



LA FUERZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Pablo E. NAVARRO,¹ Claudina ORUNESU,²
Jorge L. RODRÍGUEZ³ y Germán SUCAR⁴

I. INTRODUCCIÓN

Una adecuada comprensión del derecho es inseparable de una reconstrucción de la naturaleza institucional del derecho, esto es, del hecho de que las normas jurídicas son creadas y aplicadas por instituciones específicas. El positivismo jurídico es un conjunto de doctrinas que ha insistido en la primacía conceptual del derecho positivo al momento de elaborar una adecuada teoría del derecho. Una de sus tesis centrales señala que la conexión entre derecho y moral es contingente, a pesar de que existe gran discrepancia entre sus defensores acerca del alcance y significado de esta tesis. Entre las polémicas más importantes de la última década se cuenta aquella que versa sobre el status de las normas y principios morales cuando adquieren relevancia jurídica en virtud de los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento de un cierto sistema. Las dos posiciones centrales respecto de esta cuestión pueden ser denominadas *positivismo jurídico incluyente* y *positivismo jurídico excluyente*.

Una obra fundamental en lo que atañe a esta discusión dentro del positivismo jurídico es *Inclusive Legal Positivism*, publicado por Will Waluchow en 1994.⁵ Uno de los cometidos centrales del profesor canadiense es defender una versión del positivismo jurídico que sea capaz de superar las críticas que Ronald Dworkin dirigiera contra el positivis-

¹ Conicet, Argentina.

² Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

³ Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

⁴ Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.

⁵ Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

mo en general, y contra la teoría de H.L.A. Hart en particular. Al mismo tiempo, Waluchow intenta construir una doctrina que sea capaz de explicar el importante papel que pueden tener los argumentos morales al momento de establecer la validez de las normas jurídicas y el valor de verdad de nuestros enunciados acerca del derecho. Sus argumentos contra el *positivismo jurídico excluyente* y, específicamente, contra la teoría del derecho de Joseph Raz, han sido objeto de una abundante discusión en la filosofía jurídica contemporánea. Por el contrario, sus críticas a Dworkin no han merecido el mismo interés. En este trabajo, reexaminaremos algunas de estas críticas y las consecuencias que ellas tienen para una teoría positivista del derecho. En particular, nos interesa analizar la reconstrucción que Waluchow ofrece de la fuerza institucional de las normas jurídicas y su relación con una reconstrucción sistemática del derecho.

II. LAS TEORÍAS DEL DERECHO

Waluchow propone distinguir entre teorías del derecho, teorías acerca del cumplimiento del derecho y teorías acerca de la aplicación del derecho. Las primeras buscan a su juicio describir y explicar la naturaleza del derecho y sus relaciones con la moral, la costumbre y el uso de la fuerza, entre otras cosas. Las segundas se refieren a la fuerza moral (normal o excepcional) del derecho existente, tanto para los jueces como para los ciudadanos. A su vez las terceras se relacionan (entre otras cosas) con la diversidad de fuerza institucional que distintas clases de normas tienen o deberían tener para distintos jueces en diferentes contextos judiciales. Bajo estas caracterizaciones, Waluchow sostiene que la teoría del derecho es descriptiva, la teoría del cumplimiento del derecho es normativa y la teoría de la aplicación del derecho podría asumir una versión descriptiva y otra normativa.⁶

⁶ Esto último parece un tanto confuso, dado que una teoría normativa de la aplicación del derecho es, en realidad, la parte de la teoría del cumplimiento relativa a los jueces, si ha de estarse a las propias definiciones propuestas por Waluchow. No obstante, lo que Waluchow pretende diferenciar aquí es la pregunta acerca de si un juez tiene frente a un caso concreto el deber moral de aplicar las normas que las reglas secundarias le imponen aplicar, problema que concerniría a la teoría del cumplimiento de las normas jurídicas, de la pregunta acerca de si un cierto modelo de aplicación de normas jurídicas (como la práctica de los precedentes) se halla o no justificado como un todo, cuestión que concerniría a una teoría normativa de la aplicación de las normas jurídicas.

