

La Moral en el Derecho (Hart y Dworkin)

Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE*

El protagonismo del juez se ha acentuado a medida que la ley del sistema liberal no ha podido hacer frente a las necesidades de la sociedad actual, por no adecuarse la legalidad a las exigencias de la justicia. Hasta ahora el avance científico y técnico había jugado un papel importante en el auge del positivismo y en el rechazo de las ideas iusnaturalistas, porque aquél hacía posible el que prevalecieran los principios de seguridad y de justicia, tan necesarios para construir una nueva sociedad; pero este panorama ha cambiado al generalizar por doquier disturbios, revoluciones, guerras (como la del Golfo Pérsico) y actos terroristas bárbaros en la historia reciente, que han hecho recapacitar al hombre de nuestro tiempo y dirigir la mirada de nuevo hacia el mundo moral del derecho.

*Profesor Titular en la **Universidad de Los Andes** (Mérida-Venezuela).

Se ha alegado que el proclamar la superioridad única de la ley supuso el caer en el rechazo de la existencia de una moral superior que controlase la validez jurídica, haciendo posible que los gobiernos unipersonales o de grupo se impusieran omnímodamente a sus pueblos cometiendo innumerables injusticias. Tenemos ejemplos hirientes en nuestra era, que al recordarlos hacen estremecer todas las fibras de nuestro ser. Por eso tanto el sistema liberal como el marxismo totalitario sufren una descomposición, ya que no han sido capaces de hacer respetar la dignidad humana de las personas y pueblos, surgiendo por todas partes una rabia contenida y un desconcierto que amenazan con destruir la estabilidad de nuestro planeta. Por lo pronto, debemos tener en cuenta que la naturaleza humana es siempre y en todo lugar prácticamente la misma, y que si uno escarba a la profundidad suficiente encontrará el cuerpo fundamental de normas morales que en todo momento han funcionado y perdurarán.¹

Estos principios morales son los que se manifiestan en el derecho y es un error tratarlos de ignorar, porque al hacerlo así provocamos las revoluciones cruentas en los pueblos que nos arrojan a situaciones de involución de las cuales se hace muy difícil reponerse. Por eso el derecho no debe limitarse a tratar de resolver el problema técnico de poner en acción valores humanos, sino que, a la vez, debe concebir los medios para asegurar que la corriente del pensamiento libre no se seque en su misma fuente por efecto del control monopolizado.² De aquí que en el campo jurídico proponerse estereotipar la legislación sin permitir que a través de ella aflore la voluntad renovadora del juzgador, equivale a entrar en períodos de letargo con el consecuente deterioro de las relaciones humanas.

Es evidente que el hombre se ha afianzado como sujeto histórico en consideración a que la ciencia y la técnica le han permitido el dominio

¹ Lord Dennis LLOYD, *La idea del derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 124.

² *Ibidem*, p. 360.

de la naturaleza. Empero los frutos de su inteligencia tienen que adecuarse a los cambios de la historia. Por ello que el orden racional sea importante, pero no invulnerable como con frecuencia se ha querido hacer creer. Debemos impulsar un tipo de sociedad en la que cada vez tomen mayor relieve los principios de personalidad y comunidad a efecto de superar el actual marasmo social. A tal fin, es menester buscar los sustitutivos del derecho liberal que nosotros los ciframos en el derecho comunitario.

Sin duda que fue un error del positivismo, que encarna la doctrina liberal, proclamar la separación tajante entre el derecho y la moral, lo que ha conducido a un empobrecimiento del derecho, el cual inclusive en nuestra época se ha desligado del campo de la cultura integral. El derecho debe proporcionar una base sólida para la sociedad, lo cual sólo puede lograrse dando paso a los valores y tradiciones representados por esa sociedad en la historia pasada, en la medida que responden a las necesidades del presente.³

Entre estos valores destaca la moral, que siempre influye en el derecho, por cuanto se considera que ningún sistema social puede sobrevivir a menos que proteja de algún modo a las personas, a la propiedad comunitaria y el cumplimiento de los pactos, por tratarse de instituciones que tienen un basamento moral, por lo cual se llega a decir que la validez de una ley depende –en cuanto ello sea posible– de la verdad moral. Esto es así, en cuanto la existencia de las leyes humanas originan problemas morales, cuya solución debe proteger el derecho buscando la sobrevivencia de la misma sociedad, llegándose a sostener que en todo litigio está en juego más que el bienestar la legitimidad moral de la acción. Pues sólo el respeto de ciertos valores por el derecho justifica el empleo de la coacción para hacer posible la solidaridad humana, ya que de no hacerlo así se produciría el colapso del orden social.⁴

³ *Ibidem*, p. 358.

