

Directrices, Principios y Aplicación del Derecho*

Policies, Principles, and Adjudication

H.L.A. Hart (c.1977-82)**

Traducción de José M^a Sauca***

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 000-0001-5472-4491

josemaria.sauca@uc3m.es

Cita recomendada:

Hart, H.L.A. (2025). Directrices, Principios y Aplicación del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 13-25.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9494>

Resumen

Se trata de un trabajo inédito de H.L.A. Hart respondiendo a algunos trabajos de Ronald Dworkin y ha sido encontrado en los archivos de este último.

* NT. El título original es H.L.A. Hart, «Policies, Principles, and Adjudication» (c. 1977-82) y se ha publicado en *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 69, Issue 2, October 2024, pp. 127–134, <https://doi.org/10.1093/ajj/auae014>. Agradecemos sinceramente la generosa disposición de la revista *The American Journal of Jurisprudence*, publicada por Oxford University Press y la Law School de la University of Notre Dame, para que publiquemos una versión española de este trabajo. Agradecemos especialmente su disponibilidad a los directores de la misma, profesores Richard Ekins and Jeffrey Pojanowski. En cuanto a los términos utilizados, se ha venido traduciendo el término *policies* como directrices políticas o, en ocasiones, objetivos sociales. En términos generales utilizaré el término «directriz» o «directriz política» para contraponerlo a los principios y, por demás, a las reglas. Finalmente, aunque el término inglés *adjudication* tiene un creciente uso en la literatura especializada en español como, simplemente, *adjudicación*, he preferido mantener la clásica perífrasis de «aplicación del Derecho». Con todo, mantengo aquella formulación en las palabras clave.

** NT. Se trata de un trabajo inédito de H.L.A. Hart que ha sido recientemente descubierto por Samuel Burry en los archivos de Ronald Dworkin en Yale. Según señala Burry, este trabajo se escribió entre 1977 y 1982 y fue distribuido en un seminario en Oxford. Para los comentarios sobre los orígenes y presupuestos del trabajo, véase Samuel Burry, «H.L.A. Hart's Lost Essay on Policies, Principles, and Adjudication» en *American Journal of Jurisprudence*, 2024, 69, 135–140 (<https://doi.org/10.1093/ajj/auae015>). Para la explicación de la asignación del título, del *abstract* y de las *key words* –que no son de Hart– así como las consideraciones relativas a su datación, véase la p. 136 del trabajo de Burry.

*** NT. El original recoge la nota de Samuel Burry de que «H.L.A. Hart (1907-1992) fue catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford de 1952 a 1968» y aporta las palabras clave recogidas en el texto. La reproducción de las notas de Samuel Burry se recogerá, en adelante, entre corchetes especificando sus iniciales entre paréntesis (SB) dentro de los corchetes.



Palabras clave

Positivism jurídico, Adjudicación, Debate Hart-Dworkin.

Abstract

A previously unpublished paper by H.L.A. Hart responding to some of Ronald Dworkin's work, found in Dworkin's archives.

Keywords

Legal Positivism, Adjudication, Hart-Dworkin Debate.

En este trabajo, discuto principalmente (con amplitud porque creo que no me he ocupado suficientemente del tema) la distinción de Dworkin entre argumentos de principio y argumentos de directriz política y la virtual, aunque no completa, exclusión de estos últimos como fundamento de la aplicación del Derecho. Pienso, en primer lugar, que la doctrina general de Dworkin sobre que los jueces ni hacen ni debieran hacer depender, salvo circunstancias muy excepcionales, de argumentos de directrices políticas la decisión en los casos difíciles está inadecuadamente justificada y, de hecho, es incoherente con los términos de su propia teoría si se tiene en cuenta lo que sostiene sobre la discrecionalidad fuerte y débil. En segundo lugar, pienso que el relato del profesor Dworkin es aquí una descripción falsa de lo que los jueces realmente hacen en los casos difíciles y es un componente deficitario en su teoría normativa sobre lo que debieran hacer.

A pesar de que las ideas de Dworkin relativas a los argumentos de directrices es mi tema principal, tengo que tratar dos cuestiones preliminares.

Estas son observaciones generales sobre la teoría de Dworkin, pero también tienen repercusiones en el tema específico del uso judicial de los argumentos de directrices políticas. El primer punto es este: Dworkin dibuja una magnífica y fascinante imagen de Hércules en acción aplicando su teoría de la justificación política general de las prácticas establecidas en el Derecho, limpiando incluso los establos de Augías del Derecho inglés con la ayuda de su teoría de los errores que solo despoja a algunas decisiones jurídicas de su fuerza gravitacional, de tal forma que las deja incrustadas o engastadas en el Derecho, pero bloqueadas para regular solo casos idénticos, mientras que otros, los errores corregibles, son desestimados y ya no tienen capacidad regulatoria¹. Pienso que esta imagen supone realmente una seria llamada de atención a los juristas ingleses como un alegato para la reforma de las prácticas

¹ NT. Probablemente, Hart hace referencia aquí al punto 3, del apartado 5 del cuarto capítulo, «*Hard Cases*», de *Taking Rights Seriously* (sigo aquí la edición en Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, de 1978. Para las dudas sobre la edición que, en esta ocasión, está manejando Hart, véase la nota 7). En la traducción de Marta Guastamino para la versión española, se mantiene la traducción literal de «fuerza gravitacional», así como la expresión «engastado». Sobre esta base y para evitar perífrasis muy complejas, mantengo esta literalidad añadiendo, como complemento, la expresión «incrustado». Discrepo de la opción de traducir *common law* como derecho consuetudinario, por lo que mantengo la expresión inglesa. Quizá el párrafo más clarificador de la traducción del texto de Dworkin al que Hart se está refiriendo es el siguiente: «Si clasifica [Hércules] algún evento como un error, no niega su autoridad específica, pero sí su fuerza gravitacional, y no puede apelar coherentemente a dicha fuerza en otras argumentaciones. Distinguirá también los errores engastados de los que son corregibles; errores engastados son aquellos cuya autoridad específica está fijada de tal manera que sobrevive a su pérdida de fuerza gravitacional; errores corregibles son aquellos cuya autoridad específica depende de la fuerza gravitacional de tal manera que el error no puede sobrevivir a su pérdida». Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984 (2ª ed. 1989), prólogo de Albert Calsamiglia y traducción de Marta Guastamino sobre la edición original de 1977, pp. 196-197. La cita original en inglés está en la p. 121 de la edición arriba citada. Finalmente, opto por traducir, con gran simplicidad, la expresión de Hart sobre los errores corregibles que «(...) are turned out of their beds», pues no he encontrado una expresión simple en español que tenga una equivalencia pragmática.