Con las distinciones reseñadas, Waluchow construye una crítica detallada a la concepción del derecho ofrecida por Dworkin. En tal sentido, objeta en primer lugar la caracterización de Dworkin de los derechos jurídicos. Para Dworkin, una persona poseería un derecho jurídico—desde la perspectiva del derecho como integridad— si tiene el derecho, derivado de decisiones políticas pasadas, a ganar un caso ante los tribunales.⁷ De modo que, entonces, los derechos jurídicos no serían simplemente derechos de moral política sino una subespecie de ellos: derechos morales a ganar casos ante los tribunales. Los derechos morales subyacentes proveerían justificación para decisiones políticas de la “sociedad en abstracto”, pero no para las decisiones jurídicas ante los tribunales. Por ello, los derechos morales subyacentes deberían distinguirse de los derechos institucionales, dentro de los cuales se encontrarían los derechos jurídicos. El derecho es (los fundamentos del derecho son) un esquema de derechos a que ciertas instituciones los tribunales adopten ciertas decisiones. A menos que tuviésemos derecho a que un juez tome una decisión atribuyéndonos *x*, no tendríamos un derecho jurídico a *x*.

Para Waluchow, esta caracterización provoca diversas paradojas que no pueden resolverse fácilmente dentro de la concepción de Dworkin. Por una parte, si los derechos jurídicos son derechos a que los jueces tomen ciertas decisiones, entonces los sujetos pasivos de esos derechos son los jueces. Ahora bien, aunque sin duda algunos de nuestros derechos jurídicos son contra los jueces (como el derecho a una decisión imparcial), no todos ellos caen dentro de esa categoría. Si la teoría de Dworkin asume esta caracterización, ella sería pasible de críticas similares a las dirigidas por Hart contra la concepción kelseniana de que los jueces son los destinatarios de las normas jurídicas.⁸

Para reforzar su idea, Waluchow ofrece el siguiente ejemplo: si *A* ha contratado válidamente con *B* el uso del velero de este último, el derecho jurídico de *A* es contra *B* y no contra el juez *J* que pudiera tomar intervención para resolver una disputa que la aplicación del contrato generase. Si se produce una disputa, *A* puede también tener, contra *J*, un derecho jurídico de adjudicación a una decisión en su favor. Por ejemplo, puede existir un precedente con fuerza institucional que lo obliga, pero este último es un derecho diferente y bien puede no existir aunque exista el primero. Supóngase ahora que el caso es apelado y

⁷ Cfr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 152.

⁸ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 45-48.

toma intervención un tribunal superior *T* que tiene el deber institucional de dejar de lado el mencionado precedente. Así, al individuo *A* ya no se le reconocerá el derecho sobre el velero de *B*. En tal caso, *A* no tendrá derecho a una decisión en su favor, sino que será *B* quien lo tenga. Y ello será así aunque *B* no tenga un derecho jurídico sobre *A* para usar el velero.

Siguiendo a Waluchow, una concepción como la de Dworkin, por otra parte, adolece de una dificultad adicional: ¿si los derechos jurídicos son derechos a que los jueces decidan en cierto sentido, cómo dar cuenta de que la fuerza institucional de las normas jurídicas varía según qué juez se tome en consideración? Dworkin parece ofrecer dos alternativas de respuesta: *a*) reconocer que los derechos jurídicos dependen del tribunal que se tome en cuenta, o *b*) afirmar que los derechos jurídicos genuinos son aquellos que serían aplicados por el máximo tribunal dentro de la jerarquía judicial.⁹ Cada una de estas alternativas debe enfrentarse a serias dificultades. En la versión indexada de los derechos jurídicos, no hay derechos *simpliciter* sino derechos de primera instancia, de segunda instancia, etc., según cuál sea la jerarquía del tribunal que se tome en cuenta. Esto no sólo parece bastante alejado de nuestras intuiciones, sino que plantea específicas complicaciones para una teoría como la de Dworkin. Si el derecho resulta relativizado con relación a los órganos jurisdiccionales, no es fácil ver cómo puede ser concebido al mismo tiempo como un esquema unificado de derechos reconocidos en una interpretación constructiva del sistema jurídico. En la segunda versión, los derechos jurídicos son concebidos como derechos a obtener resoluciones favorables ante el tribunal de máxima jerarquía. De ser esto así, entonces el derecho sería en su mayor parte desconocido. Las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos estarían basadas en especulaciones contrafácticas acerca de cómo decidirían los jueces del máximo tribunal un caso si este les fuera sometido a su consideración. Por otra parte, la mayoría de los jueces de instancias inferiores se verían entonces obligados a no aplicar el derecho, dado que usualmente los tribunales de máxima jerarquía tienen potestad para dejar de lado normas que tienen fuerza institucional respecto de los tribunales inferiores. De modo que según esta concepción, los jueces usualmente se verían imposibilitados de aplicar lo que reconocen como derechos jurídicos genuinos, esto es, aquellos que serían aplicados por el máximo tribunal. Y para colmo, como es sabido, muy pocos casos llegan a ser efectivamente resueltos por el máximo tribunal.

