

COHERENCIA I INTEGRITAT

Albert CALSAMIGLIA*

Herbert Hart ha sostingut que una de les aportacions més importants de Dworkin a la filosofia jurídica ha estat concebre el dret com si fos el producte de l'activitat d'una persona moral que tracta d'imposar una concepció coherent i consistent de la justícia institucional. (Entrevista realitzada per Juan R. de Páramo, *Doxa*, 1988, vol. V, p. 346).

El positivisme jurídic sempre ha defensat la tesi de la independència entre el dret i la moral. Els positivistes reconeixen que hi poden haver moltes relacions entre l'un i l'altra, però mantenen que no hi ha una connexió necessària¹.

L'atac de Dworkin al positivisme en una primera fase es va centrar en la discussió d'aquesta tesi. Dworkin va argumentar que hi ha una vinculació entre dret i moral. En la seva obra posterior, *Law's Empire*, sosté que el dret és un concepte interpretatiu. Aquesta és l'arma més poderosa contra el positivisme. En aquest treball no m'ocuparé d'aquest concepte interpretatiu sinó del paper que ocupa el d'integritat i la seva relació de dependència de la tesi de la vinculació entre dret i moral.

Un dels plantejaments més interessants del Dworkin dels últims temps és l'ús del concepte de coherència com a definitori i articulador de la seva teoria de la legislació i de l'adjudicació. La discussió del tema de la coherència té una llarga història en la reflexió jurídica.

Qui pot oblidar que un dels centres de la polèmica en la conceptualització del dret ha estat la discussió entre racionalistes i voluntaristes?

L'ideal de racionalitat ha exercit i exerceix un atractiu especial en l'epistemologia i en la ciència del dret. És útil estudiar el pensament medieval des de la perspectiva de la discussió entre racionalistes i voluntaristes. La discussió -amb moltes variants- es prolonga fins als nostres dies. En el segle XX Kelsen va sostenir l'ideal de racionalitat com a característica de la veritable ciència jurídica. La concepció de Kelsen va exigir el respecte dels principis de la lògica, donat que la coherència és una propietat necessària del saber jurídic i del dret.

En els últims temps el problema de la coherència s'ha entès en un sentit diferent. John Rawls ha utilitzat la noció d'equilibri reflexiu com a eina conceptual que permet incloure certes intuïcions en el marc de la teoria si són coherents amb aquesta. Segons Rawls, les intuïcions juguen un paper important en la construcció de la teoria de la justícia com a punt de partida per a la reflexió. El reconstructivisme parteix de les intuïcions, però sols les accepta si són coherents amb el conjunt de principis institucionals de la justícia. La idea bàsica és que una societat ideal té una concepció compartida de la justícia. Aquesta concepció està constituïda per un conjunt de principis que estan entreteixits i que en formen la textura. Rawls ha escrit que la justícia és la primera virtut d'un sistema normatiu,

però ha posat de manifest el seu aspecte racional i la necessitat de la coherència. En síntesi, perquè una intuïció pugui ser acceptada ha de passar el test de la coherència.

En la reflexió moral, la coherència ha adquirit una força considerable i alguns han considerat que té valor epistèmic, en el sentit que permet justificar la veritat d'un enunciat. No discutiré aquí el mèrit o el demèrit de les teories filosòfico-epistèmiques². Simplement voldria destacar que un sector important del pensament filosòfic moral considera que la integració d'un nou element en la teoria moral exigeix el suport mutu d'altres elements d'aquest sistema moral. La tesi segons la qual la coherència és una virtut exigible a qualsevol sistema moral s'accepta bé per analogia amb els sistemes teòrics científics o bé perquè un sistema moral contradictori no serveix per dirigir la conducta humana³.

En l'estudi del dret, la coherència ha adquirit una importància tal que bé es podria afirmar que substitueix les tesis polèmiques sobre la connexió entre dret i moral. Teories com les de Sartorius, Dworkin, Alexy, Peczenick, MacCormick i, en general, totes les que tracten el problema sobre el raonament jurídic i pràctic, consideren fonamental el tema de la coherència. Com veurem més endavant, si més no en Dworkin, la tesi de la coherència depèn de la tesi de la connexió entre dret i moral.

MacCormick ha expressat aquesta idea assenyalant que la primera virtut de qualsevol sistema normatiu és la racionalitat, tot i que en realitat quan els problemes de coherència s'enfronten amb els problemes de la justícia, MacCormick no dubta a considerar que la justícia és més important que la coherència⁴.

EL Concepte en Dworkin

Dworkin denomina la seva teoria 'el dret com a integritat', i el seu mètode d'anàlisi està fonamentat en una determinada concepció de la coherència. El caràcter articulador que li atribueix ha permès un canvi del centre d'atenció en la polèmica. El problema de la coherència passa a jugar un paper central en la seva obra *Law's Empire*.