⁴ Davis LYONS, *Ética y Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1986, pp. 71, 112, 181 y 83.

Esta es la razón por la que nosotros enmarcamos al hombre en los órdenes moral, social y jurídico, ya que éstos responden a exigencias de la naturaleza humana. Órdenes que tienen sustantividad propia, pero a la vez, una íntima conexión entre ellos, con lo cual es menester que así sea para que reflejen las necesidades del ser humano. Por eso es obvio que cuando la relación entre estos órdenes no se da en el campo del derecho experimentan una dislocación las relaciones de convivencia como suele suceder en la sociedad actual. En consideración a este aserto es que inclusive en el ámbito del positivismo jurídico se ha planteado, entre algunos de los seguidores de esta doctrina, la perentoriedad de abrir el derecho a la influencia de la moral y del derecho natural.

Conviene aquí aclarar que esta vuelta a los principios morales y iusnaturalistas, no significa siempre una adhesión a los principios metafísicos y religiosos, en algunos sectores descartados, lo cual reciente a estas posiciones doctrinales de no tomar en cuenta estos convincentes ingredientes de la vida humana. Más bien los principios morales y iusnaturalistas se aceptan reconociendo exclusivamente su carácter racional. A esto se debió el que la época de la reforma, lejos de llevar al rechazo del derecho natural, puede considerarse la edad de oro del iusnaturalismo, que perduró hasta el fin del siglo XVIII, precisamente por su tendencia racionalista. Quizás, en el sentido remoto de que Dios creó al mundo y cuanto hay en él, el derecho natural fuera un legado de Dios, pero ni siquiera esto era lo esencial, puesto que Grocio defendió que el derecho natural se aplicaría aun en el caso de que Dios no existiese.⁵

Tenemos el mayor respeto para estas ideas –igualmente que para la concepción racionalista kantiana de la moral, que le imprime una orientación inmanente, autónoma y formalista– empero no admitimos el carácter absoluto de la razón, desde el momento que revestimos a la ética de un sentido espiritualista. En este aspecto el conocimiento de

⁵ Lord Dennis LLOYDS, *op. cit.*, p. 91.

la moral está basado en principios generales innegables, o apoyarse en cierto conocimiento que obtenemos sobre lo bueno o lo malo, justo o injusto en casos particulares. De aquí que este conocimiento no proceda de la experiencia –el “*mores majorum*” de los romanos–, sino generalmente de una “intuición moral”.⁶

Así puede advertirse, investimos a la moral y al derecho natural de una mayor riqueza conceptual, desde el momento que aceptamos para su conocimiento distintas vías, como es la racional y la intuitiva, puesto que sus principios pueden proceder del orden moral tanto como del orden cósmico e inclusive del orden divino, manifestándose en la esencia de las leyes –como porosidad que impregna su contenido–, respondiendo así a las exigencias del orden universal.⁷

Por consiguiente, es muy distinta la posición de Emmanuel Kant (1724-1804), quien basa su teoría de la moral en lo que llama “agente racional”, dado que la persona que actúa por alguna razón se obliga a juzgar las acciones según principios generales. Luego actuar por alguna razón significa someterse a un principio general. Así la piedra de toque de la moralidad de una acción está en si el sujeto desea de una manera persistente que el principio de su acción se convierta en una ley universal de la naturaleza humana (el “imperativo categórico”).

La ética de Kant está basada en la teoría de que la acción obedece a los dictados de la razón antes que a Dios.⁸ Pues el imperativo categórico es el único que se expresa “en ley práctica” por la intervención del hombre, ya que ésta se somete a los dictados de la razón, por considerarlo ésta prácticamente necesario, es decir, bueno, por lo que el “imperativo categórico” es la ley de la moralidad.⁹

⁶ David LYONS, *op. cit.*, p. 39.

⁷ Lino RODRÍGUEZ-ARIAS B., *Filosofía y filosofía del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, p. 207.

