

# LA DECISIÓN JUDICIAL

EL DEBATE  
HART - DWORKIN

Estudio preliminar  
César Rodríguez



Siglo veintiuno editores  
Universidad de Chile

TEORÍA DEL DERECHO  
Y DECISIÓN JUDICIAL  
En torno al debate  
entre H.L.A. Hart y R. Dworkin

César Rodríguez

INTRODUCCIÓN

La publicación de *El concepto de derecho*<sup>1</sup> de H.L.A. Hart en 1961 dio inicio a una fecunda reflexión en la teoría jurídica, caracterizada por el énfasis en el estudio de la adjudicación o aplicación judicial del derecho<sup>2</sup> y por la utilización de los instrumentos de la

---

1 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Trad. cast. de Genaro Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. Las citas de esta obra que aparecen en el presente estudio corresponden a la traducción de Carrió, que ha pasado a ser canónica en la bibliografía hartiana en español.

2 Robert Alexy ha sostenido que "la ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez". *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 33. El estudio de la aplicación judicial del derecho ha sido motivado por el creciente protagonismo de los jueces en los Estados democráticos. Sobre el activismo judicial en diferentes ordenamientos jurídicos, véase Mauro Cappelletti, *Le pouvoir*

filosofía contemporánea, particularmente la filosofía analítica y la hermenéutica.

Para comprender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo, se debe tener en cuenta la existencia del enfrentamiento entre dos corrientes de reflexión que han pugnado —en sentido kuhniano— por convertirse en el paradigma dominante: las teorías del inglés H.L.A. Hart y la de su opositor, el norteamericano Ronald Dworkin. Desde un comienzo, Hart encontró en Dworkin un poderoso contradictor dispuesto a rebatir los fundamentos de su teoría y, de paso, los de toda la tradición positivista.

No es posible saber si la obra de Hart habría tenido mayor influencia sin las críticas sistemáticas de Dworkin, o si el pensamiento de éste habría llegado a ser predominante si no hubiese nacido bajo la sombra del hartiano. Lo que es indudable es el beneficio para la comunidad filosófica y jurídica que ha venido creciendo alrededor de este debate, cuya incidencia ha superado ampliamente las fronteras del pensamiento anglosajón.

El derecho y la teoría del derecho hispanoamericanos, por ejemplo, recibieron rápidamente el influjo de la teoría hartiana a través de la impecable traducción al español de *El concepto de derecho*, hecha por Genaro Carrió<sup>3</sup> en 1963. Desde entonces, la versión sociológico-analítica del positivismo propuesta por Hart

---

*des Juges*, París, Fondo de Cultura Económica, 1990; Kenneth M. Holland (edit.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Nueva York, St. Martin's Press, 1991; Boaventura de Sousa Santos et al., *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, Oporto, Afrontamento, 1996.

3 Carrió participó directamente en el debate anglosajón, defendiendo a Hart de las críticas de Dworkin, e inició en Argentina la discusión sobre el tema. Véase Genaro Carrió, "Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", en: *Indiana Law Journal*, 55 (1979) y *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970. Igualmente, Carlos Santiago Nino disintió las tesis de Hart y las críticas de Dworkin en varios de sus escritos. Véase, por ejemplo, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, pp. 145-174.

fue ganando influencia frente a la versión kelseniana, predominante en España y Latinoamérica. Sin embargo, han sido acontecimientos constitucionales recientes los que han dado lugar a un mayor interés por Hart y han motivado la traducción y el estudio de los trabajos de Dworkin. Así, por ejemplo, el establecimiento de un tribunal constitucional en España en 1978 y en Colombia 1991 —y la consecuente juridización de temas sensibles de la vida social, como la protección de los derechos fundamentales mediante recursos y acciones especiales— fue la ocasión propicia para el surgimiento de debates profundos sobre la interpretación constitucional y los poderes de los tribunales constitucionales. La juridización de la Constitución —antes considerada esencialmente un programa político— dio lugar a una crisis de la concepción tradicional del derecho constitucional y del derecho en general<sup>4</sup> y, como sucede en medio de todas las crisis en el conocimiento<sup>5</sup>, impulsó el estudio de cuestiones filosóficas. En este contexto, la viva discusión Hart-Dworkin proporcionó las primeras herramientas para la comprensión de los cambios en la interpretación y la práctica del derecho<sup>6</sup>, y continúa

---

4 En Colombia, por ejemplo, se habla de la existencia de un "nuevo constitucionalismo" tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Dos características fundamentales del nuevo constitucionalismo tienen que ver directamente con la discusión Hart-Dworkin: por una parte, su aval al poder interpretativo y creativo del juez y, por otra, su inspiración teórica en la doctrina y la práctica constitucionales anglosajonas. La distinción dworkiniana entre reglas y principios, por ejemplo, fue recogida expresamente por el nuevo constitucionalismo. Véase Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 1-20.

5 Thomas Kuhn identifica como rasgo característico de las transiciones de paradigmas intelectuales "la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del descontento explícito, el recurso a la filosofía y el debate de los fundamentos...". *La estructura de las revoluciones científicas*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 148.

6 Es significativo, en este sentido, que una de las obras más influyentes en el constitucionalismo español posterior a 1978 haya recogido la tesis de Dworkin sobre la interpretación de las cláu-

alimentando las creaciones de la teoría jurídica y el derecho constitucional en lengua española.

Este estudio introductorio intenta establecer las líneas centrales del debate entre Hart y Dworkin y está dirigido en primer lugar a quienes se inician en el conocimiento de la discusión. Sin embargo, los lectores más avanzados encontrarán expuestos —la mayoría de las veces como notas de pie de página— algunos de los puntos más especializados del debate.

El estudio está dividido en tres partes. En la primera, mostraré la manera como surgió el debate Hart-Dworkin y la trayectoria que ha seguido desde su inicio. Asimismo, discutiré una cuestión preliminar fundamental para cualquier comparación de las obras de los dos autores: ¿son teorías rivales o simplemente tratan dos asuntos distintos? Para dar respuesta a esta pregunta, señalaré los puntos de cruce y de fuga de las dos teorías. El propósito de este primer capítulo es ofrecer una cronología del enfrentamiento y un mapa de ubicación de los problemas que serán tratados detenidamente en los dos capítulos siguientes; por este motivo, muchas de las tesis de Hart y Dworkin aparecerán en este capítulo apenas enunciadas. En la segunda parte del estudio, presentaré el debate que gira alrededor de la pregunta: ¿qué tipos de normas existen en los ordenamientos jurídicos y cómo se pueden identificar? Este tópico —relativo a las reglas y principios jurídicos y a la “regla de reconocimiento”— es el punto de partida de la discu-

---

sulas “vagas” de la Constitución. Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 226-230. Otra contribución inicial al estudio de las obras de Hart y Dworkin en España fue el estudio preliminar de A. Calsamiglia a la traducción de *Taking Rights Seriously*, “Ensayo sobre Dworkin”, en: *Los derechos en serio*, Trad. cast. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 7-27. Igualmente importantes son los exhaustivos trabajos de Juan Ramón de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, y de José Antonio Ramos, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989.

ta. En la tercera y última parte expondré las consecuencias centrales de la controversia sobre las reglas y los principios en la teoría y la práctica jurídicas, consecuencias que están relacionadas con el problema de la discrecionalidad de los jueces en la decisión de casos difíciles. La respuesta a este problema involucra temas como el poder creador del juez, los métodos de interpretación y la posibilidad de hallar respuestas correctas a las controversias jurídicas. Es en estos temas donde se encuentran las más importantes repercusiones actuales del debate Hart-Dworkin.

Finalmente, es necesario hacer una precisión metodológica. Una de las características más interesantes de la disputa estudiada es la disposición que tienen ambos autores para poner a prueba sus tesis en casos concretos. Tanto Hart como Dworkin toman ejemplos de las jurisdicciones inglesa y norteamericana —especialmente de casos constitucionales decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos— para demostrar la consistencia de sus afirmaciones. Esto es especialmente cierto en el caso de Ronald Dworkin, quien creó para ello dos jueces ficticios —Hércules y Herbert— que resuelven los litigios a partir de las teorías dworkiniana y hartiana, respectivamente<sup>7</sup>. Este rasgo ha tenido un doble efecto positivo en la discusión: por una parte, ha conectado directamente la teoría con las decisiones judiciales y, por otra, la ha hecho más clara, más amena y más sutil. Con el fin de conservar este efecto en el presente ensayo, acudiré constantemente a ejemplos extraídos de casos constitucionales y de otras jurisdicciones. Además, en el último capítulo, Hércules y Herbert discutirán uno de los casos más controvertidos de la jurisprudencia constitucional colombiana, rela-

---

<sup>7</sup> Hércules es el personaje central de los casos tratados por Dworkin a lo largo de toda su obra. El contraste con Herbert —llamado así en alusión expresa a Herbert Hart— aparece en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 123. En este ensayo, las citas y la numeración de las páginas proceden de la obra original en inglés.

cionado con la exequibilidad de una ley que penalizaba el porté y uso de dosis personales de estupefacientes, decidido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-221/94<sup>8</sup>.