La primera cosa que sorprèn és que Dworkin s'aparta de la noció usual de coherència. Normalment, els autors, quan parlen de coherència, volen afegir alguna cosa més a la noció de consistència. La coherència implica -per definició- l'absència de contradicció. No és possible predicar la coherència d'un sistema si aquest sistema té alguns elements contradictoris. La idea de coherència implica l'existència d'un conjunt de principis generals que formen una textura equilibrada justificadora de les normes, de les pràctiques socials, dels precedents, etc. Quan es parla de coherència es parla -normalment- d'un nivell més abstracte que el de consistència i, en última instància, es vol afirmar que un sistema coherent està governat per principis no contradictoris⁵. El concepte de coherència seria una eina que serveix per explicar i per usar els sistemes normatius.

El plantejament de Dworkin s'allunya d'aquesta estricta relació entre consistència i coherència. Dworkin, en *Law's Empire* ⁶, es pregunta si la integritat

és sols consistència sota un nom diferent. La seva resposta és que integritat no implica consistència. És alguna cosa més i alhora alguna cosa menys.

Si una institució política només és consistent quan repeteix les seves decisions passades de manera acurada i precisa, aleshores la integritat no és consistència... la integritat exigeix que els criteris públics de la comunitat siguin construïts i interpretats, fins on sigui possible, tot expressant un esquema coherent de justícia i integritat en la correcta relació (Law's Empire, p. 219).

La integritat no implica consistència lògica. El sistema de principis podria suportar normes contradictòries el conflicte de les quals es resoldria en el terreny dels principis. Dworkin no presta excessiva atenció al caràcter sistemàtic de les normes jurídiques perquè la seva preocupació no es troba en la fidelitat a la llei sinó en la fidelitat al dret. La seva concepció de coherència implica que el govern de la societat es fa sobre la base d'uns principis. La seva idea és que el govern està obligat - com diu gràficament a "speak with one voice" (*Law's Empire*, p. 223), i això vol dir que no hi ha una llista de normes, ni es governa segons unes regles específiques de joc indiscutibles. La concepció de la integritat implica estar governat per un ideal que la societat discuteix, transforma i manté. Aquesta concepció constructiva de la integritat és especialment adequada al sistema constitucional americà, donat que totes les normes dictades per tots els poders de l'Estat han de ser sotmeses a un conjunt de principis generals d'un alt grau d'abstracció i salvaguardats pels jutges, que són els guardians de la Constitució⁷. El sistema constitucional americà és molt estable perquè ha establert procediments molt adequats per a la discussió pública dels problemes fonamentals de la societat.

Els tests de la integritat

La idea de la integritat és encara molt abstracta. No és res més que una recomanació, un enfocament, una manera de plantejar els problemes o un punt de vista. Per convertir-se en una eina adequada per a l'enfocament de problemes jurídics cal anar una mica més enllà. Es necessita concretar el procediment i construir una estratègia.

El procediment que Dworkin utilitza és de filiació rawlsiana. Rawls manté que en les societats hi ha concepcions compartides generalitzades. Per exemple, en la nostra època es manté el principi de la llibertat religiosa⁸. Aquestes conviccions estan sustentades per un conjunt de principis generals que han de reconstruir-se per formular una concepció compartida de la justícia. Una intuïció sols serà acceptada si es pot integrar en aquesta teoria de la justícia⁹. Dworkin aplica aquesta idea general per a la reconstrucció dels principis i dels ideals que presideixen el govern del dret.

Quan es planteja un problema el primer que s'ha de fer és comparar la intuïció amb la història institucional i comprovar si aquesta intuïció pot ser inclosa en la història, en les pràctiques acceptades en aquesta societat determinada. El primer test que ha de passar és el test d'adequació (*Law's Empire*, p. 237). Si la intuïció no passa aquest primer test llavors s'ha de rebutjar. És possible que dues o

tres interpretacions passin el primer test d'adequació a la història de les pràctiques institucionals. Llavors cal recórrer a un segon test en el qual ja no s'intenta incloure la intuïció en la història, sinó que es discuteix si, i fins a quin punt, aquesta intuïció és coherent amb la justícia institucional (vegeu *Law's Empire*, p. 254 i s). S'entra de ple en la discussió normativa, ja que no es tracta només d'una adequació de la intuïció a la història institucional compartida, sinó d'enfocar el problema de la correcció de la solució en el terreny de la justificació normativa jurídico-moral i de la seva adequació en l'àmbit normatiu institucional. *Però com veurem, abans d'aplicar qualsevol test és necessari fer una valoració global de la moralitat política. Els tests només serveixen per un dret considerat just en termes generals.*