judiciales inglesas y no como una descripción de las mismas. Bien puede ser que los jueces ingleses deberían recurrir más frecuentemente de lo que lo hacen, al paradigma de Hércules buscando los principios implícitos al estilo, por ejemplo, del juicio de Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson* en que ambos enlazan y explican diferentes normas jurídicas existentes y facilitan también tomar una decisión de un caso difícil y apremiante (*Donoghue v. Stevenson* 1932 AC 562). Realmente, no pienso que sería una buena cosa que los jueces ingleses intentasen ir hasta el final con Hércules. Con todos sus defectos, pienso que los bastante intuitivos métodos de los jueces ingleses, usando analogías de corto recorrido o principios de alcance medio y haciendo transferencias de conceptos de una rama del derecho a otra, a veces de forma quizás un tanto incorrecta (lo que quedó muy bien ilustrado en lo que discutimos sobre propiedad matrimonial) son preferibles a sus andanzas en un holístico despliegue de una teoría política justificativa al estilo de Hércules. Pienso que muchos, probablemente la mayoría, de los jueces ingleses invitados a seguir a Hércules tendrían dificultades para identificar o construir cualquier teoría política o justificativa general y, de hecho, podrían negarse a tener una. Lo más que la mayoría podría lograr sería una convicción evolutiva burkeana de que en un sistema jurídico tan antiguo como el nuestro, las prácticas judiciales establecidas desde hace mucho tiempo, incluso el respeto por la simetría conceptual o la *elegantia juris* [(SB)] deberían seguirse sin indagar demasiado en su justificación racional. Creo que se quedarían bastante asombrados ante la insistencia de Dworkin en que si un juez acepta (como creo que ellos estarían de acuerdo en que debe hacerlo) las prácticas establecidas de su sistema jurídico, debe también aceptar alguna teoría política general que las justifique; así pues, no sólo deben aceptar que las leyes del parlamento pueden crear derechos y deberes jurídicos sino que debe, como juez, tener una justificación política o moral de la idea de que las leyes pueden crear y crean derechos y deberes. Esto puede sonar fatal y la reforma hercúlea bien puede probarse como finalmente conveniente y reeducar a nuestros jueces, pero no estoy muy seguro de ello. Hay un peligro en jueces que, sin las ventajas del entrenamiento filosófico en las grandes abstracciones al alcance de Hércules, se encuentren perdidos e incluso, si siempre hay una sola respuesta correcta y el método de Hércules es la mejor forma de conseguirla, en que los jueces ingleses podrían producir un desatino mayor si abandonaran sus modos tradicionales de pensar el Derecho.

Pero, por supuesto que el profesor Dworkin no considera su teoría, en este sentido, como una mera petición de reforma, sino como una descripción de lo que los jueces realmente hacen: simplemente una nueva vía, dice, para describir lo que siempre sabíamos que hacen. No lo encuentro en absoluto creíble y pienso que su poder persuasivo es en parte debido a la engañosa imagen de dibujar un hombre de paja de la alternativa positivista. El profesor Dworkin señala correctamente que cuando las leyes o los precedentes aplicables al caso fracasan en determinar una orientación, los jueces no echan a un lado sus códigos o recopilatorios y empiezan a legislar de conformidad con su personal concepción de la justicia, la utilidad o la moralidad. En tales casos, los jueces frecuentemente recurren y encuentran orientación en campos más amplios del Derecho existente. El positivista por supuesto que no niega esto, pero sostiene, tanto use o no el lenguaje de la discrecionalidad, que el deber del juez en los casos difíciles es decidir el caso razonablemente y lo que cuenta como razonable puede variar de sistema a sistema o a lo largo del tiempo dentro del mismo sistema. Hay una multiplicidad de consideraciones que, de conformidad con la tradición judicial establecida, el juez debe tomar en consideración, otras que puede no tomar en consideración, así como una disyunción de diferentes cosas que puede tomar en consideración. En lo más alto de entre esas consideraciones que *debe* tomar en cuenta, está el vigente *common law* y los pronunciamientos de los jueces, pero, aunque inicialmente no sea así, al final de todo, el juez puede tener que *elegir* entre consideraciones contrapuestas a la luz de su

concepción de la justicia o la moralidad o del interés público². En los tristemente escasos comentarios que hice sobre la aplicación del Derecho en *El concepto del Derecho* (escasos porque entonces estaba dando otras batallas que espero se hayan acabado ya), me referí al juez ante un caso difícil, en el supuesto de que determinadas leyes resultaran indeterminadas, como quien añade a una serie casos³ uno nuevo sobre la base de una similitud que podía ser razonablemente sostenida tanto como jurídicamente relevante como suficientemente cercana y decía que el criterio de relevancia y de cercanía de parecido⁴ dependen de muchos factores complejos que se desarrollan a través del sistema jurídico y sobre los objetivos y propósitos que le pueden ser atribuidos. Caracterizar esto, decía, es caracterizar todo lo que es específico o peculiar en el razonamiento jurídico. Habrá supuestos en que la elección es inevitable, pero ni es arbitraria ni es mecánica.