## ORÍGENES Y DESARROLLO DEL DEBATE

### La reformulación del positivismo en Hart

#### *El punto de partida hartiano*

El propósito general de Hart en *El concepto de derecho* es enfrentar el problema más inquietante de la teoría jurídica, esto es, la pregunta: ¿qué es el derecho? Hart asume la perplejidad constante de los abogados y ciudadanos corrientes, que usan a diario la palabra "derecho" pero tienen grandes dificultades para responder qué significa ese término o para coincidir en los rasgos que diferencian al derecho de sistemas distintos de regulación social como la moral o la cortesía. Esa pregunta general ha dado lugar, según Hart, a tres problemas recurrentes en la teoría jurídica: "¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?, ¿en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? y ¿qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?"<sup>9</sup>. En otras palabras, los problemas fundamentales de la teoría jurídica son las relaciones entre el derecho y la coacción, entre el derecho y la moral, y entre el derecho y las reglas.

Al intentar dar respuesta a estos interrogantes, Hart desarrolló una teoría del derecho con dos características fundamentales. En primer lugar, como se

8 Sentencia C-221/94. M.P. Carlos Gaviria. Salvamento de voto de José Gregorio Hernández, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo. *Gaceta de la Corte Constitucional*, Edición Extraordinaria (mayo de 1994).

9 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 16.

aprecia en los términos de las preguntas, la teoría hartiana es "general", en el sentido en que no intenta explicar un ordenamiento jurídico particular como el inglés o el norteamericano, sino cualquier sistema jurídico vigente en una sociedad contemporánea compleja. En segundo lugar, la perspectiva de estudio de Hart es "descriptiva", en tanto pretende aclarar la estructura del derecho y su funcionamiento sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas analizadas<sup>10</sup>.

En el tratamiento de los temas mencionados, Hart utilizó las herramientas de la filosofía analítica o lingüística inglesa, cuyo nacimiento coincidió con la etapa de formación y docencia de Hart en Oxford. Como el propio Hart lo relata<sup>11</sup>, la filosofía analítica floreció bajo el impulso de J.L. Austin en Oxford y de Ludwig Wittgenstein en Cambridge durante los siete años en que Hart fue profesor de filosofía en la primera de estas universidades. La aplicación de esta aproximación filosófica al estudio del derecho implicó una atención preferente al "lenguaje" que los abogados, los jueces, los legisladores y los ciudadanos en general utilizan al referirse a asuntos jurídicos.

Las cuestiones lingüísticas, cree Hart siguiendo a J.L. Austin, no son asuntos de sólo palabras; por el contrario, una conciencia agudizada de las palabras puede llevarnos a "agudizar nuestra percepción de los fenómenos", porque cuando buscamos y hallamos definiciones "no contemplamos simplemente palabras... sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras"<sup>12</sup>. Así, el

---

10. Estas dos características son expuestas por el mismo Hart en el *Postscriptum* a su obra, cuya traducción se publica en el presente volumen. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 239-240.

11. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 2.

12. J.L. Austin, "A Plea for Excuses", en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 57 (1956-1957), citado en H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 18.

estudio del lenguaje que usamos al hablar del derecho es al mismo tiempo un estudio de las prácticas sociales que constituyen el derecho; el análisis lingüístico y la descripción sociológica se implican mutuamente. Por esta razón, la obra de Hart es prolífica en consideraciones sobre el uso que hacemos de expresiones como "obligación", "estar obligado a", "verse obligado a", "discrecionalidad judicial", "regla jurídica", etc.

Es necesario destacar dos rasgos de la aproximación lingüístico-sociológica propuesta por Hart. En primer lugar, su propósito no es dar una definición de lo que significa la palabra "derecho", sino describir la estructura característica de un sistema jurídico contemporáneo<sup>13</sup>. En segundo lugar, su atención se centra en la "práctica social", esto es, en la forma en que las personas actúan en las situaciones reguladas por el derecho y el lenguaje de que se valen para referirse a ellas. De acuerdo con esta aproximación —como lo ha puesto de manifiesto Roger Cotterrell<sup>14</sup>— las normas jurídicas descansan sobre una base sociológica y la teoría del derecho sobre una teoría social.

Con esta perspectiva, Hart acomete una crítica comprehensiva de la teoría positivista predominante hasta el momento en Inglaterra, elaborada por John Austin y cuyas raíces se remontan a los trabajos de Jeremy Bentham a finales del siglo XVIII. Como lo señala Hart en un artículo posterior a *El concepto de derecho*<sup>15</sup>, Bentham estableció en *The Fragments of Government* los dos pilares del positivismo jurídico inglés: por una parte, la separación tajante entre lo que el derecho "es" y lo que el derecho "debe ser" —y, por tanto, entre teoría jurídica analítica o descriptiva

13 *Ibid.*, pp. 20-21.

14 Roger Cotterrell, *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 97.

15 H.L.A. Hart, "Law in the Perspective of Philosophy", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 147.

y teoría jurídica crítica o evaluativa— y, por otra parte, la “insistencia... en que los fundamentos de un sistema jurídico no se deben buscar en ninguna teoría moral o justificativa, sino que son adecuadamente descritos en los términos moral y valorativamente neutros de un hábito general de obediencia a un legislador soberano”<sup>16</sup>.

Dentro de esta tradición positivista, Austin formula su teoría imperativista del derecho, que consiste, según Hart, en la tesis según la cual siempre que exista un sistema jurídico es necesario que haya “alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia”<sup>17</sup>. Austin llama a esa persona o grupo de personas “soberano” y sostiene que en cada ordenamiento jurídico éste es único, supremo e independiente. El derecho, en esta perspectiva, es el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano en ejercicio de su poder legislativo ilimitado. El soberano impone limitaciones a sus subordinados, mientras que su poder está libre de restricciones<sup>18</sup>. Hart comparte las dos afirmaciones medulares del positivismo de Bentham y Austin pero rechaza la conclusión según la cual el criterio de identificación de las reglas jurídicas se encuentra en el hábito de los ciudadanos de obedecer a un soberano<sup>19</sup>. El derecho de una sociedad organizada no puede ser identificado satisfactoriamente respondiendo a la pregunta: ¿quién es el soberano y cuáles son sus órdenes? Este criterio es adecuado para identificar otro tipo de mandatos, como las órdenes impartidas por un asaltante a sus víctimas. En este caso, todo lo

---

16 *Ibid.*, *id.* (traducción del autor).

17 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 32.

18 *Ibid.*, pp. 32 y 64.

19 *Ibid.*, pp. 23-62.

que se necesita para saber cuál es el mandato vigente en la situación es si existe la relación asaltante-asaltados y si aquél ha dictado una orden. Parece contrario a nuestra percepción de la vida social, sostiene Hart, que el derecho sea simplemente la institucionalización de la situación descrita: las normas jurídicas no son órdenes ocasionales que recibimos de parte de un legislador claramente identificado que nos conmina a cumplirlas bajo la amenaza de un castigo<sup>20</sup>.

Las complicaciones derivadas del modelo de Austin son múltiples, como lo muestran algunas de las preguntas que el modelo es incapaz de responder: si las normas jurídicas son órdenes expedidas por un soberano y habitualmente obedecidas por los ciudadanos, ¿cómo se explica la persistencia del derecho, es decir, el hecho de que las normas sigan vigentes después de que quien las expidió ha abandonado su cargo?<sup>21</sup>; ¿cómo se explica el hecho de que existan normas que limitan las potestades legislativas del soberano?<sup>22</sup>; ¿cómo es posible que existan normas emanadas de la costumbre y no de un acto explícito de legislación?<sup>23</sup>; ¿de qué manera encajan en el modelo propuesto las normas que no imponen sanciones sino que otorgan potestades a los individuos para regular jurídicamente sus relaciones sociales, como las relativas a la formación de los contratos y el otorgamiento de testamentos?<sup>24</sup> Estas preguntas, agudamente dirigidas por Hart a la concepción de las órdenes respaldadas por amenazas, mostraron las insuficiencias de la teoría positivista vigente y prepararon el terreno para la tarea de reconstrucción del positivismo emprendida por Hart en su obra.

---

20 *Ibid.*, pp. 25-32.

21 *Ibid.*, p. 64.

22 *Ibid.*, p. 64.

23 *Ibid.*, p. 56.

24 *Ibid.*, p. 35.

## *Los tipos de reglas jurídicas y la regla de reconocimiento*

La falla principal de la teoría de Austin, para Hart, consiste en no haber incluido la noción de "regla", sin la cual es imposible explicar la estructura y el funcionamiento del derecho. Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas<sup>25</sup>. La teoría austiniana permite entender qué significa que una persona "se vea obligada" a hacer algo —v.gr. entregar su dinero al asaltante—, pero no qué significa que "tenga la obligación" de hacer algo de acuerdo con el derecho —v.gr. pagar anualmente sus impuestos—. Para entender la noción de obligación es indispensable la noción de regla; el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla<sup>26</sup>.