Dworkin suggereix, per tant, un mètode en l'adjudicació. El primer problema que sorgeix és el paper que juga la integritat com a principi. La nostra societat és pluralista, això vol dir que no tots els ciutadans tenen la mateixa concepció de la justícia. Una possible resposta sensata és acceptar el pluralisme com un fet, però argumentar que això no exclou que existeixi una concepció coherent, no contradictòria i no arbitrària de la justícia. D'altra banda, el fet que hi hagi desacords no implica necessàriament que no hi hagi certs acords sobre qüestions bàsiques. Aquests acords són essencials per a la reconstrucció dels principis, i aquests principis molt abstractes serviran després per oferir arguments que incidiran en els desacords i en alguns casos els dissoldran¹⁰.

La tesi del pluralisme moral no és una objecció per a Dworkin, ja que precisament el que pretén un liberal és construir unes regles de joc socials que permetin el màxim d'autonomia de les persones, i això implica que en la societat coexisteixen moltes concepcions de la justícia¹¹.

Dues classes d'integritat

Un punt important és la relació que existeix entre la integritat i el concepte de justícia institucional. Dworkin fa una distinció conceptual entre la **integritat inclusiva** i la **integritat pura**. La integritat inclusiva implica un equilibri entre l'equitat, la justícia i el principi de legalitat. El principi d'integritat estableix restriccions, donat que requereix del jutge la construcció d'una teoria que reflecteixi un equilibri coherent entre els principis d'equitat, justícia i procés degut (*Law's Empire*, p. 405). La integritat pura fa abstracció d'aquestes limitacions i es refereix al conjunt de principis de justícia que presideixen tant la legislació com l'adjudicació del dret.

Critiques

-La integritat com a enfocament-

La primera qüestió que voldria plantejar és fins a quin punt la coherència té un valor descriptiu. Es pot sostenir, com ho fa Raz, que els sistemes morals no són necessàriament coherents i que un sistema moral pot ser incoherent. De fet, les

nostres societats són pluralistes i existeixen diverses concepcions que cristal·litzen en els drets positius. Les teories de la coherència no serien capaces de fer res més que desvirtuar l'objecte d'estudi. Si el dret és incoherent, la ciència del dret no té perquè reconvertir-lo en coherent. Descriptivament, és incorrecta la integritat del dret (Raz, 1992).

Els arguments que ofereix Dworkin no són gaire convincents. I no són descriptius sinó normatius. La idea d'integritat de la persona és anàloga a la idea d'integritat en el dret. Respectem una persona que actua no passionalment sinó conforme a uns principis ben estructurats. Aquesta intuïció és correcta, però convindria desvelar què hi ha al seu darrere, i Dworkin no ho explica amb prou claredat.

Tanmateix, la incompatibilitat és fictícia, perquè Raz tracta de veure el dret des de la perspectiva d'un producte acabat, tracta de descriure quines són les pràctiques i les institucions jurídiques, i en aquest sentit la descripció ha de ser fidel. En Dworkin s'està plantejant la integritat com a model interpretatiu, la qual cosa implica que el dret no és un producte acabat sinó que és dinàmic, es construeix i es reconstrueix. La perspectiva és diferent. Les preguntes que es formulen Raz i Dworkin són diferents i, per tant, les respostes també ho són.

És possible que en el rerefons de la teoria dworkiniana es trobi un ideal de racionalitat en el sentit que un bon sistema normatiu no pot ser contradictori, si hi ha raons que justifiquen l'autoritat, aquestes no poden ser arbitràries. L'Estat no pot utilitzar la coacció al seu arbitri, sinó que ha de regir-se per principis. Això podria qualificar-se d'argument idealista, però des del punt de vista de l'adjudicació està mancat de sentit fer una altra cosa que la millor.

La discussió no avança perquè una cosa és descriure i una altra molt diferent és oferir criteris per justificar decisions. Hart, en el seu *Concept of Law* (p. vii), va ser molt explícit:

el jurista trobarà en el llibre un assaig de jurisprudència analítica perquè es tracta del marc general del pensament jurídic i no d'una crítica del dret o de les polítiques legals.

i més endavant afirma,

que l'anàlisi del llibre es pot considerar un assaig de sociologia descriptiva.

En el projecte positivista la descripció juga un paper preponderant. Però de la descripció molts cops es desprenen arguments normatius que no són lícits¹².

La idea d'integritat en Dworkin juga un paper fonamental perquè recomana als jutges i als legisladors que realitzin la seva tasca respectant els valors i els principis bàsics de la comunitat. I això vol dir que s'han de donar raons i justificar l'adequació de la solució proposada a la història institucional i l'adequació al sistema normatiu institucional. Els desacords permanents entre els juristes i els debats nacionals sobre temes de gran actualitat jurídica i política no han de fer oblidar que per sota d'aquests desacords hi ha un conjunt d'acords bàsics que es van transformant al llarg del temps i que constitueixen els fonaments d'una societat.