Mi segunda observación general es que la atención del profesor Dworkin a la descripción que los jueces hacen de sí mismos es altamente selectiva. Él pone la atención en el hecho de que los abogados argumentan en los tribunales y los jueces encuadran sus juicios sobre la base de que estos últimos buscan el Derecho aplicable al caso, pero no lo crean. Nuevamente, subraya el hecho de que las descripciones metafóricas de los jueces sobre lo que ellos hacen en los casos difíciles se expresan en términos de encontrar nuevas normas «inmanentes al Derecho como un todo», «aplicando una lógica interna del Derecho» tal que los jueces se ven a sí mismos como agentes a través de los cuales el Derecho «se depura a sí mismo» y al Derecho como teniendo una «vida propia».⁵ Pero estas metáforas estarían perfectamente justificadas por tales formas de actividad judicial como la deducción del principio de vecindad de Lord Atkins para vincular un buen número de normas diferentes y proporcionar una solución para un nuevo caso difícil. Ese estilo de decisión, pertinentemente admirado, no compromete en absoluto a quienes lo siguen con el programa completo de Hércules; en nada desplaza la idea de que, siguiendo ese método, algunas veces, se le presentarán finalmente al juez dos principios rivales entre los que tendrá que elegir sin una guía por parte del Derecho. El profesor Dworkin, mientras presta atención al lenguaje judicial y a aquellas metáforas que, aunque no le justifican, le vienen bien, no presta suficiente atención a lo que los jueces dicen sobre el tema y que no se acomoda a su visión. No sólo está aquí Holmes con su famosa afirmación de que los jueces ejercen la prerrogativa soberana de elección sometidos a muchas restricciones de tal forma que, cuando el juez legisla solo lo hace intersticialmente; no solo están las muchas páginas de Cardozo sobre el juez como legislador, diseñando la misma imagen del juez ejerciendo una elección cuyo producto es una ley que no ha sido hallada sino creada, e insistiendo en que el proceso, al ser legislativo, presupone la sabiduría del legislador a pesar de las muchas restricciones de las que el legislador está libre. En Inglaterra está la insistencia de Lord Macmillan de que en casi todo caso de apelación sería posible decidir el tema de cualquier

² NT. Las expresiones «debe» y «elegir» están en cursiva en el original y se ha traducido la expresión «dicta» en el original por «pronunciamientos».

³ [Hart añade aquí en el margen una cita a "C of L. p. 124 (cf. p. 200)," esto es: [H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 124, cf. 200. Las páginas correspondientes en la tercera edición son H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 127. cf. 204] (SB)]. NT. Las referencias en la versión española de Genaro R. Carrió corresponden a H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perot, 1963, p. 159 (cf. pp. 252-253).

⁴ NT. En español suele utilizarse la expresión «identidad de razón» aunque esta expresión no se corresponde exactamente a la utilizada por Hart que no acredita ese carácter técnico.

⁵ [Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977, p. 112. No está claro si Hart intentaba referirse a la edición de 1977 o a la de 1978 de *Tomando los derechos en serio* ya que no incluyó la fecha de la publicación del libro en sus referencias explícitas y las citas y referencias que da están localizadas en la(s) misma(s) página(s) en ambas ediciones. Para más amplia discusión, véase la p. 136 de Barry, 2024 (SB)]. NT. En la versión española de Marta Guastamino antes citada, la referencia de Dworkin se recoge en la p. 184.

manera que tenga una justificación jurídica razonable. Quizá más revelador, porque aclara la fraseología en que se basa el profesor Dworkin, está Lord Radcliffe quien, como el profesor Dworkin, estaba, según dice, muy preocupado por la imagen del juez como un objetivo, imparcial, erudito y experimentado declarante del Derecho que no debería ser confundido en la mente de la gente con la muy diferente imagen del legislador. Él sostiene que por supuesto que los jueces tienen una función legislativa pero «el juez servirá mejor al interés público si guarda silencio sobre [ello (SB)]» ya que enfatizarlo puede hacer más daño a la confianza general en el Derecho como [(SB)] «una constante [(SB)] segura en manos de los jueces» que [sic (SB)] si no lo hace⁶. Su perspectiva era que enfatizar la actividad creativa de Derecho realizada parte de los jueces podría ser ampliamente malinterpretada en ausencia de una apreciación sofisticada de las muchas, delicadas e importantes restricciones que, de hecho, se imponen sobre ella y que diferencian la producción o modificación de las normas por parte de los jueces de la de los legisladores.

Pienso que el profesor Dworkin es culpable de una similar atención selectiva sobre lo que los jueces dicen que hacen no solo sobre cuestiones generales sino sobre específicos temas de directrices políticas versus principios de los que me ocupo aquí. Cuando son confrontados en [sic (SB)] el caso de *D v. NSPCC* en el que los jueces rechazaron ordenar la revelación al demandante del nombre de un informante de la NSPCC y afirmaron expresamente que lo habían decidido así sin tomar en consideración el interés público, Dworkin insiste en que lo que los jueces están haciendo «realmente» en tales casos es aplicar principios en concordancia con la Tesis de lo[s(sB)] derecho[s(SB)] y ponderando derechos en conflicto: el derecho del demandante contra el derecho de los niños a ser protegidos del maltrato⁷. Sin embargo, antes de que la corrección de esta interpretación o la revisión del lenguaje judicial pueda ser determinada, pienso que deberíamos considerar primero un poco más detenidamente lo que se ha hecho por el Profesor Dworkin y si realmente nos vale como un argumento de «directrices políticas».

En el *Model of Rules* de 1967, así como en un temprano artículo de 1963, tanto las directrices como los principios aparecen como partes esenciales de los argumentos judiciales acerca de los concretos derechos y obligaciones jurídicas⁸. Es cierto que la definición de directrices en el *Model of Rules* es bastante diferente de la ofrecida en *Hard Cases*⁹, aunque a estos efectos no creo que realmente la diferencia sea sustantiva. En el primer trabajo, directrices políticas son un tipo de estándar «que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad»¹⁰. En el primer artículo, los principios se distinguen como exigencias de justicia, equidad o cualquier otra

⁶ Lord Radcliffe, *The Path of the Law from 1967* (Cambridge, MA, 1968). [Hay que señalar que la afirmación original de Radcliffe es la siguiente: «Personalmente, pienso que los jueces servirán mejor al interés público si mantienen silencio sobre su función legislativa». Véase Lord Radcliffe, «The Lawyer and His Times», in *The Path of the Law from 1967: Proceedings and Papers at the Harvard Law School*, Convocation held on the One-hundred Fiftieth Anniversary of Its Founding, ed. Arthur E. Sutherland (Cambridge, MA: Harvard Law School, 1968), 16 (SB)].

