

La función del Derecho se comprende mejor en el seno de ésta. Como se comprende en su seno mejor, esa relación entre el carácter ideológico del Derecho Positivo y el carácter permanente y universal del Derecho Natural de base ontológico-humana, que el profesor de Roma propugna en su libro.

Ismael PEIDRÓ PASTOR

Ronald DWORKIN: «Los derechos en serio», trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, 512 págs.

El sucesor de Hart en la cátedra de Oxford ha escrito este libro siguiendo los cauces del atrayente pragmatismo anglosajón. «La herramienta anglosajona», como califica Carlos Cossio al «antecedente judicial», uno de los elementos básicos de su teoría egológica sobre el Derecho, es en este libro de Dworkin de suma importancia. Está compuesto por una serie de trabajos escritos en la última década anterior a la primera edición, que data de 1977, y que lleva en inglés el título *Taking Rights Seriously*. Y se nota, porque está falto de unitaria sistematización. No obstante, es clara su intención: sostener que la Filosofía jurídica participa de la Filosofía moral y de la Filosofía política. Así lo ha confirmado el propio autor en «Doxa», Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1984, donde opina que nuestra disciplina ha permanecido aislada y por ello, el resultado de su investigación ha sido estéril. Dworkin piensa que cualquier teoría del Derecho debe ser un ejercicio de teoría moral objetiva y de teoría política, de carácter normativo.

El profesor de Oxford en este libro adopta la posición del liberalismo individualista y ciertas ideas filosóficas de Rawls, además de poner sumo cuidado de no separar la Ciencia descriptiva del Derecho, de la Política jurídica. Es así como afronta la exposición de su doctrina en general sobre el Derecho. Y siempre, sobre el más riguroso análisis de los casos prácticos que aduce. Así llega a una esperanzadora conclusión: no puede hablarse de Derecho si no existen previamente los derechos subjetivos, porque aquél no hace otra cosa que regular éstos en la comunidad política. Por eso vale la pena tomarse en serio los derechos individuales, pese a sus muchos detractores, a quienes contesta con atinadas razones en el Apéndice del libro, bajo el título «Réplica a los críticos» (pág. 412 y siguientes).

En conjunto, este libro resulta interesante en esta etapa de la decadencia del Positivismo jurídico, y de revisión del «utilitarismo» (Hume, Austin, Smith, Bentham) y del «estatalismo» (Maquiavelo, Hobbes, Spinoza, Rousseau y Hegel), especialmente en orden a los derechos del hombre frente al Estado, como se verá después. Consta de trece capítulos y de una Introducción, además del Apéndice aludido. Termina con unas notas bibliográficas.

El prologuista A. Calsamiglia, opina que Dworkin toma la posición doctrinal de Hart como punto de partida del libro, precisamente porque consi-

dera a éste como la más depurada posición positivista del Derecho. Y así, Dworkin intenta demostrar se trata de «una visión unilateral». Sin embargo, no es iusnaturalista. Mas bien lo que intenta es una tercera vía, basado en el modelo reconstructivo de Rawls. Calsamiglia sigue opinando que Dworkin no admite la discrecionalidad de los jueces, y menos en los casos difíciles, porque el juez no está legitimado para dictar normas y menos, para dictarlas con carácter retroactivo. Al juez sólo cabe exigirle criterio y razones que justifiquen su decisión o sentencia, con arreglo al Derecho vigente y al Derecho histórico; pero eso sí, con miras a la «certeza o seguridad en el Derecho», idea clave en el pensamiento del profesor de Oxford. Aquí entra en consideración el tema actualísimo de las garantías de los derechos individuales frente a las posibles agresiones del Gobierno de una democracia, aunque sea una mayoritaria. Según Calsamiglia, Dworkin no es «conservador», sino «liberal progresista», aunque al igual que Rawls, opine que ningún objetivo social puede justificar la violación de los derechos individuales. De ahí que el citado prologuista presente a nuestro autor como «incómodo» frente a los doctrinarios del Marxismo, «ya que pone en cuestión los presupuestos fundamentales comúnmente aceptados» por éste. Y por ello, estima que las tesis de Dworkin exigen también respuesta en nuestro ámbito cultural (pág. 27). Ahí radica, sin duda, el interés del libro.

En su Introducción, Dworkin confiesa «que los capítulos de este libro fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el Derecho, y quién y cuándo debe obedecerse» (pág. 31). Así, pues, desde el principio, parece se aborde el preocupante tema de la validez, vigencia y legitimidad del Derecho, aunque por lo que se dirá después, no lo haya abordado del todo y menos resuelto. Dworkin se hace eco de la validez según el Positivismo, el cual sostiene que «la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas y en nada más». También se hace eco del «utilitarismo», el cual sostiene «que el Derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y nada más» (pág. 31). Y añade: «Ambas artes de la teoría dominante en la actualidad se derivan de Jeremy Bentham» (pág. 31). Por eso Dworkin opina: «Una teoría general del Derecho debe ser, a su vez, conceptual y normativa» (pág. 32); y «debe asumir constantemente una y otra posición sobre problemas de la Filosofía que no son estrictamente jurídicos» (pá. 33).