Integritat en Dworkin és això. La integritat és una recerca, un mètode per resoldre problemes, i no un procediment per descriure el dret.

Certament, el seu plantejament de la coherència és molt diferent al d'un Peczenick o d'un MacCormick. I, tanmateix, se l'ha considerat el gran artífex del renaixement de l'interès per la coherència.

-L'ambigüitat de la integritat-

-Integritat en sentit fort

Però hi ha un segon punt important i que en Dworkin no queda clar. Quan es parla de coherència d'un sistema normatiu es fa referència en ocasions a la posició que ocupa cada un dels principis d'aquest sistema normatiu. Es podria afirmar que existeixen sistemes coherents si tots els seus principis deriven d'un principi bàsic al qual es poden remetre en última instància. Un exemple d'això podria ser la moral utilitarista o l'imperatiu categòric kantian. Un altre seria la norma fonamental de Kelsen si només tingués aquesta funció.

Dworkin ofereix una versió de la integritat molt rigorosa i que coincidiria amb aquest criteri de coherència. La seva anàlisi dels principis bàsics d'una societat ben dissenyada el condueix a posar de manifest que conviuen els principis de *fairness, justice, due process* -aquests són els principis tradicionals-, i juntament a aquests proposa el principi d'integritat. Hi ha arguments més que suficients per convèncer que el principi d'integritat està per sobre dels altres -i per tant estableix restriccions a la justícia, al procés degut o a l'equitat. Aquest ús d'integritat estricte implica una concepció de la coherència forta. El principi d'integritat és el suprem perquè articula els altres tres. En molts passatges dona a entendre que aquesta és la idea fonamental que dona nom a la seva teoria. Dworkin insisteix en moltes ocasions en la creativitat d'aquesta idea. Per exemple, en la pàgina 165 de *Law's Empire* escriu:

Exigeix del govern una mateixa línia que actui de manera coherent segons uns principis amb tots els ciutadans, que faci arribar a tothom els nivells de justícia i equitat que utilitza per alguns

o en la pàgina 167 de la mateixa obra argumenta que,

la integritat més que una superstició d'elegància és la vida del dret tal com el coneixem

Però aquesta rigidesa té conseqüències que impliquen fortes limitacions. Sens dubte, la teoria és coherent però al preu de quedar-se circumscrita a un cert tipus de dret com l'americà, que inclou certs valors morals constitucionalment. Si traslladem el nostre exemple a una societat en la qual els principis no concorden amb la idea normativa de la justícia liberal, com poden ser per exemple els principis fonamentals de l'Islam, llavors la teoria no funciona. La integritat -el test d'adequació- ens exigeix ser fidels a la història institucional i, en aquest sentit, la seva teoria és excessivament conservadora i es desvincula de la justícia. Les

recomanacions de la teoria de Dworkin sols són adequades si es comparteix la concepció institucional de la justícia. La seva teoria no serveix per a qualsevol dret sinó sols per a certs drets. Observem que la integritat condueix a l'afirmació de la tesi de la connexió necessària entre el dret i la moral.

Dworkin no està disposat a acceptar totes aquestes conseqüències i, llavors, suavitza el paper de la integritat. Amb l'exemple del dret nazi es veu molt clarament que el principi d'integritat de vegades es subordina als altres principis. Això dóna fonament per pensar que la integritat no és el principi vertebrador de la seva teoria sinó que està al mateix nivell que els altres tres principis; però, llavors, els conflictes entre aquests principis no es poden resoldre, llevat que s'estableixi un metacriteri que reordeni el problema. Aquest metacriteri és molt intuïtiu i ambigu. Dworkin no ofereix cap test que serveixi per resoldre el problema¹³.

-La integritat en sentit feble

La justícia no està sempre subordinada a la integritat. La integritat és un dels principis bàsics de la societat, però no és el més important ni el que ho vertebrava tot. En casos normals la integritat juga un paper molt important, però en altres casos no, perquè quan el dret és intrínsecament dolent, el jutge ha de mentir o bé ha de dimitir. La justícia està per sobre de la integritat. Dworkin enuncia aquesta tesi en estudiar el problema del dret nazi i del jutge Sigfried (*Law's Empire*, p. 105) quan afirma:

sigui quin sigui el llenguatge que utilitzem el que compta és la moralitat política: és a dir, que el fet que aquesta nació tingui dret en el sentit preinterpretatiu no dóna a cap litigant cap dret a guanyar el que demana als tribunals.

o, a la pàgina 219, quan reconeix explícitament:

El principi d'integritat en l'adjudicació, per tant, no té necessàriament l'última paraula sobre l'exercici de la coacció que l'estat pot utilitzar

Aquí no interessa tant veure quina és la versió de la integritat més correcta. Dworkin sosté dues concepcions de la integritat incompatibles, i això afecta la coherència de la teoria.