A partir de esta noción, Hart establece dos distinciones fundamentales: de un lado, la distinción entre reglas primarias y secundarias y, de otro, la distinción entre los puntos de vista interno y externo frente a las reglas. En la diada reglas primarias - reglas secundarias, Hart ve la clave de la teoría jurídica y la fuente de la solución de las preguntas que Austin había dejado sin respuesta<sup>27</sup>. Las reglas primarias imponen deberes positivos —acciones— o negativos —omisiones— a los individuos. Son reglas primarias, por ejemplo, las que imponen obligaciones civiles a las personas, como la obligación de los padres de sostener a sus hijos. Las reglas secundarias, entre tanto, otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir

25 *Ibid.*, p. 101.

26 *Ibid.*, p. 106.

27 *Ibid.*, pp. 101-102.

o determinar los efectos de las reglas de tipo primario<sup>28</sup>. Así por ejemplo, las reglas relativas a la formación de contratos les dan a los particulares potestades para fijar los estándares que rigen sus relaciones contractuales, estándares que a su vez son reglas primarias porque obligan a las partes a hacer o abstenerse de hacer algo —v.gr. pagar una deuda al vencimiento del plazo estipulado—. Otros ejemplos de reglas secundarias son las normas constitucionales sobre la expedición de leyes y las normas procesales que regulan la función judicial. En ejercicio de las potestades atribuidas por esas reglas secundarias, los legisladores y los jueces establecen reglas primarias contenidas en leyes y sentencias, respectivamente. Hart llama "reglas de cambio"<sup>29</sup> a las reglas secundarias que dan facultades a los particulares y a los legisladores para crear reglas primarias. Las normas sobre el ejercicio de la función judicial constituyen un segundo tipo de reglas secundarias, que Hart denomina "reglas de adjudicación"<sup>30</sup>.

El tercer tipo de regla secundaria es la regla de reconocimiento, que tiene una importancia particular en la teoría jurídica de Hart. Como se vio anteriormente, uno de los pilares del positivismo es la defensa de la posibilidad de identificar el derecho vigente en una sociedad a partir de un parámetro independiente de la moral. Hart explica el origen de este parámetro —que denomina "regla de reconocimiento"<sup>31</sup>— en términos de la estructura de los modernos sistemas jurídicos. En toda sociedad compleja contemporánea las reglas jurídicas están organizadas jerárquicamente, de tal forma que la validez de una regla depende de su conformidad con las reglas ubicadas en un nivel jurídico más alto. Esta estructura jerárquica permite determinar la pertenencia de una

---

28 *Ibid.*, p. 101.

29 *Ibid.*, p. 119.

30 *Ibid.*, p. 120.

31 *Ibid.*, pp. 125-153.

norma al sistema jurídico a través de una prueba de origen o linaje —*pedigree*—, esto es, del examen de la cadena jurídica de derivación de la cual hace parte la norma. La validez de un decreto, por ejemplo, depende de la sujeción de éste a las leyes vigentes, y la validez tanto de las leyes como de los decretos depende de la conformidad de unas y otros con la Constitución. La Constitución, dentro de esta estructura jerárquica, es el criterio supremo de validez. Ahora bien, ¿de qué depende la validez de la Constitución? Esta pregunta constituye la prueba definitiva para cualquier teoría sobre la validez jurídica. Hart sostiene que la validez de la Constitución está dada por una regla que establece que “lo que la Constitución dice es derecho”<sup>32</sup>. Esta es la regla de reconocimiento del sistema jurídico, en tanto suministra los criterios de validez —la Constitución y las normas subordinadas a ésta— por referencia a los cuales se identifican las normas que son reconocidas como pertenecientes a dicho sistema<sup>33</sup>.

Al suministrar el criterio supremo de validez, la regla de reconocimiento es una “regla última”, lo que significa que en ella termina la cadena de validez del sistema. De la regla de reconocimiento, como se verá enseguida, no se puede predicar su validez —porque no hay ninguna regla por encima de ella que sea su fuente de validez—, sino su “existencia” fáctica. En términos de Hart:

---

32 La respuesta de Hart ha sido modificada aquí para un caso como el colombiano, en el que la norma superior o “criterio supremo de validez”, como la llama Hart, es la Constitución. Hart habla generalmente del caso inglés, en el que la supremacía normativa corresponde a las leyes expedidas por el Parlamento. Sin embargo, considera el caso de ordenamientos con una Constitución escrita, como el norteamericano. *Ibid.*, pp. 132-133.

33 Hart distingue el *criterio supremo*, que en nuestro sistema sería la Constitución, de la *regla última o regla de reconocimiento*, que sería la regla según la cual “lo que la Constitución dice es derecho”. La regla de reconocimiento *suministra* el criterio supremo y los demás criterios de validez del sistema. *Ibid.*, pp. 132-133.

La afirmación de que [la regla de reconocimiento] existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho<sup>34</sup>.

La regla de reconocimiento de Hart, en consecuencia, tiene un carácter "jurídico-social": de un lado, es la fuente de validez del criterio supremo y, por tanto, es la regla última del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema. De acuerdo con Juan Ramón de Páramo:

No se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona los criterios para la identificación de otras reglas —y en este sentido, podría ser calificada como "derecho"— por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema<sup>35</sup>.

Con la inclusión de un elemento fáctico en la regla de reconocimiento, Hart rechaza el postulado kelseniano según el cual esa regla o norma básica no es un hecho sino un "presupuesto" del esquema de validez de un sistema jurídico<sup>36</sup>. Para Kelsen, la validez de la norma superior de un sistema jurídico es presupuesta y la enunciación de esa presuposición es la

---

34 *Ibid.*, p. 137.

35 Juan Ramón de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, *op. cit.*, pp. 248-249.

36 *Ibid.*, pp. 134-137.

norma básica del sistema. Además, debido a que la razón de validez de una norma puede ser solamente otra norma, la presuposición debe ser una norma, esto es, la norma básica del sistema. Pero "a diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de algún modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida"<sup>37</sup>. Hart sostiene que esta idea es equívoca por dos razones. En primer lugar, el mismo hecho de hablar de la validez de la norma básica causa confusión, porque la validez se predica sólo de las normas situadas por debajo de ella.

Sólo necesitamos la palabra "validez", y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera<sup>38</sup>.

En segundo lugar, la tesis de Kelsen, de acuerdo con Hart, oscurece la realidad social subyacente a la afirmación de la existencia de la regla de reconocimiento. Si bien es cierto que generalmente los miembros de una comunidad jurídica no enuncian la regla de reconocimiento, sino que la "usan" en la identificación del derecho aplicable a un caso<sup>39</sup>, eso no significa que su existencia sea sólo un presupuesto lógico. La regla de reconocimiento existe como una práctica social efectiva que puede ser descrita mediante un enunciado de hecho externo<sup>40</sup>.

---

37 Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 137. He seguido en este punto la exposición de Carlos Santiago Nino, *La validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 11-12.

38 H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 135.

39 *Ibid.*, p. 127.

40 *Ibid.*, p. 137. Contra esta noción fáctica de la regla de reconoci-

## *Punto de vista externo y punto de vista interno frente a las reglas*

Hart introduce la segunda distinción esencial de su teoría, a saber, la diferencia entre el punto de vista interno y el punto de vista externo frente a las reglas, con el fin de responder a un conjunto adicional de interrogantes insatisfechos por la teoría de las órdenes respaldadas por amenazas. En esta teoría, ¿cómo es posible distinguir un hábito social —como el de salir de paseo los domingos— de una regla social —como la regla de cortesía que establece que se debe tratar con deferencia a los mayores o la regla jurídica que prohíbe pasar los semáforos en rojo—? ¿obedecemos las reglas sociales por hábito —o “por costumbre”, como lo decimos con mayor frecuencia—, o por otras razones? Es claro que la teoría de Austin no permite distinguir los hábitos de las reglas, como quiera que afirma que éstas consisten justamente en hábitos de obediencia.