⁹ Cfr. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, obra citada, pp. 452-3.

Para Waluchow, todo esto sería consecuencia de la falta de distinción entre una teoría del derecho y una teoría de la adjudicación. Mientras la primera explicaría la naturaleza de los sistemas jurídicos, la segunda explicaría y justificaría, entre otras cosas, los derechos de adjudicación sobre los jueces y las reglas que determinan cómo deben los jueces “aplicar o modificar el derecho” al decidir los casos que se les someten a juzgamiento. Una concepción del derecho que no tome en cuenta esta distinción, que no diferencie al derecho de su fuerza institucional, correría el peligro de caer en contradicción, incurrir en una proliferación innecesaria de derechos relativizados o idealizar en exceso al derecho concibiéndolo como aquello que un tribunal de la máxima jerarquía decidiría si tuviese la ocasión de hacerlo.

En cuanto a la diferencia entre el derecho y su fuerza moral, también parece que Dworkin tiene dificultades como consecuencia de que identifica ambas cuestiones. La principal de esas dificultades se presenta de cara al problema de los sistemas jurídicos injustos, debido a que para Dworkin, una teoría acerca de lo que el derecho es debe dar cuenta de su fuerza moral (normal), de lo que los jueces y ciudadanos deben moralmente hacer en principio. Recordemos que para Dworkin una teoría acerca de los fundamentos del derecho es una interpretación constructiva de la práctica jurídica que intenta presentar a esa práctica desde su mejor perspectiva moral a fin de mostrar que ella siempre justifica la coacción. Ahora bien, si además se considera que el esquema de derechos morales que dicha interpretación identifica es lo que constituye el derecho y no lo que éste debería ser o lo que se aspira que sea, entonces será necesario enfrentar la misma dificultad que aqueja a las clásicas teorías del derecho natural: ¿el derecho injusto no es derecho?

Por más que pueda pensarse que la imparcialidad en la aplicación consistente de ciertas normas les confiere cierto valor moral, es evidente que no puede haber derecho moral alguno desde el punto de vista de la imparcialidad para la continuada aplicación de un derecho manifiestamente injusto. No obstante, concluir que el derecho injusto no es derecho parece absurdo, algo que el propio Dworkin reconoce. Pero sí está dispuesto a acordarle el *status* de derecho a las normas de un sistema palmariamente injusto, que de ningún modo puede justificar la coacción, ¿qué es lo que distingue a Dworkin del positivismo? Todo lo que quedaría de su teoría sería la verdad trivial de que en un buen sistema jurídico, sus normas tendrían justificación moral, mientras que en sistemas injustos carecerían de ella, una idea que resulta indistinguible del positivismo.

La estrategia de Dworkin para superar este dilema consiste en apelar a la “flexibilidad y riqueza” de nuestro lenguaje. Frente a sistemas jurídicos injustos, habría una amplia gama de posibilidades para comprender el significado de la expresión “derecho”, según qué pregunta se esté tratando de contestar, cuál sea el auditorio, cuál sea el contexto de uso, etc. Habría así al menos dos sentidos de “derecho”: uno sería el utilizado por los positivistas, de acuerdo con el cual “derecho” se entendería como el conjunto de los componentes de la historia institucional que sirven como datos preinterpretativos para la interpretación constructiva de la práctica jurídica y que permitiría calificar como derecho a los sistemas injustos; otro sería el empleado por los iusnaturalistas, de conformidad con el cual la expresión “derecho” haría referencia a lo que una interpretación constructiva y no escéptica de la historia institucional identifica como aquello que autoriza moralmente la fuerza coactiva, sentido según el cual un sistema jurídico injusto no califica como derecho.

Waluchow replica a esto que apelar a la flexibilidad de las teorías a veces es saludable e incluso puede resultar ineludible, pero muchas veces esto no aclara absolutamente nada y no es más que una forma de eludir nuestras preguntas. Ocurre que la teoría de Dworkin es ofrecida como alternativa a las supuestas limitaciones y equivocaciones del positivismo, de modo que no resulta claro cómo puede ahora Dworkin decirnos que la postura positivista es tan viable como la iusnaturalista, que todo depende de qué sentido se le acuerde a la expresión “derecho”.