El primer argument crític seria el següent. Dworkin utilitza dos conceptes incompatibles d'integritat. En l'ús fort, la integritat constitueix la vida del dret, el valor superior. La integritat restringeix les exigències de la justícia, de l'equitat i la clàusula de procés degut. En l'ús feble, la integritat no triomfa sempre davant les exigències de la justícia.

Segon argument. Si acceptem la primera concepció de la integritat com l'única vàlida, llavors la seva teoria sols es pot usar en aquells drets que concordin amb una ideologia determinada de la justícia. Però si volem utilitzar-la en un altre context cultural tenim problemes. L'enfocament de la integritat exigeix la vinculació entre el dret i la moral.

Tercer argument. Si acceptem la versió forta d'integritat llavors la teoria és excessivament conservadora. Quines són les raons que permeten privilegiar els valors "certesa del dret" i "seguretat jurídica" davant valors més substantius com per exemple el de la justícia del cas? Un bon plantejament del tema suggeriria que els desacords que hi ha entre els juristes són desacords en l'equilibri entre valors. Dworkin hauria d'explicar perquè hem de preferir una solució menys justa i més íntegra. En un país totalitari, la integritat exigeix ser coherent amb la història institucional. En un altre de fonamentalista, la integritat exigiria interpretar el dret regit pel conjunt de principis islàmics. En síntesi, la versió forta de la integritat exigeix la subordinació als principis d'aquesta societat i la construcció de la justificació sobre la base d'aquests principis. Interpretada d'aquesta manera, la seva teoria seria políticament conservadora i, a més, compatible amb el relativisme, perquè els diversos drets tenen una justícia institucional diferent i el principi d'integritat -en sentit fort- exigeix ser fidel a aquesta. Aquestes tesis són inacceptables i condueixen a Dworkin cap a la versió feble.

Quart argument. Si rebutgem la versió forta d'integritat i acceptem la versió feble, llavors no tenim cap criteri ordenador entre els diversos principis. La versió dèbil recomana al jutge que apliqui els criteris i principis institucionals sempre que la pràctica jurídica en el seu conjunt pugui ser justificable. El problema és saber quan la pràctica és o no és justificable. L'única solució possible és que hi hagi una teoria -independent de la pràctica institucional- que ens digui si hem d'obeir o no aquesta pràctica institucional. En la versió feble la coherència es difumina. Aquests arguments fonamenten la tesi que la coherència per ella mateixa no és suficient per oferir una justificació de l'activitat dels jutges, i que la tesi de la coherència no és independent de la tesi de la vinculació entre el dret i la moral¹⁴.

Altres punts d'interès

-Pluralisme moral versus ideal de coherència-

Els juristes tenim desacords respecte als ideals de justícia. Això és una conseqüència del pluralisme moral. Un dels problemes fonamentals que afecten el tema de la coherència del dret és si és possible que el dret tingui un sol principi moral rector. Des del punt de vista d'un observador, és cert que el dret implica la cristallització de diversos criteris que s'han utilitzat en una societat per resoldre els conflictes. Seria absurd considerar que el dret respon sols a un principi moral; això és empíricament fals. És cert, també, que no tot el dret respon als mateixos principis, atès que hi ha branques del dret en les quals certs principis tenen més força que d'altres. Això constitueix un obstacle a la idea de la coherència en el dret¹⁵.

Però l'ideal de coherència juga un paper diferent del que li atribueix Dworkin perquè no afirma que el dret respon a un principi moral determinat sinó que suggereix que, des del punt de vista de la legislació i de l'adjudicació, des del punt de vista del participant del dret, és absolutament necessari que construeixi les seves

respostes buscant una justificació coherent. I aquesta recomanació com a **idea regulativa**, com a prescripció general, em sembla molt més útil que l'escepticisme. La idea es podria concretar de la manera següent. Quan ens trobem amb un cas difícil des del punt de vista del participant, és evident que no és igual una solució que una altra. Per definició de cas difícil no hi ha una norma, però això no vol dir que no puguem ni haguem de trobar una solució al problema construint solucions adequades amb els materials disponibles. Una pregunta immediata és d'on traiem els materials, i la resposta no és difícil: els adequats per justificar la decisió d'una manera pública. És possible que en un mateix dret es trobin dos principis que tendeixen cap a objectius diferents. La solució correcta potser no existeix des del punt de vista de l'observador, però des del punt de vista del participant la solució ha de presentar-se com la correcta i ha de fonamentar-se, ha de fer-se pública i ha de tenir la pretensió de procedir d'un principi institucional.