⁸ Davis LYONS, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁹ M. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Editorial Espasa Calpe, trad. de Manuel G. MORENTE, 1946, pp. 59 y 70.

A) En esta dirección doctrinal se mueve H. L. Hart (*The concept of Law*, New York, Oxford University Press, London, 1961) para quien el positivismo jurídico consiste en que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así. Por el contrario, en las teorías clásicas del derecho natural, hay ciertos principios de conducta humana que deben ser descubiertos por la razón del hombre por lo que el derecho elaborado por éstos –el llamado derecho positivo– debe concordar con los principios del derecho natural.¹⁰

La reafirmación actual de la doctrina del derecho natural –dice Hart– se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la humana, conteniendo ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral y del derecho; de donde que los principios de conducta universalmente reconocidos tengan como bases estas verdades elementales referentes a los seres humanos, constituyendo el “contenido mínimo” del derecho natural.¹¹

En cuanto al derecho y la moral deben incluir un contenido específico, para que tanto las normas jurídicas como la moral consigan el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí, pues en ausencia de este contenido asociativo los hombres no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente alguna regla, cuando sin un mínimo de cooperación espontánea entre aquellas personas que advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente.¹² Luego el sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, ya que

¹⁰ *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 230.

¹¹ *Ibidem*, pp. 232, 233 y 239.

¹² *Ibidem*, p. 239.

no se puede apoyar en el mero poder del hombre sobre el hombre. Por lo tanto el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Este acatamiento al sistema de derecho puede basarse en consideraciones diferentes: Cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional o no reflexiva heredada, o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros.¹³

Este sistema jurídico puede ser equitativo cuando atiende en forma genuina los intereses vitales de aquellas personas a quienes exige obediencia, obteniendo así el respeto de la mayoría durante la mayor parte del tiempo y, por lo tanto, será estable. Por otra parte, se tratará de un sistema mezquino y exclusivo manejado para servir los intereses del grupo dominante, corriendo siempre el riesgo de la amenaza latente de levantamiento popular, con lo que se convierte cada vez más en sistema jurídico represivo e inestable.¹⁴ Pues hay que considerar que los hombres no son demonios ni tampoco ángeles, sino más bien ocupan un término medio que hace necesario la existencia de un sistema de abstenciones mutuas u obligaciones. Sin duda que en una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, se comprende que no cumplirían ninguna función las abstenciones, mientras que en una sociedad de demonios, tales reglas serían totalmente ineficaces. La realidad nos dice que el altruismo humano es limitado, por cuanto la tendencia a la agresión es bastante frecuente con signos fatales para la vida social, haciéndose imperativa la existencia de normas de control.¹⁵ A medida que la norma de derecho recoge en su contenido los principios morales, existen más posibilidades de su cumplimiento, si bien en la sociedad actual advertimos una resistencia a que esto sea así por la preponderancia indebida que ha tomado la legalidad en detrimento de la obligación moral y la indiferencia de un sector de los ciudadanos frente al reconocimiento de los valores mo-

¹³ *Ibidem*, pp. 250-251.

¹⁴ *Ibidem*, p. 249.

¹⁵ *Ibidem*, p. 242.

rales. Esto ha alertado a juristas como Hart y Dworkin, para resaltar la naturaleza moral del ordenamiento jurídico como único modo de enriquecer el sistema del derecho, dando de lado en este aspecto al positivismo, expresión del mundo burgués. Éste se haya más interesado en hacer hincapié en el principio de seguridad que en el de justicia, en perjuicio de la relevancia de los derechos morales que deben penetrar en el orden jurídico, ya sea por la vía legislativa o a través del proceso judicial.¹⁶ Es evidente que el hombre necesita de la asociación de los otros hombres para subsistir, pero –según Hart– esta asociación humana no puede darse sino se respetan las leyes de equidad y de justicia.¹⁷

La justicia es un sector de la moral que engarza a este orden con el jurídico, no refiriéndose a la conducta individual sino a las formas como son tratadas las distintas clases de personas, obteniendo por esta razón la justicia relevancia para la crítica del derecho y de otras instituciones públicas o sociales. La justicia es la más pública y la más jurídica de las virtudes; sin embargo, la justicia no agota la idea de moral, por lo que no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia.