¿Cómo se vincularía la teoría del derecho con la teoría de la aplicación del derecho? Waluchow sostiene que si Hart tiene razón al decir que el derecho consiste en un conjunto finito de normas cuya validez se identifica en virtud de una regla de reconocimiento, y que dichas normas son en cierta medida indeterminadas o de textura abierta, entonces una teoría de la aplicación del derecho no puede sostener que los jueces siempre disponen de una norma claramente aplicable para todo caso. Esta afirmación no debe interpretarse como suponiendo que siempre que exista una norma válida que regule indiscutiblemente un caso, el deber institucional del juez sea claro y apunte en dirección a su aplicación. Ello en razón de que un juez puede a veces tener el deber de no aplicar una norma válida. La propia teoría de Hart no niega la posibilidad de que en un caso claro, en el cual una norma claramente implique una respuesta a la cuestión que se somete al tribunal, éste pueda o incluso deba ejercitar su potestad para cambiar el derecho existente a fin de eludir su fuerza institucional. También puede ser que el tribunal tenga

la potestad jurídica de “interpretar” la norma de modo de evitar tener que aplicarla sin reemplazarla por otra.

III. LA FUERZA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Waluchow pretende desarrollar las consecuencias de la intuición de acuerdo con la cual la pregunta “¿qué dice el derecho sobre esta cuestión?” es lógicamente distinguible de los interrogantes relativos a cómo los ciudadanos y los jueces deben, tanto moral como jurídicamente (en el caso de los jueces), reaccionar respecto del derecho, e intenta demostrar que esa distinción se aplica no sólo a los casos en los que el derecho es injusto y debe desobedecerse, sino también a aquellos casos tan frecuentes en los que los jueces se apartan de los precedentes.

La distinción entre el derecho y su fuerza institucional —la cual, a su vez, debe distinguirse de la fuerza moral del derecho— persigue destacar lo importante que resulta diferenciar una teoría del derecho de una teoría de la aplicación del derecho. En este sentido, Waluchow sostiene que Dworkin confunde estas dos cosas, y señala que se pierde mucho en cuanto a nuestra comprensión respecto de la naturaleza, estructura y funciones características de los sistemas jurídicos si se adopta para su estudio la “perspectiva del jurista práctico”, tal como Dworkin pretende, según la cual se identifica al derecho con todo aquello que los jueces toman en cuenta en la justificación de sus decisiones. En este sentido, la distinción entre el derecho y su fuerza institucional permitiría advertir el enorme peligro que el enfoque de Dworkin conlleva.

Waluchow sostiene que la práctica, corriente en los sistemas del Common Law, consistente en dejar de lado precedentes equivocados o indeseables pone de manifiesto la necesidad de distinguir el derecho de las potestades y responsabilidades institucionales de los jueces respecto del derecho, esto es, entre el derecho y su *fuerza institucional*. En otras palabras, es menester reconocer que el derecho no siempre resulta jurídicamente obligatorio para los jueces. Y si el derecho no siempre es obligatorio para los jueces, entonces no puede identificarse al derecho como todo aquello que los jueces tienen el deber de aplicar, tal como parece pensar Dworkin.

Al caracterizar el concepto de fuerza institucional, Waluchow lo asocia a:

... los deberes y potestades jurídicas de adjudicación de los jueces... respecto del derecho.¹⁰

Y más adelante sostiene caracteriza este concepto del siguiente modo:

La fuerza institucional ... es una función de la potestad jurídica de una persona (si es que la posee) para modificar el derecho existente a fin de anular sus efectos respecto de una decisión.¹¹

Una norma no tendría para un juez fuerza institucional si éste posee la potestad jurídica para cambiar lo que ella dispone:

... ciertos jueces, a veces, poseen la potestad jurídica hohfeldiana para cambiar el derecho que de otro modo sería para ellos obligatorio, mientras que otros no la poseen. En ciertos casos, el deber institucional del juez, esto es, el deber establecido por las reglas básicas de adjudicación aceptadas dentro del sistema jurídico del juez puede consistir en aplicar el derecho ya existente. En otros casos, en cambio, puede existir la posibilidad de cambiar el derecho.¹²