Coherència no seria una cosa donada, sinó una cosa que s'ha de buscar. La coherència és una prescripció que indica a l'operador jurídic que intenti construir les respostes als problemes donant raons i d'una manera no arbitrària.

La discussió dels interessants problemes que constitueixen debats nacionals gairebé mai no es produeix sobre els materials -normes o pràctiques socials- sinó entre complexes argumentacions en les quals els nivells d'abstracció són elevats.

Podríem fer una analogia amb l'arquitectura. L'adequació dels materials no és l'únic criteri de judici ni el més important d'una nova obra d'art. La jutgem en conjunt i la critiquem mitjançant operacions intel·lectuals complexes en les quals l'obra d'art apareix com a coherent, com un tot. Les argumentacions jurídiques no estan exemptes d'aquesta pretensió de presentar-se com una solució que integra molts elements, cadascun dels quals està treballat per una xarxa de relacions i de justificacions. Els arguments no són arbitraris. Sense concepcions compartides i sense teories és impossible interpretar les pràctiques socials.

Per tant, és cert que els ciutadans no comparteixen els mateixos criteris de justícia i que existeix un pluralisme moral. Les regles i els estàndards jurídics responen a criteris valoratius contradictoris. Però això no vol dir que l'ideal de coherència no jugui un paper fonamental des del punt de vista del participant del dret tant en el nivell legislatiu com en l'adjudicatiu.

-Principis i directrius-

Dworkin manté que els jutges

han de decidir jurídicament basant-se en principis no en directrius: han d'argumentar perquè les parts tenen en realitat els nous drets i obligacions que estaven vigents en el temps en que les parts van actuar o en altre temps pertinent del passat (Law's Empire, p. 244).

Estableix una discussió entre directrius i principis. Les directrius assenyalen un objectiu social a assolir i tendeixen a garantir el benestar social, mentre que els principis són raons per decidir en un sentit determinat fonamentat en drets dels individus.

Ara bé, la distinció entre directrius i principis és difícil d'establir a la pràctica, i Dworkin no la manté sempre. Per exemple, la justificació de la discriminació inversa no es fonamenta en drets individuals. És una estratègia per solucionar un problema nacional¹⁶. Això vol dir que, en realitat, Dworkin a vegades dóna prioritat als principis i a vegades a les directrius. Si això és cert, llavors aquesta distinció està a mercè dels interessos polítics concrets. El problema de la discriminació inversa es justifica per les injustícies que ha representat en el passat. No s'entén molt bé per què aquest és un problema nacional que venç la idea d'igualtat formal i, en canvi, un altre tipus de problemes nacionals, com poden ser per exemple la pobresa o l'atur, no originen cap tipus de discriminació inversa. Un gran mèrit de la teoria dworkiniana és el govern pels principis, però quan aquests el condueixen a resultats que no el satisfan des del punt de vista normatiu ideal, llavors es construeix una distinció -com la del problema nacional- que introdueix la flexibilitat suficient perquè pugui sostenir-se la tesi oposada. Observem que la discussió requereix la definició de criteris materials per assignar a col·lectius la discriminació inversa. Podem preguntar, per què els negres sí i altres col·lectius no? ¿És que potser depèn de la força política que tingui el grup minoritari? ¿Per què les dones sí i els homosexuals no? L'abstracció del principi no eludeix la seva concreció i la justificació individual.

En el fons de la qüestió hi ha un problema ideològic¹⁷. Quan es tracta de principis generals abstractes, com la igualtat de consideració, no és gens clar que aquest principi per ell mateix pugui servir per justificar una decisió determinada. La Constitució espanyola prohibeix la discriminació per raó de sexe. Declara la igualtat de sexes. Aquí hi ha un acord bàsic interpretatiu de no-discriminació de la dona, però, què fer amb els homosexuals? ¿És constitucional o inconstitucional el contracte matrimonial entre homosexuals?; ¿poden adoptar i heretar amb els beneficis fiscals establerts per les lleis? Aquest problema pot resoldre's de moltes maneres, i cada una d'elles tractarà de presentar-se com la correcta. Per una banda, el liberal -per exemple- tractarà d'oferir la visió del dret des de la perspectiva que sols està justificada la coacció de l'Estat si algú produeix dany a altri. El principi de l'autonomia de la persona serà l'articulador de la resposta i elegirà els materials de construcció del seu argument des d'aquesta perspectiva. Però l'Estat, ¿ha de promoure l'habitatge amb indiferència sobre l'homosexualitat o l'heterosexualitat?; ¿l'Estat ha d'oferir habitatges amb facilitats especials als homosexuals perquè la nostra societat els ha discriminat en el passat?¹⁸