⁷ [D v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children 1978 AC 171 (SB)].

⁸ [Ronald Dworkin, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14-46; Ronald Dworkin, «Judicial Discretion», *The Journal of Philosophy* 60 (1963): 624-38. El primero fue reeditado como el segundo capítulo de *Taking Rights Seriously*, 14-45 (SB)]. NT. Existe también versión española del primero a cargo de Javier Esquivel y de Juan Rebolledo G. en Ronald M. Dworkin, «¿Es el derecho un sistema de reglas?», México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977 y en las pp. 61 a 101 de la edición citada de *Los derechos en serio*.

⁹ [Ronald Dworkin, «Hard Cases», *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057-1109. Este artículo se volvió a publicar como capítulo cuatro de *Taking Rights Seriously*, 81-130 (SB)]. NT. En la versión española corresponde a las pp. 146 – 208.

¹⁰ [Dworkin, «The Model of Rules», 23; *Taking Rights Seriously*, 22 (SB)]. NT. ¿Es el derecho...? 18-19 y *Tomando los derechos en serio*, p. 72. Sigo la traducción de este último.

dimensión de la moralidad y no, como en *Hard Cases*, en que específicamente dice que son proposiciones que describen derechos como finalidades políticas individualizadas¹¹. Los ejemplos de directrices en el artículo de 1967 incluyen el estándar de reducir los accidentes de automóvil y también el objetivo de proteger a los consumidores de automóviles. Discutía en este artículo que en el caso Henningsen, la directriz política de proteger a los compradores de automóviles era ponderada con el principio de libertad de contratación, con el resultado de que una limitación de responsabilidad incluida en el contrato por parte del productor-vendedor de un coche era indisponible para él¹². Tan tarde como en el artículo del Profesor Dworkin sobre *Social Rules* de 1972¹³, se sostiene que principios y *directrices políticas*¹⁴ son empleados como argumentos por los jueces, aunque haya controversia entre ellos.

En *Hard Cases* hay, por primera vez, una doctrina general clara denominada Tesis de los Derechos que se caracteriza por sostener que las decisiones judiciales en casos civiles son y deben ser producidas no por directrices políticas sino por principios que aseguren o respeten algún derecho individual. Aunque el Profesor Dworkin nos diga que ha reformulado la distinción entre directrices políticas y principios, no hace mención o explica una cuestión más relevante: ¿por qué las directrices políticas que aparecían en los ensayos anteriores como fundamentos de la decisión judicial se dejan caer en *Hard Cases* como uno de los característicos fundamentos de la decisión judicial? Presumiblemente, este cambio se hizo porque solo un tiempo después de 1972, fue cuando el Profesor Dworkin empezó a tomarse los derechos tan en serio. Sin embargo, lo que es importante es que desde *Hard Cases* se puede recopilar una lista de argumentos que el Profesor Dworkin considera que son argumentos de directrices políticas. Una lista de estos (más allá de los ejemplos de reducir los accidentes de automóvil y proteger a los consumidores de automóviles mencionados en el artículo anterior) incluye los siguientes: (1) fortalecimiento del Derecho penal mediante su aplicación federal en casos de delitos graves cuando la aplicación estatal se vea obstaculizada; (2) algunas concepciones de la equidad tales como que el máximo de riqueza no sea más del doble que el mínimo de riqueza o que ningún grupo racial o étnico esté mucho más desaventajado que los otros; (3) la eficiencia económica o el rendimiento económico agregado; (4) la potencia militar; (5) un sistema económicamente racional de distribución de responsabilidad por accidentes; (6) consideraciones sobre el bienestar general teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes o la utilidad del país o la utilidad marginal para la comunidad como un todo o el compromiso entre los fines individuales y los objetivos en la búsqueda del bienestar de la comunidad como un todo. Tres comentarios son importantes en relación con esta lista. En primer lugar, los argumentos de directrices políticas no están reducidos, aunque el último ejemplo parece que los incluye, al exclusivo objetivo utilitarista de maximizar el bienestar general entendido como la suma de las utilidades individuales independientemente de principios distributivos. Además de este objetivo utilitarista, las directrices políticas incluyen aquí lo que quizá podría ser denominado como finalidades públicas específicas o razones como la eficiencia militar o la igualdad que son colectivas y públicas en el sentido de que son ampliamente reconocidas como características deseables de la vida en comunidad como para ser perseguidas a través de las

¹¹ [Dworkin, «The Model of Rules», 23; «Hard Cases», 1068; Taking Rights Seriously, 22, 91 (SB)]. Versiones españolas en *¿Es el derecho...?*, pp. 18-19 y *Tomando los derechos...*, p. 72 y p. 159.

¹² [Dworkin, «The Model of Rules», 24-25; Taking Rights Seriously, 23-24 (SB)]. NT. En las versiones españolas *¿Es el derecho...?* p. 20; *Tomando los derechos...* pp. 73-74.

¹³ [Ronald Dworkin, «Social Rules and Legal Theory», Yale Law Journal 81 (1972): 855-90. Este artículo fue nuevamente publicado como el capítulo tercero de *Taking Rights Seriously*, 46-80 (SB)]. NT. En la versión española corresponde a las pp. 103-145.

