principio de debido proceso, obliga a que las decisiones públicas que afecten a los ciudadanos sean tomadas y ejecutadas con sujeción a reglas de procedimiento preestablecidas y decididas, a su vez, en forma equitativa o representativa. De forma que cuando Dworkin dice que en una democracia constitucional se aspira a que los jueces apliquen coherentemente los principios de equidad y debido proceso, lo que está diciendo es que una

⁶⁵ *LDS*, pp. 153-156; *AMP*, pp. 158-162; *LE*, pp. 225-227 y *FL*, pp. 10-12.

⁶⁶ *LDS*, pp. 153-156; *AMP*, cap. 2; *LE*, pp. 206-216, especialmente p. 211, y *FL*, p. 83.

⁶⁷ *LE*, p. 225.

democracia constitucional aspira a encauzar el uso de la fuerza pública a través de decisiones representativas (equidad) que han sido tomadas y ejecutadas por medio de procedimientos institucionales definidos representativamente (debido proceso). Y aspira, además, a que las interpretaciones de estos principios de equidad y debido proceso sean análogas en casos análogos.⁶⁸ Esta exigencia de coherencia en el uso institucional y representativo de la fuerza explica Dworkin, responde a una voluntad política, a saber, la voluntad de tratarnos como iguales.⁶⁹ Si queremos que se traten análogamente casos análogos, es porque queremos que se trate en forma igual a quienes se encuentran en situaciones iguales.

Ahora bien, las democracias constitucionales no aspiran a una coherencia meramente formal en la dispensa de la fuerza pública: toda democracia constitucional aspira a algo más que a instaurar procedimientos de decisión pública iguales para todos, institucionalizados y representativos. Junto a esta aspiración formal, y justificando esta aspiración formal, las democracias constitucionales presentan una aspiración de fondo. A saber: la aspiración a tratar a todos los ciudadanos no solamente con una misma concepción del debido proceso y de la equidad, sino también y fundamentalmente con una misma concepción de justicia. Y la justicia, si no se quiere regresar al infinito, exige una igualdad más profunda que la coherencia o el trato igual entre personas. Exige que, antes de ser tratadas en forma igual a otras personas, las personas sean tratadas “igual a sí mismas”, esto es, “igual a como se debe tratar a una persona”. Exige, en otras palabras, el respeto a su dignidad.⁷⁰ Lo que más propiamente define al dere-

⁶⁸ *LE*, pp. 176-184 y 404-407.

⁶⁹ *LDS*, caps. IV y XII, en especial, pp. 153-156; *LE*, pp. 95 y 96; Dworkin, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1269.

⁷⁰ *LDS*, p. 295; *FL*, cap. 3, en especial, p. 111; Dworkin, R., *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia, y la libertad individual*, trad. de Caracciolo, R. y Ferreres, V., Barcelona, Ariel, 1994, pp. 210-211 (en adelante *EDV*).

cho en una práctica constitucional, en síntesis, no es tanto el trato “igualmente institucional y representativo” entre personas distintas, sino el trato “igualmente justo”.⁷¹

Recapitulando, toda práctica jurídica constitucional se puede entender como el conjunto de diversas —pero análogas— aplicaciones y reformulaciones concretas de las exigencias de tres principios abstractos (los principios de justicia, equidad y debido proceso). Estas aplicaciones y reformulaciones tienen un fin común, que las justifica y explica a todas: tratar a las personas justamente. Tratar a las personas con justicia, finalmente, es tratarlas con igualdad: igualdad entre sí y, más profundamente, igualdad al trato que merece una persona por el solo hecho de ser persona. Esto podría resumirse diciendo que, para “el derecho como integridad”, el fin más abstracto del derecho es realizar la justicia. En este contexto, la condición de “encaje” de cualquier interpretación de los principios y reglas que componen una práctica constitucional es que asuma a la justicia como fin último del derecho, y a la igualdad como una condición esencial de la justicia. Una vez aceptado esto, los intérpretes podrán diferir entre sí acerca de qué es la justicia y qué es la igualdad, y el juicio de encaje determinará cuál de las interpretaciones es la que ofrece una mejor explicación de la práctica jurídica.

⁷¹ *AMP*, p. 160; *LE*, pp. 101-104, donde Dworkin trata el problema clásico de la juridicidad del sistema normativo nacionalsocialista de la Alemania nazi, y afirma que dicho sistema sólo podría conceptualizarse como “derecho” en el sentido pre-interpretativo, esto es, en el sentido de que el derecho es la “regulación del uso público de la coacción”, pero no en el sentido interpretativo, por el cual el uso público de la coacción es derecho únicamente cuando se ajusta a la exigencia sustantiva y no meramente formal de “coherencia” aquí descrita. Más adelante, Dworkin completa esta idea con la aserción de que la coherencia formal, a la cual denomina “integridad”, es un ideal independiente de la justicia: un juez puede ser fiel a la integridad o coherencia formal y, al mismo tiempo, injusto. Ante la disyuntiva entre uno u otro ideal, explica Dworkin, los jueces pueden en ocasiones optar por la justicia y, lo que es más importante, esta opción no constituiría un ilegítimo reemplazo de la norma jurídica por la moral: en *ibidem*, p. 177. *Cfr.*, en el mismo sentido, Dworkin, R., “The Arduous Virtue ...”, *op. cit.*, nota 69, p. 1264.