D'altra banda, la posició no liberal argumentarà que les societats tenen un conjunt de valors compartits que han de defensar-se i en què l'Estat ha d'intervenir. Per a molts ciutadans no és igual que la societat estigui afavorint la dissolució de la família, una educació amb valors diferents dels valors fonamentals d'aquesta societat i contradictoris amb aquests. I, certament, trobaran arguments en la tradició cultural, jurídica i moral per argumentar que un matrimoni entre homosexuals és diferent d'un matrimoni heterosexual i que la nostra cultura els rebutja. O podria adduir l'argument que la nostra societat es basa en certs costums que l'Estat ha de promoure. Això justificaria que no s'oferissin avantatges als

homosexuals per adquirir habitatges o que no estiguessin en el mateix pla d'igualtat. El mateix argument podria servir per justificar la prohibició de certes religions que admeten la poligàmia i que eduquen les dones en la submissió. Observem que per resoldre aquests problemes s'ha de prendre una decisió política.

No m'interessa tant donar una opinió personal com plantejar el problema. En els casos difícils és possible construir dos arguments o més, igualment íntegres, que concorden amb la història de la comunitat. Aquests arguments no fan referència sols a qüestions de drets individuals, sinó també a qüestions de benestar col·lectiu i del contingut moral de les regles de joc de la societat. Un podrà ser partidari d'un punt de vista o d'un altre. Observem que la decisió del problema es deixa en el si d'allò normatiu i que en la nostra societat hi ha plantejaments que privilegien el benestar col·lectiu i d'altres que privilegien els drets individuals¹⁹. Ambdós plantejaments troben fonaments en la història institucional per respondre a la qüestió²⁰.

D'altra banda, en els drets positius no hi ha cap regla que estableixi explícitament que els jutges hagin de resoldre les controvèrsies seguint els principis i deixant de banda les directrius. Quines són les raons que justifiquen que sols han de regir els principis en els casos difícils? Si aquesta tesi no es justifica, llavors hi haurà serioses dificultats per trobar respostes correctes, donat que les directrius tendeixen cap a objectius diferents i, per tant, justificaran solucions diferents. En el rerefons d'aquesta tesi es troba un problema de relació entre el poder legislatiu i el judicial.

Per últim, com ha assenyalat Greenawalt (vegeu l'antologia citada de M. Cohen, 1984), en el dret les decisions es fonamenten en moltes ocasions en arguments de benestar col·lectiu. Si això és empíricament cert, llavors la fidelitat a la història institucional exigiria precisament acceptar les directrius de benestar col·lectiu com a criteris de resolució de conflictes.

En síntesi, en aquest treball he analitzat la proposta d'articular la discussió jurídica al voltant del concepte de coherència en Dworkin. Tots els meus arguments condueixen a posar de manifest que la tesi de la coherència no és autònoma i que depèn de les connexions que s'estableixin entre dret i moral. El concepte d'integritat en sentit fort articula la coherència però té una aplicació limitada a certs Estats amb forta empremta liberal. No constitueix una teoria general del dret, sinó una teoria prescriptiva de l'adjudicació. El gran mèrit d'aquesta teoria és oferir instruments per construir solucions integrades en una teoria liberal, però la seva pretensió unitària planteja problemes, ja que en la nostra tradició cultural conviuen principis diferents. La seva contribució a la discussió de problemes concrets emmarcats en un context de justificació ha animat i elevat el nivell de la discussió jurídica, i l'ha acostat als problemes crucials de les societats contemporànies.