La apariencia de paradoja que presenta la afirmación de que los jueces pueden no estar jurídicamente obligados a aplicar el derecho puede disolverse fácilmente, según Waluchow, a través de un ejemplo. El profesor canadiense propone que se imagine un sistema jurídico en el cual un tribunal de jerarquía media T_1 decide un caso C_1 sobre la base de que la patria potestad sólo debe extenderse a los padres adoptivos y, con dicho argumento, le niega ese derecho a un padre natural. Supóngase que con esa decisión no se ha infringido ningún precedente anterior, ninguna ley ni ninguna disposición constitucional. Alguien podría quizás pensar que la decisión es moral o socialmente inadecuada, pero por hipótesis no existen fundamentos jurídicos para cuestionar su validez. Supóngase, además, que un juez J de inferior jerarquía debe resolver un caso similar C_2 , en el que otro padre natural demanda que se le conceda la patria potestad. Este juez se encuentra jurídicamente obligado a aplicar el precedente del tribunal superior en función de las reglas admitidas dentro del sistema jurídico en cuestión acerca del peso de los precedentes. El derecho, tal como ha quedado establecido por la decisión del tribunal T_1 , niega a los padres naturales el derecho a la patria potestad, y el juez J no tiene competencia para modificar el derecho de

¹⁰ Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, p. 33.

¹¹ Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, p. 39.

¹² Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, p. 34-35.

acuerdo con las reglas secundarias del sistema. En ausencia de tal potestad, el juez J se encuentra sujeto a la obligación jurídica de aplicar lo que el derecho establece aunque lo considere incorrecto o estúpido. Sin embargo, puede que las cosas sean distintas para otro tribunal. Imagínese que la decisión del caso C_2 es apelada y toma intervención un tribunal superior T_2 que no se encuentra obligado a seguir los precedentes del tribunal T_1 . Este tribunal T_2 posee competencia, de conformidad con las reglas secundarias, para dejar de lado los precedentes establecidos por tribunales inferiores, entre ellos T_1 . El tribunal superior T_2 puede dejar de lado el precedente de T_1 si lo considera jurídicamente erróneo, por ejemplo, debido a que viola un derecho constitucional. O puede considerar que, aunque sea jurídicamente válido, debe ser dejado de lado por ser manifiestamente absurdo o moralmente repugnante. En consecuencia, T_2 revoca la decisión de T_1 , modificando el derecho establecido por tal decisión.¹³

Este ejemplo pondría de manifiesto que ciertos órganos jurisdiccionales tienen a veces la potestad jurídica de *cambiar* el derecho existente, mientras que otros no tienen esa potestad. Waluchow aclara que esa afirmación no debe entenderse como una negativa de la tesis de que todos los jueces tienen competencia para modificar el derecho en los casos en los que éste resulta indeterminado, lo cual obligaría a los jueces a ejercitar su discreción. Esta aclaración parece un tanto desmedida, ya que en los casos en los que el derecho resulta indeterminado, reconocer que los jueces tienen discreción no necesariamente implica aceptar que las normas que los jueces incluyen en sus razonamientos para precisar aquellas que integran el sistema a fin de fundamentar sus decisiones, pasen a formar parte del sistema. Puede ser que las normas secundarias del sistema habiliten en tales casos a los jueces a modificar el derecho existente, pero también puede ocurrir que las normas secundarias sólo autoricen al juez a *aplicar* esas normas al caso en cuestión, sin que ello signifique que pasen a formar parte del sistema.

Lo grave del caso es que el mismo problema se refleja en el análisis que efectúa Waluchow de las consecuencias de su ejemplo. Allí expresa que el tribunal superior puede no estar estrictamente obligado por el derecho existente, ya que puede tener la potestad jurídica de *cambiar* o *corregir* el derecho a fin de evitar que sus efectos se extiendan al caso que decide y a las partes involucradas.¹⁴ No obstante, como se adelan-

¹³ Cfr. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, pp. 34-35.

¹⁴ Cfr. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, p. 36.

tó, las normas secundarias del sistema pueden acordar al tribunal superior:

- a) la potestad para cambiar el derecho existente introduciendo una norma general nueva que reemplace o modifique a las que previamente lo integraban;
- b) la potestad para resolver el caso que se le somete a juzgamiento aplicando normas que no integran el sistema, sin que ello comporte modificación alguna de las normas que integran el sistema, y
- c) la potestad para no aplicar una norma que integra el sistema jurídico, sin que ello signifique su eliminación del sistema.