Hart traza la línea divisoria entre estas dos nociones a partir de la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo. Las reglas sociales —de cortesía, religiosas, jurídicas, morales, etc.— pueden ser consideradas desde dos perspectivas: desde la de un observador externo —v.gr. una persona que no

---

nilento se ha sostenido que incurre en la llamada “falacia naturalista”. Los críticos de Hart afirman que no es posible derivar de una afirmación de hecho (la existencia de la práctica social que conforma la regla de reconocimiento) un juicio normativo (el deber de comportarse de acuerdo con dicha práctica). Robert Alexy, por ejemplo, defiende la norma básica de Kelsen y critica la regla de reconocimiento hartiana afirmando que “la ventaja de la teoría kelseniana de la norma fundamental reside en que este paso del ser al deber ser no se esconde detrás de conceptos tales como los de aceptación y existencia de una práctica sino que es puesto de manifiesto y tematizado. En última instancia, una teoría empírica de la norma fundamental tiene que fracasar porque no puede aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de toda teoría de una norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser”. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 122.

pertenece a la sociedad observada o un miembro de la misma que adopta la actitud de científico social— que constata, por ejemplo, que es una conducta regular en el grupo estudiado el que los miembros más jóvenes traten con respeto a los mayores —v.gr. obedeciéndoles regularmente o hablándoles con un lenguaje y en un tono moderados—, o el que los conductores se detengan ante un semáforo en rojo. Si el observador no examina los motivos por los cuales las personas se conducen de esta manera, puede afirmar que existe una reiteración en el comportamiento de los miembros del grupo, esto es, un hábito, pero no podrá distinguirlo del hábito de ir de paseo los domingos<sup>41</sup>. Sin embargo, los mismos casos del trato a los mayores y de la detención en el semáforo pueden ser considerados teniendo en cuenta los motivos que originan esas conductas, es decir, asumiendo el punto de vista interno del participante en dichas prácticas. Para el participante, esas acciones no son el resultado de simples hábitos sino de “reglas” vigentes en su grupo social, que él “acepta” como parámetros de regulación de su comportamiento<sup>42</sup>. Por esto, puede fundar en las reglas mencionadas sus críticas a quienes no respetan a los mayores o pasan los semáforos en rojo, así como su exigencia a cualquier miembro del grupo de que actúe de acuerdo con ellas. Entre tanto, críticas y exigencias similares en el caso del hábito de ir a pasear los domingos resultan absurdas.

Las reglas jurídicas, como formas de reglas sociales, pueden ser vistas desde una perspectiva externa y desde una perspectiva interna. El primer punto de vista puede ser asumido por un observador interesado en registrar sólo repeticiones en la conducta de los miembros de una sociedad, o por un miembro que no acepta las reglas jurídicas por considerarlas justificadas sino con el fin de evitar el castigo<sup>43</sup>. En esta pers-

41 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 112.

42 *Ibid.*, p. 111.

43 *Ibid.*, p. 112.

pectiva, por ende, se subraya el aspecto coercitivo de las reglas. Entre tanto, el punto de vista interno asumido por el participante destaca la dimensión normativa de las reglas, es decir, su función justificativa de juicios de aprobación o crítica. Gracias a esta dimensión de las reglas podemos hablar de derechos y obligaciones, y no sólo de hábitos y coacción. El punto de vista interno, así, es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo —v.gr. entregar nuestro dinero al asaltante— y tener la obligación de hacer algo —v.gr. entregar anualmente parte de nuestro dinero a la administración de impuestos—. En el segundo caso la razón de la obligación es la existencia de una regla jurídica que es aceptada por los miembros de la comunidad, mientras que en el primero simplemente nos vemos forzados a actuar para salvar nuestra vida.

### *Los límites del lenguaje y la discrecionalidad judicial*

A partir de las dos distinciones examinadas, Hart construye una propuesta comprehensiva sobre los problemas centrales de la teoría del derecho, como la relación entre eficacia y validez, la interpretación, los vínculos entre justicia y derecho y entre moral y derecho, y las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico —y su aplicación a casos límites como el derecho internacional y el derecho de las sociedades primitivas—. Aunque en todos estos tópicos los aportes de Hart son importantes, para los propósitos del estudio del debate con la teoría dworkiniana es necesario concentrarse en uno de ellos: la interpretación del derecho y las decisiones judiciales en los casos difíciles<sup>44</sup>.

---

44 En este punto serán tratadas las raíces lingüísticas de la teoría de Hart sobre los casos difíciles. El debate con las posiciones formalista y realista y las críticas de Dworkin sobre este tema serán analizados en la tercera parte de este ensayo.

Una constatación lingüística inicial sirve de base a la tesis de Hart sobre este tema: la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. Las palabras utilizadas en la conversación cotidiana son vagas, aunque tienen significados suficientemente precisos para permitir la comunicación<sup>45</sup>. La vaguedad o "textura abierta"<sup>46</sup> del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas —y de las reglas sociales en general—, por dos razones fundamentales. En primer lugar, las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas particulares, sino a "clases" de personas o cosas —v.gr. las normas sobre tránsito no se refieren al carro de Pedro Pérez, sino a vehículos y conductores—. En segundo lugar, permanecen vigentes durante periodos largos y, por tanto, se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación. Esta última característica de las reglas jurídicas, por ejemplo, explica la inclusión de expresiones generales en el derecho de los contratos, como la "buena fe", que se aplican de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto.

Ahora bien, ¿cómo se interpretan las palabras de textura abierta? Hart propone utilizar la técnica de la analogía para solucionar estos casos difíciles de interpretación<sup>47</sup>. Toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra. El núcleo de significado de una expresión está conformado por los casos de fácil interpretación, es decir, aquellos en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la expresión se aplica —o no se aplica— a los hechos considerados. Así, en el conocido ejemplo de Hart, frente a una regla que dice: "está prohibida la circulación de vehículos en el parque", todos estaríamos de acuerdo en que los camiones y los automóviles no podrían circular en ese

---

45 *Ibid.*, p. 158.

46 *Ibid.*, p. 155.

47 *Ibid.*, pp. 158-159.

lugar, porque entendemos que esos casos están incluidos en el núcleo de la palabra "vehículo" en este contexto<sup>48</sup>. La zona de penumbra de las expresiones lingüísticas está conformada por los casos difíciles de interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados. En la regla que nos sirve de ejemplo, ¿están comprendidas las bicicletas? Sin duda encontraríamos intérpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra "vehículo" a este caso y otros argumentando que las bicicletas pueden circular libremente por el parque. Estos casos difíciles pueden ser resueltos con base en un criterio aproximativo, el de la analogía con los casos fáciles. En el ejemplo, para decidir si las bicicletas están incluidas en la prohibición debemos examinar si éstas se parecen —en aspectos relevantes para efectos de la circulación en el parque— a los camiones y los automóviles.

La división entre casos fáciles y difíciles tiene una consecuencia central para la discusión entre Hart y Dworkin. Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad<sup>49</sup> para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho —porque las reglas no le indican una u otra dirección—, sino creándolo para el caso concreto.

---

48 *Ibid.*, p. 158.

49 Carrió traduce *judicial discretion* por "discreción judicial". Sin embargo, dado que los significados de *discretion* son "sensatez", "agudeza" y "reserva", he preferido hablar de discrecionalidad, término que significa "libre" o "no reglado". Esta traducción es la utilizada por Francisco Laporta, "Ética y derecho", en Victoria Camps (edit.), *Historia de la ética* (Crítica, Madrid, 1989), Tomo 3, p. 250.

## Las primeras críticas de Dworkin

La reformulación hartiana del positivismo suscitó desde un comienzo un amplio debate, en el que fueron tan numerosos los defensores como los críticos. Dworkin se ubicó rápidamente entre estos últimos y en 1963 participó en un simposio convocado alrededor del tema de la discrecionalidad judicial<sup>50</sup>. En esa ocasión, Dworkin estableció los primeros rasgos de la crítica que desarrollaría en la segunda mitad de la década de los sesenta. Contra Hart, sostiene que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales. Las partes en un proceso tienen derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente; este derecho opera tanto en los casos fáciles como en los difíciles y, por lo tanto, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas jurídicas<sup>51</sup>.

Durante casi quince años (1963-1977), Dworkin publicó una serie de artículos en los que desarrolló estas ideas y extendió su crítica a los demás pilares de la teoría de Hart. Estos artículos —junto con otros sobre temas de filosofía política y moral— fueron compilados en el libro *Taking Rights Seriously*, publicado en 1977. Tres de estos ensayos constituyen lo que se podría llamar la "primera crítica" de Dworkin a Hart.

En el primero de ellos, *The Model of Rules*<sup>52</sup>, Dworkin se propuso minar los tres cimientos del positivis-

50 Ronald Dworkin, "Judicial Discretion", en: *The Journal of Philosophy*, 60 (1963), pp. 624-638.

51 Los tipos de caso difícil y el poder discrecional del juez serán analizados en detalle en el tercer capítulo de este trabajo. En el presente capítulo serán expuestos sólo el desarrollo y la cronología de la disputa Hart-Dworkin sobre estos temas.

52 Ronald Dworkin, "The Model of Rules", en: *University of Chicago Law Review*, 35 (1967), reproducido en: *Taking Rights Seriously*, op. cit., capítulo 2: "The Model of Rules I". Entre el artículo de 1963 y este ensayo existe un paso intermedio, la publicación de "Does law have a function?", en: *Yale Law Journal*, 74 (1965).

mo, que señaló de la siguiente manera: 1) el derecho es un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento; 2) ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso; y 3) los derechos y las obligaciones pueden derivarse sólo de reglas jurídicas cuya validez pueda ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento; por lo tanto, en los casos difíciles en los que no existe una regla semejante no es posible afirmar que alguna de las partes tiene un derecho a que el caso sea decidido a su favor<sup>53</sup>.