¹⁴ NT. La cursiva es del original.

instituciones públicas o los órganos de gobierno tales como el Derecho y, en muchos casos, ser identificados entre los valores aceptados o reconocidos del sistema jurídico. Algunos de estos objetivos públicos específicos como la igualdad son reconocidos como dignos de ser perseguidos independientemente de cualquier contribución que pudieran hacer a la utilidad general y otros son reconocidos como condiciones necesarias o medios para tal fin. Quizá a la vista de estas diferencias no deberíamos etiquetarlas como «directrices políticas» y sería iluminadora una clasificación más refinada. Pero aquí todo lo que importa es que todas son objetivos colectivos y no principios distributivos que describen derechos. Una segunda característica es que Dworkin concede que los argumentos de directrices políticas incluyendo todas las particulares directrices políticas ejemplificadas en la lista, pueden adecuadamente ser utilizados por los jueces para producir sus decisiones en la interpretación de las leyes. Esto es así porque, de conformidad con la teoría de Hércules, las leyes deben ser elaboradas a la luz de las responsabilidades generales de la legislatura y esta tiene el deber general de perseguir el bienestar general. Me ocuparé más adelante de las tardías condiciones bajo las cuales lo que parecen ser argumentos de directrices políticas pueden ser traducidos en argumentos de principios, pero el tercer aspecto relevante a subrayar es que el Profesor Dworkin no propone que cuando las leyes son interpretadas por los jueces, su uso declarado de argumentos de directriz política deba ser redefinido como argumentos de principio describiendo derechos. No se imagina a los jueces que interpretan la ley federal que prohíbe, en el tránsito inter-estatal, el traslado de una persona detenida ilegalmente, etc. como alcanzando la decisión que tomaron basándose en que había algún tipo de derecho individual para fortalecer la aplicación de la ley penal para ciertos tipos de delito. Ni tampoco sostiene que en el caso *Charles River* [–(SB)] donde nos cuenta que se adoptó una interpretación no excluyente de la ley por el motivo político de que una interpretación alternativa era incompatible con la mejora y prosperidad del Estado [–(SB)], que lo que *realmente* generó su decisión no fueron, después de todo, las directrices políticas, sino el principio distributivo de que los individuos tienen derecho a una parte justa de tal progreso y prosperidad¹⁵.

Está claro entonces que en la interpretación de la ley escrita hay una amplia gama de diferentes directrices políticas que pueden ser adecuadamente utilizadas por los jueces. *Prima facie*, parece que no hay razón por la cual las mismas consideraciones no deberían ser usadas por los jueces en los casos del *common law* y que, cuando lo hacen, estas consideraciones deberían seguir siendo valoradas como directrices políticas y no como principios que confieren derechos y especialmente cuando los jueces no hablan acerca de derechos, sino que describen las razones en términos de interés público general. Lo que también está claro es que hay, de hecho, un amplio número de casos del *common law* de este tipo. De hecho, como dijo una vez Dworkin sobre los principios, cuando identificamos tales casos, de repente somos conscientes de que estamos rodeados de ellos¹⁶. Consideremos los siguientes ejemplos. El caso de *D v. NSPCC*, en el que los tribunales decidieron que el interés público exigía denegar al demandante la revelación del nombre de un informante empleado por la NSPCC, estuvo precedido por una larga serie de casos¹⁷ en los que el demandante en el proceso alegó el derecho a la revelación de la información –en algunos casos de documentos en posesión de un departamento de la administración o de una agencia gubernamental con funciones legales de vigilancia

¹⁵ [Dworkin, «Hard Cases», 1086n21; *Taking Rights Seriously*, 108n1 (SB)]. NT. En la versión española de *Tomando los derechos...* la cita corresponde a la p. 147, nota 22 en p. 500. La cursiva es del original.

¹⁶ [Dworkin, «The Model of Rules», 29; *Taking Rights Seriously*, 28 (SB)]. NT. En la versión española de *Tomando los derechos...*, p. 80.

¹⁷ [Véase *Duncan v. Cammell Laird Ltd* 1946 AC 401; *Conway v. Rimmer* 1968 AC 910. (Debe ser indicado que el primer caso suele ser convencionalmente referido en la práctica jurídica como *Woods v. Duncan* [1946] AC 401. *Duncan v. Cammell Laird* es el tercer título en el AC report (SB)].

o la policía— y, en todos esos casos, se consideró que la cuestión de si tenía derecho a la revelación dependía de si esta obstaculizaría gravemente, o no, el adecuado funcionamiento de un servicio público. Se dijo que este sería el caso si la revelación fuera perjudicial para la defensa nacional o para las buenas relaciones diplomáticas del país o, en el caso de la policía, si obstaculizara la aplicación de la ley penal. En *Conway vs. Rimmer* el tribunal reconoció que tuvo que ponderar la adecuación y la gravedad del daño a la acción policial en la aplicación del Derecho penal contra el derecho del demandante a la revelación¹⁸. El tribunal se consideró a sí mismo perfectamente bien cualificado para hacer tales ponderaciones, pero decidió en favor del demandante sobre la base de que esta revelación de los documentos concretos, en este caso, no era lo suficientemente perjudicial para el funcionamiento de la policía. Este fue, sin duda, un argumento de directriz política, al igual que lo fue el argumento reconocido por Dworkin como de directriz política en el caso interestatal de detención ilegal en el que la aplicación federal no era necesaria para fortalecer el Derecho penal. Si en ese caso de interpretación legal, el argumento de directriz política no debe ser redefinido como un argumento del principio distributivo por el que los individuos tienen el derecho a una fuerza policial sin obstáculos en la aplicación de alguna ley penal, no puedo ver por qué debería ser redefinido de esa forma en los casos del *common law*, donde los jueces no hablan o piensan en términos de distribución al considerar el impacto de la revelación sobre el interés público.