Así una norma jurídica puede ser condenada como mala desde el punto de vista moral, simplemente porque exige de los hombres acciones que la moral reprueba.¹⁸

Cuando se produce el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico, de modo que los medios de control social comprenden ahora un sistema que contiene “reglas de reconocimiento”, se alcanza a precisar la distinción de las reglas jurídicas de las otras reglas, habiendo quienes han utilizado el término moral para designar a las otras reglas no jurídicas. Hay entre estas reglas algunas a las que se atribuye

¹⁶ *Ibidem*, pp. 251-252.

¹⁷ *Ibidem*, p. 237.

¹⁸ *Ibidem*, p. 208.

importancia suprema y tienen mucha semejanza con las normas del derecho. De esta guisa a los vocablos “derecho”, “obligación” y “deber”, que tienen una connotación jurídica se les agrega el adjetivo “moral”, para designar los actos u omisiones exigidos por aquellas reglas. No obstante estas semejanzas, existen ciertas características que el derecho y la moral no comparten, ya que las reglas jurídicas sólo prescriben conductas “externas”, y no atienden a los motivos u otros elementos “internos” del obrar, mientras que la moral no prescribe acciones externas específicas, sino sólo una buena voluntad o una intención correcta, quedando claro que el contenido de una y otra difiere,¹⁹ con lo cual Hart se adhiere a la tesis kantiana del derecho por nosotros no compartida.

Por eso Hart, a pesar de las incursiones que hace en el campo moral, es, ante todo, un *normativista*, porque para él el derecho es norma y ésta es un hecho social. De qué que cuando se da en la sociedad una presión social fuerte para el cumplimiento de las normas surge una obligación moral de cumplirlas, dándose aquí la conjunción de los órdenes jurídico y moral. Es por ello que Hart rompe con los moldes estrechos del sistema liberal que defiende la separación tajante del derecho y la moral, lo cual ha tenido como consecuencia el amoralismo de nuestra época, que se caracteriza por un avance del bienestar general y un retroceso del orden moral, trayendo consigo el empobrecimiento de los valores humanos y comunitarios.

B) En esta línea del pensamiento nos hallamos a Ronald Dworkin (*The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977; y *Los Derechos en serio*, Barcelona, Prólogo de A. Calsamiglia, Editorial Ariel, 1984), quien siguiendo la tradición americana parte de problemas muy concretos y rechaza el postulado formalista de la separación absoluta entre el aspecto descriptivo de la teoría y su aspecto normativo, contemplando de un lado la forma y del otro el contenido, ya que para

¹⁹ *Ibidem*, pp. 211-214.

él la teoría tiene tanto funciones cognoscitivas como prácticas de adecuación del derecho al cambio social. Por eso nada tiene de extraño que a la filosofía del derecho la incluya dentro de la filosofía moral y política y, por tanto, de la filosofía. Precisamente los derechos en serio reclaman una teoría coherente que evite la anarquía cuando hayan discrepancias entre los hombres respecto de los derechos morales.²⁰

Para la comprensión de su tesis va más allá de Hart que, como hemos dicho, se ha quedado en el normativismo, mientras que él distingue además de la norma, el principio y la directriz. Esta es la clase de norma que establece una meta a alcanzar en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político y social de la colectividad. El principio se refiere a todo un orden de normas extrajurídicas, que constituyen un imperativo de justicia, de honestidad o de otra índole moral; v. gr., la norma que se propone la disminución de los accidentes de automóvil es una directriz, a la vez que una norma que prohíba a un hombre beneficiarse de los efectos de su propio delito es un principio. Así, en 1889, un tribunal de Nueva York, en la famosa causa de *Riggs versus Palmer*, prohibió a un heredero instituido en el testamento de su abuelo, después de haberle asesinado con dicho fin, que entrara en posesión de la herencia.²¹

Su doctrina se fundamenta en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista, si bien a él se le clasifica dentro de un liberalismo radical que parte de una concepción igualitaria de la sociedad, situándose en una actitud crítica del positivismo jurídico –que es la manifestación de la teoría jurídica liberal tradicional– y también de utilitarismo, porque al buscar que prevalezca el bienestar general en ocasiones lesiona los derechos individuales, los cuales defiende en toda situación.