Dworkin dirige sus críticas en primer lugar al pilar central: la concepción del derecho como reglas reconocibles por su origen o linaje, esto es, por su conformidad con normas ubicadas en niveles jerárquicos superiores del ordenamiento jurídico. Para Dworkin, no todas las normas jurídicas son reglas precisas como las que consagran tipos penales o requisitos procesales; en la legislación y en la práctica jurídica existen, igualmente, "principios" como el que establece que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, que tienen una estructura y un funcionamiento diferente al de las reglas y que son aplicados a diario por los jueces en los casos fáciles y, especialmente, en los difíciles. Los principios, además, no pueden ser identificados mediante una regla social de reconocimiento como la de Hart<sup>54</sup>.

Ahora bien, aunque los principios funcionan de manera diferente a las reglas —v.gr. dictan resultados menos precisos que éstas—, son igualmente obligatorios, en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o intérprete en los casos en que son

53 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 17.

54 *Ibid.*, pp. 39-45. Las reglas, los principios y la regla de reconocimiento son los tópicos del segundo capítulo de este ensayo, razón por la cual en este punto serán apenas enunciados.

pertinentes<sup>55</sup>. Por esta razón, según Dworkin, el segundo pilar positivista es falso: los jueces, en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico<sup>56</sup>. Finalmente, también la tercera tesis del positivismo queda sin sustento: aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón<sup>57</sup>.

En un segundo artículo, *Social Rules and Legal Theory*<sup>58</sup>, Dworkin concentra su ataque en lo que considera el fundamento último de las tres tesis positivistas en su versión hartiana: la "teoría de la regla social". Sostiene que en el modelo de Hart las reglas sociales están "constituidas" por una conducta uniforme de las personas que conforman el grupo social —aspecto externo—, unida a la utilización de dichas reglas como fuente de críticas y exigencias —aspecto interno—<sup>59</sup>. Pero estas dos características no explican satisfactoriamente la existencia de reglas sociales como las morales, porque éstas son reivindicadas independientemente de la frecuencia con la que son observadas<sup>60</sup>. Un miembro honesto de un grupo social donde abundan los ladrones, por ejemplo, puede afirmar con sentido que robar es reprochable. Esto muestra, para Dworkin, los errores del sustento sociológico que Hart pretende dar a las reglas sociales —entre ellas las jurídicas—, particularmente a la regla de reconocimiento, y la necesidad de ampliar el concepto de derecho para incluir en él principios

55 *Ibid.*, p. 26.

56 *Ibid.*, pp. 31-39.

57 *Ibid.*, pp. 44-45.

58 Ronald Dworkin, "Social Rules and Legal Theory", en: *Yale Law Journal*, 81 (1972). Reimpreso en *Taking Rights Seriously*, capítulo 3: "The Model of Rules II".

59 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 50.

60 *Ibid.*, p. 52.

"justificativos" de las prácticas jurídicas<sup>61</sup>. Con esta ampliación, Dworkin propone el abandono de la separación conceptual tajante entre derecho y moral defendida por los positivistas.

En *Hard Cases*<sup>62</sup>, último de los artículos de la primera crítica, Dworkin hace el primer planteamiento sistemático de su teoría jurídica. El énfasis en este escrito se traslada del análisis y destrucción del positivismo de Hart —tarea que Dworkin cree haber acometido con éxito en los dos trabajos anteriores— a la construcción y puesta en práctica de su "teoría de los derechos". Contra la tesis de la discrecionalidad judicial, Dworkin construye un método de decisión personificado por un juez con capacidades extraordinarias, Hércules, y destinado a encontrar en cada caso difícil los principios que expliquen de la mejor manera posible las reglas vigentes y que provean la mejor justificación moral para la decisión del caso<sup>63</sup>. Dworkin confía en que los jueces corrientes, siguiendo el método de Hércules, pueden proferir sentencias correctas en los casos difíciles y mantenerse siempre en el dominio de la aplicación del derecho, sin pasar al discutido campo de la creación de normas jurídicas.

### **La respuesta de Hart frente a la primera crítica**

La reacción de Hart frente a las críticas de Dworkin no consistió en un esfuerzo sistemático de contra-argumentación, sino en una serie de observaciones contenidas en dos conferencias dictadas entre 1976 y 1977. En la primera de ellas, *1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy*<sup>64</sup>, Hart señala algunas difi-

61 *Ibid.*, p. 57.

62 Ronald Dworkin, "Hard Cases", en: *Harvard Law Review*, 88 (1975), reimpreso como capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*.

63 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 105-130. Este tesis, fundamental en el pensamiento de Dworkin, será desarrollada en los dos siguientes capítulos de este trabajo.

64 H.L.A. Hart, "1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 145-158.

cultades de las tesis dworkinianas, particularmente la ampliación del concepto de derecho para incluir principios justificativos y la afirmación de la existencia de una respuesta correcta en los casos difíciles. En cuanto a lo primero, Hart cuestiona el que una teoría jurídica que une la descripción y la justificación sea más iluminadora que otra que, como la suya, intenta describir la estructura del derecho sin justificarla ni criticarla. En cuanto a lo segundo, Hart hace una crítica que ha perseguido a los trabajos de Dworkin desde un comienzo: aun siguiendo un método jurídico estricto como el de Hércules, en los casos difíciles pueden sobrevivir dos o más interpretaciones basadas en principios encontrados, entre las cuales el juez irremediablemente tendrá que escoger. En esta última instancia excepcional —“intersticial”, en palabras de Hart—, el juez tiene un poder discrecional. La única forma de defender la posición contraria sería afirmar que en cada caso difícil existe un único conjunto de principios aplicables que sirven de base para la respuesta adecuada, lo cual parece contrario a la práctica jurídica. Al suscribir esta tesis, Dworkin está negando la complejidad —e incluso la contradicción— presente en los sistemas jurídicos de las sociedades contemporáneas.

En la segunda conferencia, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*<sup>65</sup>, Hart clasifica a los teóricos norteamericanos en dos bandos: los que ven el derecho como una pesadilla, es decir, como el conjunto de reglas caprichosamente impuestas en cada caso por el juez de turno; y los que conciben el derecho como un noble sueño, es decir, como el conjunto de principios coherentes que proporcionan una respuesta para todos los casos. Los teóricos de la pesadilla son los realistas radicales, como Holmes o Lle-

---

65 H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 123-144.

wellyn<sup>66</sup>, para quienes las reglas jurídicas son una simple predicción de lo que dirán los jueces. Los nobles soñadores vienen de una tradición impulsada por Roscoe Pound y tienen en Dworkin —el “más noble soñador de todos”<sup>67</sup>— su exponente más destacado.

¿En qué consiste, para Hart, el sueño de Dworkin? En la confianza en que un examen detenido de los hechos, las reglas y los principios relevantes en un caso difícil arroja una única respuesta correcta. No es posible demostrar cómo el juez debe inclinarse por una interpretación entre varias igualmente razonables, de la misma forma como se puede demostrar, por ejemplo, que una persona es más alta que otra<sup>68</sup>. Ante la falta de un criterio externo para probar las interpretaciones alternativas, no es factible eliminar ese espacio de discrecionalidad judicial.

### **La “segunda crítica” de Dworkin y la construcción de la teoría del derecho como integridad**

Tras la publicación de *Taking Rights Seriously*, Dworkin se concentró en continuar su labor constructiva, haciendo alusión a la teoría de Hart sólo en cuanto sirviera como contrapunto a la suya<sup>69</sup>. Lo que puede ser llamado la “segunda crítica” a Hart consistió primordialmente en la formulación de la teoría del derecho como integridad, que Dworkin llevó a cabo en dos etapas: en la primera, representada por una serie de artículos escritos entre 1978 y 1985 y recopilados

---

66 Hart, sin embargo, sostiene que los realistas no creían en la versión extrema que aparece en algunas de sus afirmaciones, sino en alguna más moderada que exageraron con el fin de atacar las tesis de los formalistas. *Ibid.*, p. 128.

67 *Ibid.*, p. 137.

68 *Ibid.*, p. 140.

69 Dworkin respondió brevemente a las observaciones hechas por Hart en las dos conferencias mencionadas en un apéndice que fue incluido en *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 292-293.

en *A Matter of Principle*<sup>70</sup>, estableció las líneas centrales que después serían expuestas sistemáticamente en la segunda fase, representada por *Law's Empire*<sup>71</sup>, obra que constituyó la primera exposición completa del pensamiento jurídico dworkiniano.

En dos de los ensayos contenidos en *A Matter of Principle*, Dworkin sentó las bases de la teoría del derecho como integridad<sup>72</sup>. En *How Law is Like Literature*<sup>73</sup>, cuya traducción se incluye en el presente volumen, estableció la relación entre la creación literaria y la adjudicación o aplicación judicial del derecho, relación que ocupa un lugar central en su teoría. En *No Right Answer?*<sup>74</sup>, enfrenta el aspecto más controvertido de su pensamiento —la tesis de la existencia de una respuesta correcta en el derecho— y refuta las críticas de los escépticos apelando a la práctica jurídica, en donde se evidencia, según Dworkin, que jueces y abogados generalmente están convencidos de la existencia de una única solución adecuada al caso examinado y que los “empates” entre principios son mucho más raros que lo que piensan los positivistas.