O, retomemos nuevamente la doctrina en el caso de *Riggs v. Palmer* (con el que Dworkin solía machacar al desafortunado positivista en otro asunto): el principio de que nadie deberá beneficiarse del mal causado por él mismo¹⁹. En el caso particular, el principio se usaba para interpretar una ley e impedir que un asesino heredara de su víctima. Sin embargo, de hecho, tanto en los casos ingleses como en los casos americanos, la explicación del juez de este principio es que significa el reforzamiento del Derecho penal mediante la eliminación de algunas tentaciones de cometer delitos que, de otra forma, estarían presentes. Ello es, por tanto, una directriz política de fortalecimiento del Derecho penal en la misma medida en que lo era el traslado interestatal de personas detenidas ilegalmente. La doctrina de *Riggs v. Palmer*, interpretada en este sentido como una directriz política, ha sido usada en ambos países en casos de *common law*. Por ejemplo, se ha impedido que los parientes de una persona que se ha suicidado reciban una indemnización en virtud de un contrato de seguro que preveía expresamente el pago en caso de suicidio, con el argumento de que esto eliminaría un incentivo para infringir la ley²⁰. Nuevamente, si la eficiencia militar es una directriz política, se ha dado efecto a esto en varios casos, incluidos aquellos²¹ en los que las condiciones anejas a un legado, según las cuales el legatario no debería incorporarse a las fuerzas armadas, han sido calificadas como inválidas sobre las bases del interés público en el mantenimiento de las fuerzas armadas. Nuevamente, si una inteligente distribución económica de la responsabilidad por accidentes es una directriz política, también ha dado lugar, en las decisiones del *common law*, a que un productor no negligente de productos que dañan al cliente debería ser responsable sobre la base de que el productor podría redistribuir y redistribuiría entre sus clientes los costes de la indemnización. Esos ejemplos son solo unos pocos entre muchos. Además de esas, otras muchas directrices políticas pueden reconocerse entre las razones de los jueces al decidir casos del *common law*,

¹⁸ [Conway v. Rimmer 1968 AC 910 (SB)].

¹⁹ [Riggs v. Palmer 115 N.Y. 506 (1889); Dworkin, «The Model of Rules», 23-24; Taking Rights Seriously, 23 (SB)]. NT. En las versiones españolas, respectivamente, pp. 19-20 y p. 73.

²⁰ Véase *Ritter v. Mutual Life Ins. Co. of New York*, 169 US 139 [en la nota a pie de página 154 para Harlan J. en primera instancia]; *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1938] AC 586, y para Lord Wright [en la Corte de Apelación] in *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1937] 2 KB 197 [at 217-21 (SB)].

²¹ *E.g. Re Beard* [1908] 1 Ch. 383.

incluyendo la promoción de la armonía familiar, la prevención del despilfarro económico y la promoción de la seguridad en el trabajo.

A la luz de estos casos, merece la pena considerar de nuevo la decisión en D contra la NSPCC. Los jueces, a lo largo de todo ese caso, describen las consideraciones por las que piensan justificado el rechazo de la revelación al demandante del nombre de un informante como requerimientos del interés público y afirman expresamente que el interés público que prevalecía, en su opinión, sobre el derecho del demandante en ese caso, era análogo al interés público de proteger la identidad de los informantes de la policía. Los jueces nunca se refieren a los derechos de los niños como algo diferente del objetivo general de proteger el bienestar infantil. Me parece claro que están pensando en la reducción del mal agregado de una masa de niños que sufren y no en los derechos individuales de los niños. Así, Lord Hailsham abandona esta última forma de explicar por qué esto es considerado el objetivo de una política pública. Él cita la tradicional especial preocupación de la Corona por los niños como «*parens patriae*», por el hecho de que las aportaciones al bienestar infantil son buenas aportaciones virtuosas y que la protección de su bienestar ha sido facilitada por una serie de actos del parlamento. Por supuesto que los jueces podrían haber llegado a la misma decisión si hubiesen pensado en sí mismos como ponderando el derecho del demandante a la revelación con el derecho individualizado de un niño a la medida adicional de protección que supone la denegación de la revelación en el litigio del nombre del informante de la NSPCC. Pero ellos no hablan ni piensan en esos términos distributivos y la equivalencia extensional del resultado de las dos vías de pensar no es en absoluto garantía de que su decisión haya sido adoptada mediante el razonamiento de un principio distributivo más que el de una directriz política general. Si suponemos que el demandado de este caso fuese la NSPCA y no la NSPCC²² y que el tema fuese la protección de los animales frente al daño, los resultados muy bien podrían haber sido los mismos. Parecería absurdo suponer que la decisión tendría que justificarse como un caso en el que los derechos de los animales o los derechos de las personas de la comunidad a que los animales no sufran superaran los derechos del demandante. Con toda certeza la posición es sencillamente que la reducción de la cantidad total de sufrimiento animal es ampliamente reconocida como algo deseable tanto en sí misma como por sus efectos en prevenir la extensión de la insensibilidad ante el sufrimiento, y este es un fin institucional respaldado por las leyes del parlamento que previenen la crueldad hacia los animales. Es una causa pública y un objetivo perseguido sin tomar en consideración sus efectos distributivos y no veo razón por qué en este hipotético caso de la NSPCA y el caso real de la NSPCC los tribunales debieran ser representados como pensando en términos distributivos.

Así, mi primera objeción es que, como muestran estos ejemplos, no es el caso que los tribunales solo produzcan decisiones de *common law* sobre los derechos y deberes mediante principios que describen derechos individuales. Mi segunda objeción es el punto bastante diferente de que el Profesor Dworkin no ofrece, realmente, razones coherentes sobre por qué los jueces no deberían recurrir a argumentos de directrices políticas para producir sus decisiones. Sus reflexiones iniciales en el *Model of Rules* permitiéndolo me parecen preferibles a sus reflexiones posteriores que han sido expuestas como la Tesis de los derechos en *Hard Cases*.

Pienso que es importante que al tomar en consideración esta objeción, se observe que en el momento en que pensaba que las directrices políticas podrían adecuadamente aparecer en las argumentaciones judiciales de los casos de *common*

²² NT. Hart contrapone aquí la NSPCA (National Service for the Prevention of Cruelty to Animals) a la NSPCC (National Society for the Prevention of Cruelty to Children).