El profesor de Oxford resulta rotundo: «la teoría dominante falla, porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos frente al Estado, que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva» (pág. 36). Termina su Introducción con una breve referencia al contenido respectivo de los Capítulos en que divide el libro.

El autor, en orden al Capítulo sobre Jurisprudencia, escribe estas palabras: «En este momento, por ejemplo, la cuestión de si los hombres tienen obligación moral de obedecer la ley, ocupa lugar destacado en los cursos sobre Jurisprudencia en toda Inglaterra, pero hace dos decenios casi nadie mencionaba tal problema» (pág. 44). Tras referirse al «realismo jurídico»

surgido entre 1920 y 1930 en Inglaterra (Frank, Llewellyn, Sturges, Morris, Coles, entre otros), caracterizado por la idea de que los jueces deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos morales y políticos, para después de escoger la regla jurídica apropiada, que sirva de fundamento a su sentencia, Dworkin afirma: «La línea principal de la Jurisprudencia norteamericana escuchó esta llamada al realismo y evitó el enfoque doctrinario de los textos ingleses» (pág. 46). Pero si los jueces discrepan sobre un mismo caso, lo que preocupa a los juristas es, si ello se debe a diferencia sobre aquellos gustos morales y políticos sobre la materia, o peor aún, si se debe a que no existen tales principios» (pág. 49). Termina el capítulo con una crítica a la opinión de Hart.

Los capítulos segundo y tercero los dedica a las normas jurídicas. Aquí se refiere concretamente a los llamados «nominalistas», esos juristas para quienes los conceptos de obligación jurídica y Derecho no son otra cosa que mitos. Por el contrario Dworkin opina que todos los juristas debemos ponernos de acuerdo en aquéllo que «todos creemos está mal» (pág. 63). «Si lo depuramos de la exageración, el ataque nominalista se reduce a un ataque a la Jurisprudencia mecánica» (pág. 64). Después se refiere al Positivismo y a la simplicísima idea de John Austin, que «no explica ciertos hechos sorprendentes en lo que se refiere a las actitudes que adoptamos respecto del Derecho» (pág. 67); y también se refiere a la más compleja posición de Hart, con su distinción entre normas primarias y secundarias (pág. 68). En su crítica al Positivismo, Dworkin distingue los «principios» de las «normas», pues mientras los primeros tienen carácter genérico, las segundas tienen carácter específico. Lo hace a través del análisis del caso de *Henningson V. Bloomfield Motors de New Jersey*. Esta referencia a casos prácticos es constante en el libro. Del análisis de ese caso y del de *Riggs*, concluye, que un modelo jurídico de norma, que tenga en cuenta los principios del Derecho, «tendrá alguna ventaja inicial sobre otro modelo que no los contenga, sino los excluya» (pág. 90); lo cual supone el rechazo del primer dogma positivista; y también, del segundo dogma, la discrecionalidad judicial (pág. 99). ¿Y respecto del tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica? Es ahora cuando resume la teoría de Hart (págs. 106 y s.) y la de Raz respecto de las «reglas de reconocimiento» y su teoría de «la norma social», que considera erróneas (pág. 126 y s.).

Los capítulos tercero y cuarto los dedica a los «casos difíciles» y «constitucionales». Los primeros suponen para el Positivismo la discrecionalidad judicial. Basándose en el análisis de casos prácticos, como el «*Spartan Steel*», trata la cuestión del «precedente judicial» (pág. 186 y s.), llegando a la conclusión de que «todo juez debe juzgar humildemente, pues puede equivocarse en sus juicios políticos» (pág. 208). En cuanto a los «casos constitucionales», toma por base el análisis de la «filosofía de Nixon» respecto del caso *Warren*. ¿Tienen los ciudadanos derechos morales sobre el Estado? Nuestro sistema —afirma Dworkin— descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado (pág. 230). Es más, el Derecho Constitucional no podrá hacer auténticos avances, mientras no progrese en el problema de tales

derechos (pág. 233). Sin embargo, no concreta en qué consisten tales derechos.