III. LA COHERENCIA ES UNA OPCIÓN DEL INTÉRPRETE

La conclusión anterior es doblemente aporética. Primero, y desde el punto de vista de la consistencia interna del derecho como integridad, porque no logra dar cuenta acabada del rol limitativo del juicio de encaje. Segundo, y desde una perspectiva comparativa con el positivismo, porque si los juicios preinterpretativo y de encaje se interpretan literalmente, la propuesta de Dworkin no logra diferenciarse del positivismo incluyente.

Empezando por lo primero, se suponía que el juicio de encaje iba a restringir la dimensión creativa de la interpretación e iba a proporcionar una única respuesta correcta o, al menos, una única dirección correcta. Pero el juicio de encaje establece en una democracia constitucional, una exigencia moral, a saber, la exigencia de tratar en forma igualmente justa a las personas, exigencia que admite una multiplicidad de interpretaciones. El juicio de encaje se transforma así en una suerte de dique con las compuertas abiertas.

Aún así, Dworkin insiste en que si pudiéramos mirar al derecho con una única mirada, sincrónica y diacrónica, descubriríamos que, a pesar de que en su creación intervienen distintos actores, las diversas y a veces contradictorias reglas son manifestaciones de una visión única de la justicia. Dworkin utiliza la famosa metáfora del juez Hércules para explicar esta coherencia intrínseca al derecho. Si un juez tuviera un poder cognoscitivo semejante en su potencia a la del antiguo semidios griego, podría abarcar el derecho con esa mirada única y descubriría en cada caso, sin mayores dificultades, una única solución perfectamente coherente con otras aplicaciones de los tres principios que subyacen al derecho en su totalidad y, en especial, con la visión unitaria de justicia.⁷² Es cierto, dice Dworkin frente a sus críticos, que ningún juez real tiene poderes siquiera semejantes a los de su criatura divina. Pero en todo caso este es un problema del juez, no del derecho. No hay lagunas irresolubles en el derecho: lo

⁷² *LDS*, pp. 176-198, *AMP*, p. 160 y *LE*, pp. 240-258.

que hay son jueces limitados para encontrar las soluciones. Y las limitaciones de los jueces de carne y hueso no sirven de excusa, dice Dworkin, para no intentar encontrar la mejor respuesta que, saben, está ínsita en los principios que, por oposición a las reglas, son la garantía de la objetividad en el derecho.⁷³

Ahora bien, dicho esto, también hay que decir que Dworkin es consciente de que los jueces no son Hércules y es consciente de la crítica evidente en este punto, que puede desglosarse al menos en dos preguntas. *Primero*, ¿cómo es posible afirmar que el conjunto de interpretaciones pasadas conforman un todo coherente que arroja como resultado una única respuesta correcta para todo caso si nosotros, hombres de carne y hueso, somos incapaces de conocer acabadamente ese todo?, y *segundo*, el mismo Dworkin ha dicho que cada intérprete pone en juego una teoría política y moral propia de la justicia al momento de interpretar el derecho, ¿cómo afirmar entonces que el derecho es un todo coherente, si se ha ido desarrollando al compás de interpretaciones divergentes de la justicia?

Una posibilidad es entender que Dworkin propone una suerte de vuelta al formalismo jurídico, anclado en una fe ciega en la coherencia intrínseca del sistema. Esta interpretación podría quizá desprenderse de los argumentos de tipo lógico con los cuales Dworkin debate la tesis de la discrecionalidad.⁷⁴ Desde este punto de vista, en su afán por refutar la tesis hartiana de la discrecionalidad, Dworkin habría dado una vuelta más de tuerca y se habría enfrascado en el formalismo jurídico de principios de siglo.

En esta inteligencia, el juicio preinterpretativo consistiría en la distinción avalorativa o neutral de las cualidades extrínsecas o, en palabras de Cotta, morfológicas del derecho, con el fin de aislar el material u objeto de interpretación.⁷⁵ Así, una vez de-

⁷³ LDS, pp. 396-411 y “Response to Overseas Commentators”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, pp. 661-663.

⁷⁴ Véase nota 64.

⁷⁵ Cotta, S., *El derecho en la existencia humana*, trad. de Peidro Pastor, I., Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 16 y 17.

terminado que el derecho es la regulación del uso público de la coacción a través de normas que tienen un origen social, la mirada del intérprete debería dirigirse solamente a las normas que regulan la coacción y que tienen un origen social. El juicio de encaje, por su parte, tendría por función determinar el criterio de validez —contenido— en algunas de estas normas coactivas y sociales, con el fin de establecer la validez o invalidez (encaje) de otras pretendidas normas jurídicas. Así vistas las cosas, parece que se reproduce el esquema de Raz y Waluchow: una cosa es la determinación de la existencia del derecho (juicio preinterpretativo de Dworkin), y otra distinta es la determinación de su contenido, (juicio de encaje de Dworkin). Con el agravante de que en Dworkin, a diferencia de lo que proponen Raz y Waluchow, el juicio de contenido (encaje) sería neutral.