law, el Profesor Dworkin rechazaba vigorosamente la idea de que los jueces ejerzan, en alguna ocasión, una discrecionalidad fuerte y de ahí el artículo de fe del que nunca ha titubeado. Así, para él, admitir los argumentos de directrices no implica admitir la discrecionalidad fuerte. Esto no solo es cierto para un temprano y ahora descartado estrato de su pensamiento. Estoy seguro de que él no diría que cuando los jueces interpretan una ley mediante referencia a directrices políticas, como correctamente pueden hacer de conformidad con su más reciente doctrina, llegan a sus conclusiones mediante el ejercicio de una discrecionalidad fuerte. Por supuesto que ponderar las consideraciones de directriz política puede ser difícil; no pueden ser realizadas mediante reglas mecánicas; ello requiere entonces la formulación de un juicio y, por lo tanto, lo que el Profesor Dworkin llama discrecionalidad débil. Pero de ahí no se sigue que, como él nos advierte, esto implique el ejercicio de discrecionalidad fuerte: no significa que en la medida en que la ley esté en cuestión, no haya una respuesta correcta o que el juez al llegar a su decisión esté creando y no descubriendo el Derecho. Con esto en mente, déjenos considerar las razones de Dworkin para excluir los argumentos de directrices en los casos de *common law*. Parece que hay tres objeciones: (1) sería inconsistente con algunos principios democráticos relevantes; (2) sería ineficiente; (3) sería injusto²³. Una objeción burda podría ser, simplemente, que, si ninguna de estas consideraciones excluye el uso de directrices políticas en la interpretación de una ley, ¿por qué deberían estas consideraciones excluirla al determinar la existencia o la no existencia o la finalidad de los deberes y derechos del *common law*? Pero pienso que será más beneficioso tratar cada una de estas tres consideraciones separadamente.

En primer lugar, el argumento de la democracia. Los legisladores son elegidos para hacer la tarea de hacer leyes para los ciudadanos. Los jueces no son elegidos y si lo fuesen para *hacer leyes* estarían ejerciendo un tipo de creatividad que solo debería ser atribuida a los representantes electos en una legislatura. Ejercerían una discrecionalidad *fuerte* porque ningún estándar legal requiere una decisión particular. Pero si los argumentos de directrices políticas no incurren *como tales* en discrecionalidad fuerte, serán congruentes con que siempre haya una respuesta correcta esperando a ser descubierta en estos casos en que las consideraciones de directriz política son relevantes. La ponderación de esas consideraciones puede ser difícil y al igual que la aplicación de principios requerirá del juicio y de la discrecionalidad débil, pero no incluirá como tal la producción legislativa por parte de los jueces o el tipo equivocado de creatividad que sea diferente al buen juicio. Así, me parece que no hay fundamento para decir que la admisión de consideraciones de directriz política en general es inconsistente con los principios democráticos. En segundo lugar, se dice que, a diferencia del legislador, la aplicación de los argumentos de directriz política por los jueces será ineficiente porque no tienen los interlocutores y grupos de interés que les informen de la naturaleza e intensidad de múltiples demandas o de las utilidades o inutilidades específicas que tienen que ser ponderadas al llegar a un juicio sobre el bienestar en su conjunto. Esto no me parece que sea una buena objeción para la exclusión general de los temas de directriz política sino, como mucho, para excluir esa forma de directriz política que incluye valoraciones precisas de la satisfacción de las demandas agregadas o la maximización de la función social del bienestar donde los argumentos son los niveles de utilidad de los miembros de la sociedad. Muchos de los objetivos que el Profesor Dworkin relaciona como cuestiones de directriz política han sido ponderados, tal y como sus ejemplos muestran, en los casos de los jueces contra el pretendido derecho del demandante, investigaciones sobre si un derecho puede ser admitido sin dañar el progreso y prosperidad de la economía o del servicio público o el funcionamiento de algún departamento de la administración, son a menudo perfectamente bien estudiadas sin lobbies o

²³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 84-85. NT. En la versión española, son las pp. 149-150.

intermediarios y en *Conway and Rimmer* (*Conway v. Rimmer* 1968 AC 910), Lord Morris explica por qué los tribunales están perfectamente cualificados para tratar tales temas.

La tercera objeción para usar argumentos de directriz política es que producir decisiones mediante ellos es injusto porque implica legislar retroactivamente y de forma sorpresiva. Pero dado el punto de vista del Profesor Dworkin sobre la compatibilidad de admitir argumentos de directriz política con la exclusión de la discrecionalidad fuerte, no veo la manera de cómo se podría justificar esta objeción. Si es sabido que, en los casos jurídicos, los argumentos de directriz política, junto con principios de derechos, son fundamentos adecuados para la decisión y si al aplicar argumentos de directriz política los jueces no ejercen una discreción fuerte, no crean Derecho sino que descubren el Derecho que existe, aunque diferentes jueces puedan diferir en su ponderación de las cuestiones de directriz política, al igual que pueden diferir en la ponderación de los derechos, en nada de esto parece haber nada injusto o retroactivo. Por ello, un litigante, como los del caso del informante de la policía, sabe que, en general, él tiene el derecho de revelación de los documentos requeridos para regular su caso. Si él sabe también que en los casos dudosos, su derecho será subordinado al interés general y si al ponderar el interés general, los jueces no están creando Derecho o ejerciendo una discrecionalidad fuerte, él no tiene nada de que quejarse sobre la apreciación de la injusticia, la actividad legislativa retroactiva o sorpresiva que no fuese aplicado de forma igual por los tribunales al producir sus decisiones en los casos difíciles desde argumentos de principios, donde su aplicación también era difícil, requería juicio y discrecionalidad débil.

Finalmente, hay un tema muy desconcertante en lo que Dworkin dice sobre los límites que deben respetarse si lo que parecen argumentos de directriz política deben tratarse, después de todo, como encubiertos argumentos de principio. Concuero con lo que dice sobre la redefinición del compromiso con los derechos en conflicto de la Escuela de Chicago que están implicados en los casos de negligencia en términos de utilidad agregada para las partes²⁴. Sin embargo, lo que es desconcertante es lo siguiente. Dworkin dice (p. 100) que, si un juez en un caso de negligencia limita algún derecho abstracto por consideración a la seguridad pública o a la escasez de recursos, esto debe ser visto como limitar tal derecho por referencia a los derechos individuales en liza a la seguridad o a, simplemente, al reparto de recursos²⁵. Por supuesto que esto está plenamente de acuerdo con su redefinición de lo que los jueces denominan las exigencias del interés público en los casos del informante como un conflicto entre el derecho del denunciante y el derecho de los individuos protegidos por la ley. La «Tesis de los derechos» es aparentemente una tesis acerca de qué argumentos o razones formulan los jueces y pueden usar adecuadamente para *producir* sus decisiones. Esta tesis no estaría satisfecha por el mero hecho de que las decisiones que se producen sean decisiones que sostienen y limitan el alcance de los derechos. Si esto fuese lo aportado por la Tesis de los derechos no habría necesidad de redefiniciones de directrices políticas en los términos de derechos sobre las que insiste Dworkin. Sostener que la Tesis se cumpliría por el mero hecho de que las decisiones, cuando llegan, son decisiones sobre derechos, sería confundir los argumentos que producen decisiones con el anuncio de tales decisiones. Incluso en una importante y, sin embargo, difícil nota al pie en la página 110, Dworkin parece ser el culpable de esta confusión. En ella sostiene que cuando los jueces usan argumentos de directriz política tales como la prosperidad o la importancia de la economía, como hicieron en el caso de Charles