En *Law's Empire*, Dworkin construye su teoría en diálogo no sólo con la de Hart, sino con numerosas corrientes de pensamiento que contradicen la idea del derecho como integridad, particularmente el con-

---

70. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

71. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Trad. castellana de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988. Las referencias y la numeración de las páginas utilizadas en este trabajo corresponden a la edición original en inglés.

72. Tanto estas bases como las implicaciones de la teoría del derecho como integridad serán examinadas en los capítulos II y III de este trabajo, razón por la cual en este punto serán sólo mencionadas.

73. Ronald Dworkin, “How Law is Like Literature”, en: *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 146-165.

74. Ronald Dworkin, “No Right Answer?”, en: *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 119-145.

vencionalismo<sup>75</sup> y el pragmatismo<sup>76</sup>. La teoría desarrollada por Dworkin en esta obra tiene dos características fundamentales: es "particular", en tanto tiene como objeto de reflexión las prácticas jurídicas vigentes en los Estados Unidos e Inglaterra, y es "descriptiva-justificativa", en cuanto parte del supuesto de que las preguntas sobre qué es el derecho —descripción— y qué debe ser el derecho —justificación y crítica— están entrelazadas tanto en la práctica como en la teoría jurídicas<sup>77</sup>.

Desde esta perspectiva, Dworkin concibe la adjudicación como una tarea gobernada por una virtud presente en las culturas jurídicas y morales de las que se ocupa. Esa virtud es la integridad, entendida como el compromiso de las autoridades públicas —incluyendo a los jueces— de tratar a los particulares de manera consistente con los principios de moralidad política plasmados en las instituciones de la comunidad. Esta concepción de la adjudicación y del derecho proveen, para Dworkin, tanto la descripción más adecuada del funcionamiento del derecho como la justificación moral más plausible de las prácticas jurídicas anglosajonas<sup>78</sup>.

---

75 La tesis central del convencionalismo es que el derecho consiste sólo en las reglas establecidas claramente por el legislador en el pasado, reglas que deben ser interpretadas de acuerdo con la intención del legislador y no pueden ser adaptadas por el juez a los casos nuevos. Por esta razón, cuando no existe una regla clara, no se puede afirmar que el juez decide el caso "en derecho". Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., capítulo 4.

76 Los defensores del pragmatismo jurídico afirman que los jueces en sus decisiones no deben atender tanto a las reglas vigentes y a los precedentes judiciales, sino a las consecuencias sociales de sus decisiones. De acuerdo con la visión pragmática de la adjudicación, el juez debe moldear la interpretación de las reglas para alcanzar el resultado social más conveniente. *Ibid.*, capítulo 5.

77 *Ibid.*, pp. 1-44.

78 *Ibid.*, pp. 176-224. La teoría del derecho como integridad será expuesta en los dos capítulos siguientes de este estudio.

## La defensa sistemática de Hart: el *Postscriptum*

La defensa del positivismo frente a las críticas de Dworkin fue llevada a cabo hasta la década de los noventa principalmente por autores cercanos a Hart, o por autores que, no obstante ser opositores de éste, discrepaban en mayor medida de las propuestas de Dworkin<sup>79</sup>. Hart tuvo durante varios años el proyecto de plantear una respuesta comprensiva a las críticas de Dworkin y afinar su propia teoría para sortear las dificultades planteadas por el teórico norteamericano. Con ese fin, trabajó en un *Postscriptum* a *El concepto de derecho*, que aún no estaba terminado en el momento de su muerte. Sin embargo, la sección del *Postscriptum* dedicada a Dworkin se encontraba casi concluida y fue editada y publicada en 1994<sup>80</sup>.

En el *Postscriptum*, cuya versión castellana se pu-

---

79 Entre los defensores más cercanos a Hart se destaca Joseph Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", en: *Yale Law Journal*, 81 (1972); "Authority, Law and Morality", en: *The Monist*, 63 (1985); y "Dworkin: A New Link in the Chain", en: *California Law Review*, 74 (1986). Kent Greenawalt, por su parte, rebatió la distinción entre principios y políticas en "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", en: *Columbia Law Review*, 75 (1975). Las tesis de Dworkin fueron parcialmente defendidas, entre muchos otros, por Rolf Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", en: *American Philosophical Quarterly*, 8 (1971); y Edgar Bodenheimer, "Hart, Dworkin and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", en: *Georgia Law Review*, 11 (1977). La compilación más importante de ensayos sobre el debate Hart-Dworkin es la de Marshall Cohen (edit.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1982. Entre estos trabajos son especialmente esclarecedores los de Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", pp. 3-27; Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism", pp. 28-47; Kent Greenawalt, "Policy, Rights and Judicial Decision", pp. 88-118; y Neil McCormick, "Dworkin as a Pre-Benthamite", pp. 182-204. Una compilación posterior centrada en la obra de Hart fue hecha por R. Gavison, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

80 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, *op. cit.*, pp. 238-276.

blica en este volumen, Hart elabora tres tipos de defensa: en primer lugar, ofrece razones para demostrar que varias de las tesis que Dworkin le atribuye —por ejemplo, la idea según la cual la aceptación unánime de la regla de reconocimiento es un requisito de existencia de ésta— no se desprenden de su obra y, por el contrario, están explícitamente excluidas en ella<sup>81</sup>. En este punto, la defensa de Hart consiste, en otras palabras, en afirmar que Dworkin interpretó erróneamente su teoría. En segundo lugar, Hart argumenta en favor de algunas de sus tesis —v.gr. la separación entre descripción y justificación en el derecho, y la existencia de la discrecionalidad judicial— e intenta mostrar que no sucumben ante las propuestas dworkinianas<sup>82</sup>. La defensa aquí no radica en señalar errores en la lectura sino en mostrar que, aunque la interpretación es correcta, las tesis positivistas son más consistentes que las propuestas de Dworkin. Por último, Hart acepta algunas inconsistencias y vacíos en su teoría —v.gr. la escasa atención a los principios— y sugiere adaptaciones para solucionarlos<sup>83</sup>. Este último tipo de defensa consiste, entonces, en refinar las formulaciones de la teoría inicial.

Estos tres tipos de argumento se combinan a lo largo del *Postscriptum* y se aplican al tratamiento de seis temas: la naturaleza de la teoría jurídica, la naturaleza del positivismo jurídico, la naturaleza de las reglas, los principios y la regla de reconocimiento, el derecho y la moral, y la discrecionalidad judicial. El punto central de la defensa de Hart es la reivindicación de la posibilidad de elaborar una teoría “descriptiva” del derecho que, no obstante tener este carácter, dé cuenta de la existencia de juicios valorativos en el derecho<sup>84</sup>. El hecho de que la “práctica” de jueces,

---

81 *Ibid.*, p. 246.

82 *Ibid.*, pp. 242 y 274.

83 *Ibid.*, p. 259.

84 *Ibid.*, pp. 242-243.

abogados, funcionarios y ciudadanos muestre que las reglas tienen una dimensión crítica o justificativa —en cuanto aquellos apelan a las reglas para criticar conductas o hacer exigencias— no impide la formulación de una “teoría” descriptiva, que no sea ella misma crítica o justificativa. Hart sostiene que su propia teoría es un “positivismo suave”<sup>85</sup>, porque al describir el funcionamiento del derecho reconoce la existencia de valores en la regla de reconocimiento —v.gr. los valores consagrados en la Constitución—, sin que por ello pase a ser una teoría valorativa al estilo dworkiniano.

Con la muerte de Hart y la publicación del *Postscriptum* se cerró la historia de este debate directo. Sin embargo, Dworkin ha continuado la aplicación de su teoría a problemas de derecho constitucional y de filosofía moral<sup>86</sup>, al tiempo que continúa el debate entre estudiosos de las tesis de los dos autores. Esta discusión, sin embargo, presupone una respuesta a una pregunta esencial, que será tratada a continuación: ¿hasta qué punto son comparables las teorías de Hart y Dworkin?

### ¿Están Hart y Dworkin realmente en desacuerdo?

Aunque parezca paradójico plantear la pregunta sobre la existencia del debate en un estudio dedicado a analizarlo, esta pregunta exige ser abordada porque varios autores han afirmado que de hecho no hay desacuerdo entre Hart y Dworkin. Los argumentos que esgrimen estos teóricos son de dos tipos: por un lado, algunos positivistas, particularmente Joseph Raz<sup>87</sup>, respondieron las críticas de Dworkin afirman-

85 *Ibid.*, p. 250.

86 Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 y “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, en: *Philosophy & Public Affairs*, 25 (1996).

87 Joseph Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, en: *op. cit.*, p. 624.

do que éstas podían ser satisfechas con una adaptación marginal de la teoría de Hart y que, por tanto, no había un enfrentamiento sustancial entre los dos. Para estos teóricos esto es lo que sucede con la reivindicación de los principios como normas jurídicas diferentes a las reglas. La teoría de Hart nunca negó la existencia de principios, aunque no los haya tratado detenidamente y, por lo tanto, cuando Hart habla de las reglas puede entenderse, sin detrimento para el cuerpo general de su teoría, que se refiere también a los principios.