²⁰ *Ibidem*, pp. 211-214.

²¹ DWORKIN, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85-87.

Hay quienes lo consideran un neiusnaturalista,²² pues elabora una teoría del derecho que no excluye ni el razonamiento moral ni el filosófico, que permite a los tribunales desarrollar un largo proceso de razonamiento y de creación sin precedentes. Ahora no cree en un derecho natural constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables, basado en la existencia de una moral objetiva. De aquí que aspire a constituir una tercera vía –entre el iusnaturalismo y el positivismo–, fundamentada en el *modelo reconstructivo* de Rawls, dado por la construcción de los principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones, estableciéndose una relación íntima entre el derecho y la moral. Así la Constitución americana ha incorporado algunos *standards* morales como criterios de validez jurídica.²³

Mientras las normas se aplican o no, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado; pero, a diferencia de las normas, su enunciado no establece las condiciones de su aplicación, pues es el contenido material del principio –su peso específico– el que señala cuándo se debe aplicar. Por ello hay que recurrir a la construcción de una “teoría coherente”, partiendo de la base que hay teorías que justifican respuestas distintas, en cuyo caso hay que acoger la teoría que motive y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente.²⁴ Esta distribución coherente del principio nos lleva a que si un funcionario, por ejemplo, cree que cierto tipo de libertad sexual es un derecho de los individuos, debe proteger esa libertad de manera tal que distribuya el beneficio que ésta supone de forma razonablemente igual entre la clase de aquellos a quienes considera poseedores del derecho.²⁵

Cuando existen contradicciones o lagunas en la ley el juez no tiene que atenerse a la discreción judicial como proclama el positivismo y, por lo tanto, sostiene Hart, puesto que si no existe una norma aplicable al

²² A. CALSAMIGLIA, *Prólogo*, en Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 12.

²⁴ *Ibidem*, pp. 9 y 14.

²⁵ DWORKIN, *op. cit.* p. 155.

caso controvertido, el juez debe decidir discrecionalmente, porque el derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos planteados. De allí que en este supuesto de los “casos difíciles”, esto es, cuando no se da una norma aplicable a éstos, en verdad no existe una respuesta correcta previa a la decisión del juez; claro, es que la discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino lo que se quiere expresar es que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad legislativa.

Así Dworkin dice que hay discreción: 1º- Si un deber se halla definido por *standards* que las personas razonables pueden interpretar de diferentes maneras; y 2º- Alguien tiene discreción si su decisión es definitiva, dado que ninguna otra autoridad superior puede revisarla y anularla, ejemplo: cuando se deja librada al criterio del juez de línea la decisión de si un jugador está fuera de juego. En estos casos el juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, con lo cual la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino por un deber nuevo creado por el juez después del hecho.²⁶ A fin de evitar esta discrecionalidad judicial, Dworkin mantiene la tesis de que en estos supuestos se dan vacíos de la ley pero no del derecho –de aquí la preeminencia de éste sobre aquélla–, por cuanto que el derecho prevé para resolver estos casos acudir a los principios, fundamentando su tesis en los argumentos siguientes: a) cualquier norma se fundamenta en un principio; y b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. En tales situaciones, el juez tiene la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho, y en ellos aparece con claridad la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico. Así se evita que los derechos de las personas estén a merced de los jueces. Porque él parte de la base de que el juez, en el positivismo, a través de su poder político es creador del derecho discrecional, mientras que propugna

²⁶ *Ibidem*, pp. 86, 131 y 150.

un juez con función garantizadora del derecho, establecida dentro de estas características:

- 1ª La distinción lógica entre normas y principios.
- 2ª El modelo de la reconstrucción (heredado de Rawls);
- 3ª La fusión entre moral y derecho (heredado de Fuller); y
- 4ª La tesis de la respuesta correcta en los “casos difíciles”.²⁷

En los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas, sino que los resuelven en base a principios que fundamentan derechos. Aquí la ley ya no puede dar respuesta y hay que acudir al derecho para encontrarla, puesto que es de mayor jerarquía, debido a que el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos. De este modo la respuesta correcta se origina en el derecho preestablecido. Es la teoría la que es capaz de justificar los materiales jurídicos vigentes.²⁸ Porque en estos casos la ley ha enmudecido y el derecho se ha revelado, hasta el punto que en ocasiones –cuando existe ley injusta–, prevalece el derecho que se afianza en el deber de conciencia, que es más fuerte que el imperio de la ley; v. gr. el derecho moral a la libertad de expresión.²⁹