²⁴ [Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 97. Véase también Dworkin, «Is Wealth a Value?», *Journal of Legal Studies* 9 (1980): 191-226 (SB)]. NT. En la versión española, p. 167.

²⁵ [Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 100 (SB)]. NT. En la versión española, p. 170.

River al interpretar la ley, ello sigue siendo un argumento de principio ya que el resultado de esta aplicación de la directriz es una decisión sobre el alcance del derecho creado por la ley²⁶. Lo que más me desconcierta aquí es que si el hecho de que el argumento dé lugar a una decisión sobre el alcance de un derecho es suficiente para reivindicar la Tesis de los derechos en el caso de la ley, ¿por qué no ocurre lo mismo en los numerosos casos del *common law* donde los jueces limitan un derecho por consideración al orden público o a la escasez de recursos? ¿o al interés público? ¿Qué necesidad hay, si esto es a lo que llega, la Tesis de los derechos para la redefinición de los argumentos de directriz política como argumentos de principio? Sin embargo, Dworkin insiste, en casos como el D v. NSPCC y en los casos de negligencias, en tal redefinición como si pensase que la Tesis de los derechos era una tesis interesante acerca de los argumentos utilizados en las decisiones sobre derechos y no meramente la tesis trivial de que la decisión es una decisión sobre derechos. Por supuesto que el hecho de que esas decisiones versen sobre el alcance de un derecho abstracto existente significa que los tribunales no se acercan a su labor de decisión como si ellos fueran utilitaristas del acto y deciden cada caso solamente mediante la referencia a la utilidad, pero esto solo significa que los derechos tienen algún peso o cuentan para algo en un sistema donde las reglas jurídicas confieren derechos.

Los puntos fundamentales que quisiera sintetizar son los siguientes:

1) La Tesis de los derechos tomada descriptivamente es falsa: hay multitud de casos, tanto del *common law* como de la interpretación de la ley, donde los jueces usan argumentos que el Profesor Dworkin denomina de directriz política.

2) No hay buenas razones para redefinir esos argumentos como argumentos de principio describiendo derechos individuales.

3) La afirmación de que el uso de argumentos de directriz política en la interpretación de las leyes es consistente con la Tesis de los derechos es, o bien, una confusión entre los argumentos que generan decisiones y las decisiones mismas, o bien, muestra que la Tesis de los derechos se reduce ahora a la mera afirmación de que en un sistema jurídico que confiere derechos, los derechos valen para algo en la decisión de los casos y los jueces no deciden esos casos de manera utilitaria.

4) No se dan buenas razones para la exclusión de los argumentos de directriz política, ya que, en opinión del propio Dworkin, no implican una discrecionalidad fuerte o creación de Derecho y, dado que hay muchas políticas cuya aplicación no requiere en los tribunales los recursos o las constataciones a las que tienen acceso los legisladores (lobbies, intermediarios, etc.), entonces, siempre que se sepa que los tribunales utilizarán argumentos de directriz política para decidir casos difíciles, como Dworkin pensaba originalmente que hacían, el uso de argumentos de directriz política no es incompatible con la democracia, no es ineficiente y no es injusto.

²⁶ [La referencia de Hart a la «página 110» parece que ha sido un error tipográfico; la discusión de Dworkin sobre el caso Charles River en relación con los argumentos de directrices políticas se produce en una nota al pie en la página 108 de *Taking Rights Seriously* (SB)]. NT. Creo que Burry detecta correctamente la existencia de un error de la referencia en el texto de Hart y ubica adecuadamente la nota en que Dworkin debate, a estos efectos, el caso Charels River. Sin embargo, creo que no es este el tema al que alude Hart en su comentario en el texto, sino a la nota 1 de la página 111 en la que Dworkin formula la reflexión a la que Hart imputa la responsabilidad por la confusión. En las versiones españolas las notas se corresponden, respectivamente, a las notas 22 y 24, ambas en la p. 500.

Bibliografía

- Burry, S. (2024). H.L.A. Hart's lost essay on policies, principles, and adjudication. *American Journal of Jurisprudence*, 69(2), 135–140. <https://doi.org/10.1093/ajj/auae015>
- Dworkin, R. (1963). Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, 60(21), 624–638.
- Dworkin, R. (1967). The model of rules. *University of Chicago Law Review*, 35(1), 14–46.
- Dworkin, R. (1972). Social rules and legal theory. *Yale Law Journal*, 81(5), 855–890.
- Dworkin, R. (1975). Hard cases. *Harvard Law Review*, 88(6), 1057–1109.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Duckworth.
- Dworkin, R. (1980). Is wealth a value? *Journal of Legal Studies*, 9(2), 191–226. <https://doi.org/10.1086/467636>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel.
- Hart, H. L. A. (1961). *The concept of law*. Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de Derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo Perrot.
- Hart, H. L. A. (2012). *The concept of law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2024). Policies, principles, and adjudication. *The American Journal of Jurisprudence*, 69(2), 127–134. <https://doi.org/10.1093/ajj/auae014>
- Radcliffe, L. (1968). The lawyer and his times. En A. E. Sutherland (Ed.), *The path of the law from 1967: Proceedings and papers at the Harvard Law School, convocation held on the one-hundred fiftieth anniversary of its founding* (pp. 1–24). Harvard Law School.