Waluchow asimila estas alternativas que resultan claramente distinguibles. Esta asimilación se repite en las críticas que Waluchow dirige contra la concepción de los derechos de Dworkin. El argumento del profesor canadiense es el siguiente. Según Dworkin, si se considera que el tribunal T_2 tiene competencia para dejar de lado el precedente, entonces no podría decirse que A tenía un derecho jurídico que el tribunal T_2 tiene competencia para dejar de lado. Más bien, quien tiene el derecho es B , dado que es éste quien tiene un derecho institucional a una decisión en su favor de parte del tribunal T_2 . Pero, si se toma en cuenta la distinción entre la potestad para modificar el derecho existente y la potestad para no aplicar una norma que integra el sistema, entonces habría que aclarar, en el ejemplo comentado, si la potestad de T_2 para “dejar de lado” el precedente se entiende en uno u otro sentido. Si T_2 tiene potestad para cambiar el derecho, entonces podría ser correcto sostener que, con la decisión del tribunal T_2 , B adquiere un derecho jurídico. Si en cambio T_2 tiene potestad sólo para no aplicar el precedente, el hecho de que decida en contra de A no significa que éste no tenga un derecho jurídico. Consideramos satisfactoria la distinción de Waluchow entre derechos jurídicos (que resultan de lo preceptuado por las normas primarias del sistema) y derechos de adjudicación (derechos a que los jueces decidan de conformidad con las reglas secundarias), pero tal distinción se oscurece si no se diferencian con claridad las alternativas señaladas.

Una segunda cuestión problemática en el planteamiento del ejemplo es que Waluchow sostiene que el tribunal superior puede dejar de lado el precedente del tribunal inferior si *a*) lo considera jurídicamente erróneo, por ejemplo, debido a que viola un derecho constitucional, o *b*) aunque jurídicamente válido, debe dejarlo de lado por resultar moral-

mente inadmisibles. No creemos que haya sido intención de Waluchow presentar estas dos alternativas como las únicas posibles, pero, aún así, el planteo no parece muy afortunado. La primera de esas alternativas se contradice con la hipótesis asumida al comienzo en el sentido de que la decisión de T_1 era jurídicamente incuestionable. Supongamos que la diferencia entre las posturas de T_1 y T_2 radicara en que el primer órgano *consideró* que el contenido de su decisión era conciliable con los derechos constitucionales, mientras que el segundo *consideró* que esa decisión era violatoria de derechos constitucionales. Lo único que pondría de manifiesto el ejemplo es que distintos órganos jurisdiccionales pueden discrepar en sus apreciaciones en cuanto a cuál es el contenido del derecho existente. Desde este punto de vista, no habría nada aquí que permitiera concluir que T_2 no estaba obligado a aplicar el derecho existente, ya que lo que habría hecho T_2 es aplicar lo que *consideró* que se derivaba del derecho existente, sólo que sus apreciaciones sobre cuál era el contenido del derecho existente no coincidieron con las efectuadas por T_1 .

La segunda alternativa es que T_2 considera jurídicamente válida la decisión adoptada por T_1 , pero la refuta moralmente inadmisibles. Esta alternativa tampoco permite concluir nada que abone la distinción entre el derecho y su fuerza institucional, puesto que claramente se vincula con la fuerza moral de las normas jurídicas, una cuestión que el propio Waluchow pretende distinguir tajantemente de la idea de la fuerza institucional. Un órgano jurisdiccional puede considerar que su deber moral es no aplicar una norma válida, pero ello no significa que esa norma, aunque válida, no tenga fuerza institucional.

La conclusión que extrae Waluchow de su análisis hasta aquí es que la fuerza institucional del derecho varía de caso en caso y depende básicamente del nivel jerárquico del tribunal considerado.¹⁵ Por ello, Waluchow considera que algo parecido a la distinción dworkiniana entre los *fundamentos* y la *fuerza* del derecho debe ser recogido por la teoría jurídica. La distinción de Dworkin al menos apunta hacia el reconocimiento de que existe una diferencia entre un enunciado acerca de lo que el derecho establece actualmente y un enunciado acerca de las responsabilidades de los jueces o ciudadanos frente a él.

Como es sabido, en opinión de Dworkin, una teoría política completa acerca del derecho debería incluir al menos dos partes: debería referirse tanto a los fundamentos del derecho, esto es, a las circunstan-

¹⁵ Cfr. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, obra citada, p. 36.