El caso difícil supone siempre la situación de incerteza para darle solución, sea porque existen varias normas aplicables que determinan sentencias distintas –porque hay contradicciones entre ellas–, sea porque no existe norma exactamente aplicable que es cuando entran en acción los principios, que son dinámicos y cambian con rapidez, los cuales se captan mediante el razonamiento judicial y su integración en la teoría mediante el “reconstruccionismo”, que conduce a la búsqueda de criterios objetivos.³⁰ Claro que a veces no puede haber

²⁷ A. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 15.

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 284.

³⁰ A. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 14.

una sola respuesta correcta, sino una variada de ellas, en cuyo caso hay que elegir la que tenga más convicción y peso.

De allí que las minorías reclamen derechos morales que la ley les niega, como sucede en los casos de desobediencia civil, donde el reconocimiento de ésta, por respeto a la posición moral de quienes la ejercen, no supone alterar la vida ciudadana y mucho menos el crimen en general.

Se advierte, pues, cómo la filosofía jurídica del Dworkin está fundamentada en los derechos individuales, adoptando una posición antiutilitarista, que propugna fines colectivos a los cuales deben subordinarse aquéllos, ya que condicionan los objetivos sociales al respeto de los derechos del individuo. Esta es una posición individualista lo mismo que la del positivismo, con la diferencia de que éste no reconoce otros derechos que los recogidos en la ley, más concretamente en el sistema jurídico; pues en caso de conflicto entre los derechos legales y los derechos morales, éstos triunfarán necesariamente sobre aquéllos. Esto responde a la seriedad del derecho, que exige al Estado tomar los derechos en serio.³¹

Dworkin se acoge a las controversias judiciales para explicar la tesis de los derechos:

- a) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto.
- b) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde el triunfo.
- c) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista normas exactamente aplicables.

³¹ DWORKIN, *op. cit.* p. 303.

d) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho.

e) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que lo fundamentan; y

f) El juez –al fundamentar su decisión en un principio preexistente– no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.³²

Es evidente que Dworkin ha llevado a cabo una reivindicación del derecho ante la majestad de la ley que implantó el Código de Napoleón; más bien nos remontamos al plano de la Escuela histórica, si bien en ésta –en su etapa prístina– predomina lo empírico y lo social, mientras que Dworkin se desenvuelve en el ámbito conceptual –su teoría coherente– y el jurisprudencial –la controversia judicial–. A pesar de su radicalismo individualista que enaltece a la igualdad, como de hecho fuerte frente a la libertad, continúa dando preeminencia al individuo sobre la sociedad, por lo que subordina lo social a lo individual, desplazando el utilitarismo de Austin. Acerca de este particular, Benito de Castro Cid ha escrito: “Es significativo el dato de que en la actualidad de los derechos se avanza hacia la superación de la inflexión individualista mediante una progresiva incorporación de Derechos cuya titularidad inmediata corresponde a los grupos humanos”.³³

En verdad que si a la sociedad la consideramos integrada por personas humanas en vez de por individuos, la dicotomía sociedad-individuo se rompe y en su lugar aparece la integración de personas y comunidad como un único haz de voluntades. Porque el bien común implica la subordinación del individuo, mas no de los derechos trascendentales de la persona humana.

³² A. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 18.

³³ La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948, *Revista persona y Derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, Tomo 25, p. 29.

De otra parte, en el sistema codificado –y en el no codificado juega este papel el precedente judicial–, la discrecionalidad del juez nunca es creadora de derecho y, por ende, no aplica la norma retroactivamente, pues siempre para fallar habrá de atenerse a los principios de las fuentes del derecho. Luego la existencia de un mundo de derechos viene a enriquecer el sistema legislativo, desde el momento que pone a disposición del juez unos principios que hasta ahora permanecían ignorados y relegados por la ley. De aquí en adelante el sistema principista de Dworkin nos abre un camino nuevo al incorporar los derechos morales a la luz del sistema jurídico. De este modo se ha dado un paso más hacia la superación del derecho liberal en la vía del Derecho Comunitario.