No se puede negar ni que esta lectura sea posible, ni que Dworkin sea ambiguo en su descripción. Sin embargo, tampoco se puede negar que una mirada global de sus trabajos admite una lectura alternativa, superadora tanto del formalismo jurídico, como de la propuesta moderada del positivismo incluyente según la cual hay tanta moral cuanta sea *contingentemente* admitida por las fuentes sociales.

En esta otra alternativa, podría entenderse que cuando Dworkin nos dice que todo el derecho de una práctica constitucional forma un cuerpo coherente de principios, no está hablando de un cuerpo que de alguna manera está ahí, esperando ser descubierto por el intérprete. De lo que se trata, más bien, es de una posibilidad interpretativa. El intérprete, luego de comprender que el derecho se justifica en tanto y en cuanto brinde un trato coherente a todos sus participantes, elige leer las normas jurídicas *como si* conformaran un sistema coherente. La coherencia es, en otras palabras, una opción del intérprete, de entre otras alternativas posibles de comprender al mundo jurídico.⁷⁶

⁷⁶ LDS, pp. 246-257; AMP, pp. 135-137 y LE, cap. VI, en especial, pp. 176-178.

En este sentido, se comprende mejor la otra analogía famosa de Dworkin, entre el derecho y la literatura. La unidad que presenta el derecho, ejemplifica Dworkin, es la misma unidad que podría predicarse de una novela escrita en cadena por diversos autores. Cada autor se encuentra con un relato elaborado por otros múltiples autores, al que tiene que darle continuidad. Y si bien hay muchas formas posibles de continuar el relato, indudablemente hay formas que encajan mejor con lo anterior y, sobre todo, hay formas de continuar que no encajan en absoluto.

En cualquier caso, para saber qué encaja mejor con lo anterior, y qué cosas no encajan, hay que tener alguna idea sobre qué es una buena novela en el género en que se está escribiendo. Hay que tener alguna idea sobre lo que es una buena novela policial, o bien sobre lo que es una buena novela romántica, según el caso. Del mismo modo, para saber qué interpretación jurídica encaja mejor con el conjunto de la práctica jurídica en que se integra esta interpretación particular, hay que tener alguna idea de hacia dónde va la práctica en su conjunto: hay que tener alguna idea sobre cuál es el fin más abstracto de la práctica. Y esta idea no la brinda tanto un análisis descriptivo de la práctica misma, cuanto una reflexión valorativa. No la brindan tanto los criterios de validez vigentes en cada tradición jurídica, cuanto esos mismos criterios de validez comprendidos a la luz de la idea de justicia que anima al intérprete.⁷⁷

La coherencia y la correspondiente objetividad en la determinación jurídica no se anclan o fundamentan ni en una lectura exclusivamente jurídica de los principios jurídicos, ni en una moral o ética independiente de los principios jurídicos: se enraíza, en cambio, en una lectura o interpretación de los principios jurídicos a la luz de una determinada moralidad política. Pero si la coherencia es una opción del intérprete, es porque el material jurídico tiene la potencialidad para ser leído en forma coherente. Ni es necesariamente coherente, ni es necesaria e invariablemente caótico. Es un cuerpo de principios —equidad, debido proceso, y

⁷⁷ *AMP*, pp. 137-145 y *LE*, pp. 228-238.

justicia— que puede, pero no necesariamente debe, leerse en forma coherente. El que se lea en forma coherente depende en igual medida de que esta potencialidad se mantenga, de las concepciones de la justicia y del derecho desde las cuales se determina el sentido de los principios.⁷⁸

Desde esta lectura, la propuesta de Dworkin se distinguiría de la propuesta interpretativa de ambos positivismos en lo siguiente: el juicio valorativo impregna *todo* razonamiento jurídico y *todo el* razonamiento jurídico de principio a fin: desde el juicio pre-interpretativo, hasta el juicio de encaje y de ajuste. El último fundamento de la corrección de una interpretación no es una verificación contingentemente valorativa (Waluchow) de “encaje” con una regla de reconocimiento, cuya existencia se puede verificar de modo puramente empírico (Waluchow y Raz). La valoración es universal (contra Waluchow) y omnipresente (contra Raz). Por ello, los distintos juicios interpretativos no son etapas que suceden unas a otras, sino dimensiones de un único juicio que se acomodan mutuamente.

⁷⁸ Dworkin ha señalado que si hubiera lagunas irresolubles en el derecho, su existencia obedecería más a la teoría moral desde la cual los jueces “leen” la historia de la práctica constitucional en la cual actúan, que a la práctica constitucional misma: *cfr.* AMP, p. 144.