Es posible negar la existencia del desacuerdo aduciendo el argumento opuesto al de Raz, es decir, afirmando que Hart y Dworkin no disienten porque están hablando de asuntos totalmente distintos, de la misma forma en que no es posible que disientan dos personas cuando una habla de botánica y la otra de inteligencia artificial. Mientras que Hart intenta una teoría descriptiva y general, Dworkin formula una teoría descriptiva-justificativa y particular<sup>88</sup>. De esta forma, las propuestas de los dos autores serían líneas paralelas que, por definición, nunca se cruzan. Por el contrario, pueden complementarse mutuamente; Dworkin, por ejemplo, podría ofrecer una justificación de las prácticas que Hart describe, y viceversa.

Estas dos posiciones tienen la virtud de detectar las diferencias entre las teorías de Hart y Dworkin, aunque lo hacen pasando por alto los aspectos comunes. Sin duda, no es posible comparar punto por punto las dos propuestas teóricas, porque algunos problemas son tratados sólo por una de ellas. Así por ejemplo, la perspectiva descriptiva y general de Hart le da especial relevancia al tema de las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico, tema que no se encuentra en las tesis de Dworkin. En contras-

---

<sup>88</sup> El mismo Hart señala estas diferencias entre su teoría y la de Dworkin en el *Postscriptum*. Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, *op. cit.*, p. 241.

te con lo anterior, la preocupación de Dworkin por justificar las prácticas jurídicas de los Estados Unidos e Inglaterra queda plasmada en un detenido análisis de las virtudes morales y políticas de esos países, análisis inexistente en la obra de Hart.

Sin embargo, es también evidente que existen puntos de contacto entre las dos teorías. Esto se explica por el hecho de que las tesis de Dworkin no son sólo justificativas, sino también descriptivas: pretenden por igual explicar el funcionamiento y formular justificaciones morales de las prácticas jurídicas. Es por esto por lo que las primeras críticas de Dworkin se dirigieron contra los pilares descriptivos del positivismo —reglas jurídicas, discrecionalidad judicial, regla de reconocimiento—, con el argumento de que no explicaban satisfactoriamente la estructura del derecho vigente. Además, si bien el objeto de reflexión de Dworkin es el derecho norteamericano —y, en un segundo plano, el derecho inglés—, los elementos y las conclusiones de su teoría pueden ser extendidos en buena medida a otros ordenamientos jurídicos, especialmente a aquellos que cuentan con un sistema de control constitucional fuerte como el de los Estados Unidos.

Las teorías de Hart y Dworkin se encuentran en dos puntos principales. En primer lugar, los dos autores ofrecen soluciones distintas al problema relativo a los tipos de normas jurídicas y la existencia de una regla de reconocimiento. En segundo lugar, defienden posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial. Estos problemas, que han sido sólo señalados en el recuento del debate, serán analizados en detalle en los dos capítulos siguientes.

### La omisión de Hart y la Crítica de Dworkin: ¿son distintos los principios y las reglas?

A lo largo de *El concepto de derecho*, Hart llama "reglas jurídicas" a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento<sup>89</sup>. Como se vio anteriormente, las reglas pueden ser primarias o secundarias, según impongan deberes u otorguen facultades de creación, extinción, modificación o fijación de efectos de las reglas primarias, respectivamente. Esta clasificación, sin embargo, no permite distinguir dos tipos de normas que los jueces y abogados utilizan de manera diferente en la práctica jurídica. Consideremos las siguientes normas: "está prohibido fumar en los salones de clase" y "el Estado garantiza las libertades de información y prensa". Aunque la primera parece dictar resultados mucho más precisos que la segunda, esta diferencia no puede ser explicada por la división entre reglas primarias y secundarias, dado que ambas son reglas primarias, en tanto establecen deberes y derechos correlativos.

Dworkin sostiene que las normas como la que prohíbe fumar en los salones son reglas y que las normas semejantes a la que consagra la libertad de prensa son principios. ¿En qué consiste la diferencia? Una respuesta rápida mostraría que las reglas están redactadas en términos más concisos que los principios. La regla contra el tabaquismo en la universidad contiene expresiones como "fumar" y "salones de clase" que determinan con precisión las condiciones de su aplicación, mientras que el principio constitucional citado utiliza expresiones de textura abierta como "libertad de prensa" y no ofrece elementos concretos de modo y lugar para su aplicación. Si

---

89 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 129. Hart utiliza la noción de regla jurídica desde los primeros pasajes del libro véase, por ejemplo, pp. 10-13.

bien este contraste "lingüístico" es un primer paso hacia la distinción entre reglas y principios, la diferencia se encuentra, de acuerdo con Dworkin, en un nivel "lógico"<sup>90</sup>, que tiene dos aspectos:

1. Las reglas operan dentro de un esquema de "todo o nada": si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida y, por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto; o bien es inválida y, por ende, no tiene ninguna incidencia en el caso<sup>91</sup>. Si alguien fuma en el salón y la prohibición de fumar está vigente, no se requiere ningún elemento adicional para impedirle al infractor que continúe con su conducta. El nexo entre hechos y conclusión jurídica a través de una regla es automático. Además, la lógica de todo o nada hace imposible que coexistan dos reglas contrarias en el mismo sistema jurídico. Si el legislador establece una nueva regla según la cual "está permitido fumar en los salones de clase", la regla anterior que prohibía esta conducta se entiende derogada y la nueva surte efecto.

Ahora bien, es posible que la prohibición de fumar en los salones coexista con una regla distinta, por ejemplo, con una que establece que está permitido fumar en los salones de clase durante los exámenes finales. A primera vista, esta posibilidad desvirtúa la afirmación de que dos reglas con contenidos contrarios no pueden estar vigentes al mismo tiempo en un mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, las dos reglas mencionadas no son contrarias, porque una —la atinente a los exámenes finales— es una "excepción" a la prohibición general —de fumar en las aulas—. La regla completa podría ser redactada de la siguiente manera: "está prohibido fumar en los salones de clase, salvo durante los exámenes finales". De esta forma, se mantiene la característica anotada: las reglas se aplican o no se aplican; si una regla inter-

90 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 24.

91 *Ibid.*, *ib.*

fiere en el campo de aplicación de otra, o bien la reemplaza, o bien establece una excepción a ella<sup>92</sup>.

Los principios, en cambio, no siguen una lógica de todo o nada. El principio según el cual el Estado garantiza las libertades de información y prensa no determina automáticamente que siempre que se dé una situación en la que él esté en juego, el resultado debe ser su protección. En algunos casos constitucionales comunes a la jurisprudencia de tribunales de diferentes países, por ejemplo, el principio de libertad de prensa ha entrado en colisión con otros principios, como el derecho a la intimidad. Cuando el derecho de los medios de comunicación de informar a la sociedad acerca de la vida privada de un personaje público entra en conflicto con el derecho de éste y de su familia a la intimidad, el juez puede impedir el ejercicio de la libertad de prensa<sup>93</sup>. La inaplicación del principio de libertad de prensa en estas circunstancias, sin embargo, "no" implica que desaparezca del sistema jurídico, como sucede con las reglas que son derogadas por otras de contenido contrario; el principio conserva su vigencia y puede prevalecer en otros casos. Tampoco significa que el principio que consagra el derecho a la intimidad sea una excepción al que prevé la libertad de prensa; es posible que posteriormente, en un caso diferente, la libertad de prensa prevalezca sobre la intimidad<sup>94</sup>. A diferencia de las

---

92 *Ibid.*, pp. 24-25.

93 Así lo determinó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-611/92. M.P. José Gregorio Hernández (la acción de tutela procede para proteger los derechos a la intimidad y al buen nombre de la esposa y las hijas de un personaje de la farándula, que habían sido vulnerados por versiones sobre la vida familiar publicadas por medios de comunicación escritos). *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo 7 (noviembre-diciembre de 1992), pp. 615-643.

94 Véase, por ejemplo, la sentencia U-056/95, M.P. Antonio Barrera (la libertad de prensa prevalece sobre el derecho a la intimidad cuando aquélla se ejerce bajo la forma de la creación literaria y utiliza datos conocidos previamente por el público). *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo 2 (febrero de 1995), pp. 754-775. En

reglas, entonces, los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, en una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados. Es por esto por lo que se puede decir que las reglas son conclusivas y los principios son no-conclusivos. Además, la comparación entre principios no se resuelve a través de la supervivencia de uno de ellos y la supresión del otro; los dos principios sobreviven, aunque sólo uno prevalezca en el caso concreto<sup>95</sup>.

2. La alusión a la comparación de principios introduce la segunda distinción sustancial entre éstos y las reglas. La aplicación de los principios hace necesario pesar o ponderar<sup>96</sup> su valor relativo en unas circunstancias determinadas. El derecho a la intimidad, por ejemplo, prevalece sobre la libertad de prensa si, teniendo en cuenta todos los hechos y los datos jurídicos relevantes, su peso relativo es mayor que el de ésta en el caso considerado.