Notes

- 1 Vegeu Hart: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 253, núm. 181.
- 2 Vegeu K. Kress: "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity and the Linear Order Decisions", *California Law Review*, vol. 72, p. 369 i s..Vegeu també A. Marmor: "Coherence Holism and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory", *Law and Philosophy*, 1991, N.10; "Interpretation and Legal Theory" que aquest autor ha publicat recentment a Oxford University Press sobre el tema.
- 3 Per a la defensa vegeu S. Hurley: "Coherence, Hypothetical Cases and Precedent", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, 1990; D. Wiggins: *Needs, Values and Truth*, Oxford, Blackwell, 1991; D. Brink: *Moral Realism and the Foundation of Ethics*, Cambridge University Press, 1989. He pogut consultar el text crític de Raz: "The Relevance of Coherence", 1992 (no publicat). James Griffin també té un text a punt d'impremta sobre el tema que he tingut oportunitat de llegir i discutir amb ell.
- 4 Vegeu MacCormick : "Coherence in Legal Justification" in A. Peczenik et al. *Theory of Legal Science*, Reidel Publishing 1984 p. 244..
- 5 Vegeu R. Alexy i A. Peczenic: "The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, 1990, on defensen aquesta tesi.
- 6 Harvard, Belknap, 1986.
- 7 Soper sosté que la teoria de Dworkin sols és aplicable al dret americà perquè la Constitució dels Estats Units estableix uns principis morals que informen tot l'ordenament jurídic. Vegeu Soper: "Dworkin's Domain", *Harvard Law Review*, núm. 100, 1987, p. 1167. La tesi de Soper és incorrecta perquè una teoria interpretativa del dret i una concepció del dret com a interpretació poden ser usades en contextos molt diferents de l'americà, com és per exemple el dret constitucional espanyol. En el meu treball "Transition to democracy and revolution in Law" es posa de manifest el paper dels principis constitucionals com a enfocament interpretatiu.
- 8 Vegeu J. Rawls: Paper presentat al Colloquium in Law, Philosophy and Politics, tardor 1991 (no publicat). New York Law School, p. 4.
- 9 Vegeu Rawls: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, p. 48 i s. i també l'article de N. Daniels: "Wide Reflective equilibrium and Theory Acceptance in Ethics" *Journal of Philosophy*, 1979, n. 76. Per la crítica veure el llibre que està en premsa de Griffin que sortirà a Oxford University Press. Cap. I.
- 10 Vegeu Mario Cuomo en favor de la tolerància en una societat pluralista en el seu treball "A Catholic Governor's Perspective" *Notre Dame Journal of Law Ethics and Social Policy*, vol. 1, 1984.
- 11 Per a la defensa del principi de neutralitat, vegeu J. Rawls: *A Theory of Justice*, p. 327 i s. Per a la crítica vegeu T. Nagel: "Rawls on Justice" dins N. Daniels: *Reading Rawls*, Oxford, 1975, p. 9 i ss. Vegeu també J. Raz: *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 197-233 i M. Perry. *Morality, Politics and Law*. Oxford University Press, 1988.

12 Vegeu l'entrevista a Raz de J. Ruiz Manero a *Doxa* núm. 9, on sosté que,

una teoría sobre la naturaleza del derecho no debe ser una teoría justificatoria, si ello quiere decir que justifique alguna acción. Todo lo que debe hacer es explicar (justificar una manera de comprender si Vd. quiere) el derecho. Pero para hacer esto debe explicar que los jueces y otras personas consideran al derecho como justificatorio, y de qué forma lo consideran así, de qué forma está presente el derecho en su razonamiento práctico. Debe hacerlo así porque es un rasgo esencial del derecho el que éste pretende ser una razón para la acción y porque, si nos referimos a cualquier sistema jurídico que esté en vigor, esta pretensión es reconocida por las instituciones jurídicas, p. 331.

Vegeu l'esplèndid treball de J. C. Bayón: *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991, p. 18 on planteja clarament el problema:

si el derecho no es en último término sino un conjunto de hechos sociales complejos que pueden ser identificados sin asumir compromiso valorativo alguno, entonces no es sencillo explicar cómo lo identificado de este modo puede servir a su vez como razón justificativa de ciertas acciones y decisiones.

13 Vegeu R.P. Peerenboom: "A coup d'état in Law's Empire: Dworkin's Hercules meets Atlas", *Law and Philosophy*, núm. 9, 1990.

14 Aquesta tesis concorda amb el plantejament de Griffin que sosté que sense uns criteris morals sustantius d'especial relevància la coherència no pot funcionar.

15 Vegeu Barbara Laun: *The Role of Coherence in Legal Reasoning*. *Law and Philosophy*, 1984.

16 Vegeu la crítica de Sandel i la resposta de Dworkin en M. Cohen (ed.): *Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984.

17 Stanley Fisch argumenta en "Still Wrong after All these Years", *Law and Philosophy*, 1987, p. 416, que la distinció entre principis i directrius és política. Per la discussió Dworkin-Fish vegeu l'article de Marmor citat en n.2

18 El principi de no danyar l'altre no és exempt d'ambigüitat perquè necessita la construcció de criteris materials de justificació. Vegeu les crítiques de S. Lee en el seu treball *Law and Morals*, Oxford University Press, 1986 Vegeu l'obra completa de Joel Feinberg: *Harm to Others*. Oxford University Press, 1986

19 Els drets bàsics poden ser analitzats com a formes de protegir l'interès públic. Vegeu l'entrevista a Raz realitzada per J. Ruiz Manero a *Doxa*, p. 339, i el seu *Morality of Freedom*, op. cit. p. 203.

20 Vegeu Barbara Baun Levenbook, "The role of coherence in Legal Reasoning", *Law and Philosophy*, 1984, on tot criticant Dworkin argumenta que la coherència no pot ser global perquè les diferents branques del dret tenen principis que tendeixen cap a finalitats diferents. Si s'elegeix la coherència global, s'introdueix incoherència en la branca específica.