A los derechos humanos dedica los capítulos sexto, séptimo, duodécimo y décimo tercero, relacionándolos con la Justicia y con la doctrina de Rawls, con sus dos famosos principios: 1, que cada persona posea la mayor libertad política posible; 2, que las desigualdades —en el poder, riqueza, ingresos y otros recursos— no deben existir, a no ser en la medida en que actúen en beneficio absoluto de los miembros de la sociedad que peor están» (página 234). Tras del pertinente análisis sobre la cuestión, concluye que la Justicia y la Equidad descansan sobre el supuesto «de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración, un derecho que poseen... simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia» (pág. 274). En el capítulo séptimo parece aclarar la distinción de los derechos morales y los jurídicos al expresar que la tarea de gobernar implica la de «definir» los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales (pág. 293). En el capítulo duodécimo aborda la tensión libertad-igualdad. «Para proteger la igualdad —dice Dworkin— se necesitan leyes, y las leyes son inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad» (pág. 382). En definitiva, los derechos son controvertibles, cuestión a la que dedica expresamente el capítulo décimotercero. Y ello, porque como el profesor de Oxford afirma: «Existen un conjunto de respuestas y argumentos a los que desde cualquier punto de vista objetivo o neutral, se ha de reconocer como igualmente buenos» (pág. 396). De ahí que la elección de uno de ellos sea una decisión preferencial y no una «decisión impuesta por la razón» (pág. 396).

Entre los derechos reconocidos se refiere al de «desobediencia civil» en el capítulo octavo. Para Dworkin no cabe duda de que la validez de la ley puede ser dudosa (pág. 306); y «puede ser injusto castigar a un hombre por desobedecer una ley dudosa» (pág. 324).

Asimismo, condena toda discriminación en el capítulo noveno. Es aquí donde subraya las dificultades del «utilitarismo». Por eso afirma: «El argumento utilitarista de que la segregación mejora el bienestar promedio presupone que se pueden tales cálculos, pero ¿cómo? (pág. 339). Y aludiendo al argumento de Jeremías Bentham acerca de la justificación de las decisiones políticas en base a la mayor o menor cantidad de placer o dolor que ellas produzcan, Dworkin afirma rotundamente: «en todo caso, sería imposible identificar, medir y sumar los diferentes placeres y dolores que experimentan una gran cantidad de personas» (pág. 340).

Al tema de la libertad dedica los capítulos décimo y undécimo. El primero en relación con la Moral; el segundo, en relación con el liberalismo. Es en este último donde glosa la famosa doctrina de John Stuart Mill sobre la libertad, «que ha servido —dice— más a los conservadores que a los liberales» (pág. 372), destacando la idea de aquel sobre el papel del Estado en orden a la educación de sus ciudadanos para llevarles hacia «una conciencia social». Es entonces cuando afirma que la autonomía de la persona humana no debe confundirse, ni con la licencia, ni con la anarquía, por lo cual debe ser establecida como una condición especial y justa de la socie-

dad (pág. 379). Respecto a la relación entre la libertad y la Moral, Dworkin se pregunta: «¿Diremos que la condenación pública es, en y por sí misma, suficiente para justificar que convirtamos un acto en delito?» (pág. 349). Para el profesor de Oxford la sociedad, sin duda tiene derecho a defenderse y a proteger su existencia; como tiene derecho a seguir «sus propias luces». Es entonces cuando aborda la cuestión de la corrupción moral, la obscenidad y la procacidad, alentadas hoy por los medios de difusión social. Y es aquí donde encuentra una característica función del Derecho: la de protegernos de nosotros mismos (pág. 370).

Estimo es ciertamente meritoria la labor de Dworkin en este libro al criticar desde un punto de vista pragmático al Positivismo jurídico y al utilitarismo; sin embargo, a mi juicio, no lo consigue del todo por falta de inquietud metafísica, aunque él en repetidas ocasiones afirme que no quiere ser tildado de metafísico. La única manera de tomar en serio los derechos humanos es asentándoles sobre base metafísica y ontológica.

El libro está escrito en prosa ampulosa y reiterativa, por lo cual, no sólo resulta gravoso el leerlo, sino que cualquier lector llegará a concluir, que se pudo haber dicho lo mismo con la mitad de páginas.

Ismael PEIDRÓ PASTOR

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho», Madrid, Civitas, 1984, 182 págs.

I. Afirma García de Enterría en la 'Nota Preliminar' a su libro: «Reúno en este pequeño volumen tres trabajos que, aunque nacidos independientes, versan realmente sobre una temática común, *la relación del intérprete y del Juez en particular, con la Ley y la posible intermediación en esa relación de principios materiales de justicia*, los límites de esa eventual intermediación, así como el *origen y el contenido* de dichos principios» (1).

Es de interés comprobar cómo los dos primeros trabajos a los que hace referencia su autor son, respectivamente, de 1961 el primero («Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo») y de 1964 el segundo —al menos publicado en 1964 como introducción al libro de Th. Viehweg en su versión castellana: «Tópica y Jurisprudencia»—; en tanto que el tercero —más extenso que los anteriores— es publicado en 1984 con el título: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» (2). Es decir, entre aquéllos y éste han transcurrido una veintena de años. La relevancia de este dato, así como la de los títulos de los distintos trabajos se irá poniendo de manifiesto con la lectura de este comentario.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», Madrid, 1984, 1.ª ed., pág. 7 (subrayados nuestros, tanto en ésta como en citas posteriores).

(2) En adelante: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, 1964 y 1984 respectivamente.