Las reglas carecen de esta dimensión. Cuando dos reglas entran en conflicto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, no tiene sentido preguntarse cuál de las dos tiene mayor importancia en el caso. Las únicas preguntas que tienen sentido en este contexto son: ¿deroga una regla a la otra? y ¿es una regla una excepción a la otra? La respuesta afirmativa a una de las dos preguntas resuelve satisfactoriamente el problema.

---

un sentido similar, véase la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lingens vs. Austria*, del 8 de julio de 1986 (vulneración de la libertad de prensa por la imposición de una multa a un periodista que publicó un artículo en el que ponía en tela de juicio la probidad de un alto funcionario público). Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 1994, pp. 349-351.

<sup>95</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>96</sup> Dworkin se refiere al "pesaje" de principios. *Ibid.*, p. 26. Robert Alexy ha desarrollado esta dimensión de los principios, a través de su teoría de la ponderación. Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 81-115.

Las dos distinciones explicadas —de un lado, el carácter conclusivo de las reglas y el no-conclusivo de los principios y, del otro, la dimensión de peso propia de los principios— constituyen la médula de la división de las normas jurídicas propuesta por Dworkin. Sin embargo, es necesario señalar dos matices sin los cuales la oposición entre reglas y principios resultaría excesiva. En primer lugar, no siempre es claro si una norma es un principio o una regla. Así por ejemplo, en una sociedad comprometida con la protección de la libertad de prensa sobre cualquier otro valor, la norma que consagra dicha libertad funcionará como una "regla", no como un principio. "El Estado garantiza las libertades de información y prensa" es una regla si determina automáticamente la prioridad de estas libertades sobre cualquier derecho o deber vigente en el ordenamiento jurídico. La supremacía de la libertad de prensa en esta sociedad eliminaría la instancia de ponderación y determinaría directamente un resultado favorable a esa libertad en todos los casos. De hecho, una de las propuestas de los movimientos defensores de los derechos humanos consiste justamente en que las normas que consagran derechos sean aplicadas de esta forma, es decir, como reglas. Estas observaciones han hecho que algunos teóricos sostengan que la diferencia entre principios y reglas no es lingüística ni lógica, sino predominantemente "funcional": depende del papel que las normas jueguen en cada caso concreto<sup>97</sup>.

En segundo lugar, es posible que se presenten no sólo conflictos regla-regla y principio-principio, sino también conflictos regla-principio. El principio de libertad de prensa, por ejemplo, puede colisionar con una regla que establece que los medios de comunicación no pueden en ningún caso publicar información sobre un proceso judicial en curso<sup>98</sup>. ¿Cómo se resuelve este

---

97 El mismo Dworkin señala la distinción funcional entre principios y reglas: véase *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 27.

98 Un conflicto de este tipo fue decidido por la Corte Europea de

tipo de conflicto?, ¿prevalece siempre la regla por ser más específica, o el principio por tener mayor peso relativo? Ninguna de estas soluciones es acertada. En realidad, como lo afirma Dworkin<sup>99</sup>, los conflictos regla-principio son resueltos mediante el esquema de las colisiones entre principios. Para ello, la ponderación se hace no entre la regla y el principio, sino entre éste y el principio que subyace a la regla. En nuestro ejemplo, la prohibición de publicar información sobre un proceso en curso busca proteger el principio del debido proceso —específicamente, el principio de imparcialidad del juez—, que puede ser afectado por la presión de la opinión pública cuando el caso aparece en los medios de comunicación. La decisión del conflicto requiere, entonces, una ponderación entre el principio de libertad de prensa y el principio del debido proceso.

La distinción propuesta por Dworkin es aceptada por Hart, quien reconoce en el *Postscriptum* que su teoría carece de un tratamiento detallado de los principios<sup>100</sup>. Sin embargo, para Hart, la distinción no es sustancial, sino de grado<sup>101</sup>. Los choques entre reglas y principios demuestran que las reglas también pueden ser no-conclusivas en circunstancias excepcionales. Las reglas y los principios guardan diferencias importantes, pero entre ellos no existe una separación tajante.

---

Derechos Humanos en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., pp. 342-346.

<sup>99</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 24-28.

<sup>100</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, op. cit., pp. 259-261. Sin embargo, es necesario advertir que en *El concepto de derecho* Hart nunca niega que entre reglas como las enunciadas exista una diferencia importante. De hecho, él mismo contrasta las reglas determinadas del derecho penal con otras más abiertas como las del derecho civil, que utiliza parámetros como el "debido cuidado". H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 165-166. Además, habla del "compromiso razonable entre intereses en conflicto" en los casos difíciles, lo que equivale a lo que en la teoría de Dworkin es la ponderación o "pesaje" de principios competitivos. *Ibid.*, p. 164.

<sup>101</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, op. cit., p. 261.

previstos en la Constitución o en normas de inferior jerarquía. Pero la consagración positiva de los principios no es un requisito para su aplicación. Así por ejemplo, aunque el principio según el cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo no esté consagrado en el derecho positivo, ningún juez dudaría en aplicarlo si en un caso concreto encuentra que una de las partes intenta obtener ganancia de una maniobra fraudulenta. Además, los principios son de índole muy variada e incluso pueden ser contrarios unos a otros. Por último, es posible enunciar principios nuevos, como sucedió en Colombia en la década de los treinta con los principios del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa. Estos tres rasgos —falta de positivación, variedad e innovación— hacen imposible que los principios sean identificados a través de un criterio simple y, por tanto, que exista una regla de reconocimiento que comprenda tanto los principios como las reglas.

Dworkin ofrece dos argumentos adicionales contra la idea de la regla de reconocimiento. En primer lugar, en el ámbito de los principios no existe una separación tajante entre validez y aceptación, como lo muestran los principios que sin estar consagrados en el derecho positivo son aplicados en las decisiones judiciales. La validez de estos principios radica justamente en su aceptación en la práctica jurídica<sup>103</sup>. En segundo lugar, no existe entre los jueces, abogados, funcionarios y ciudadanos un consenso sobre una regla de reconocimiento simple y valorativamente neutra como la enunciada por Hart. Por el contrario, el contenido de la regla de reconocimiento —y de las reglas sociales en general— es permanentemente discutido y divide las opiniones de acuerdo con diferentes posibilidades de interpretación<sup>104</sup>. Esto sucede, por ejemplo, con la regla: "lo que diga la Constitución es derecho". Lo que evidencia la práctica no es que

---

103 *Ibid.*, pp. 41-42.

104 *Ibid.*, pp. 54-55.

los agentes jurídicos tiendan a aceptar uniformemente una sola interpretación de lo que la Constitución ordena, sino a permanecer en desacuerdo. Las divergencias en la interpretación de la regla de reconocimiento, además, no están restringidas a cuestiones de linaje o validez, sino que tienen que ver con frecuencia con cuestiones valorativas, como la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro en un caso concreto. La regla de reconocimiento de Hart, para Dworkin, no incluye valores y, por tanto, no explica adecuadamente la existencia de desacuerdos valorativos en el derecho<sup>105</sup>.

### *El "positivismo suave" de Hart*

Algunas críticas de Dworkin a la regla de reconocimiento atribuyen a Hart tesis que éste había evitado en sus escritos. Como Hart lo señala en el *Postscriptum*<sup>106</sup>, esto es evidente en el caso de la última crítica reseñada, relativa al desacuerdo sobre la regla de reconocimiento y a la inclusión de valores en ésta. Hart rechaza la crítica mostrando que su positivismo es suave<sup>107</sup>, es decir, contrario a la tesis positivista fuerte según la cual existe una regla de reconocimiento exenta de contenidos valorativos e indiscutida en el seno de la comunidad jurídica. En *El concepto de derecho*<sup>108</sup>, Hart habla de la "incertidumbre de la regla de reconocimiento" precisamente para referirse a aquellos casos en los que abogados, jueces, funcionarios y ciudadanos discuten sobre el contenido de dicha regla. Esto no implica, sin embargo, que la regla de reconocimiento no exista. Así, la regla que es-

---

105 En esta crítica se encuentra el núcleo de la distinción dworkiniana entre desacuerdos empíricos y desacuerdos teóricos en el derecho, que será expuesta en una sección posterior de este capítulo.

106 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, *op. cit.*, pp. 250-254.

107 *Ibid.*, p. 230.

108 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 183-191.

establece que "lo que la Constitución dice es derecho" puede servir de fundamento de un sistema jurídico aunque existan casos difíciles en los que la comunidad se divide sobre lo que efectivamente dice la Constitución —por ejemplo, sobre si ésta establece la primacía de la libertad de prensa sobre la intimidad en un caso particular—. Para que exista una regla de reconocimiento en un sistema jurídico se requiere que haya un acuerdo general en la comunidad acerca de su contenido, pero dicho acuerdo no excluye las discrepancias en situaciones excepcionales.

Por otra parte, Hart admite la existencia de reglas de reconocimiento que incluyen valores. La regla: "lo que la Constitución dice es derecho" es aceptada por Hart como la regla última de los ordenamientos que cuentan con una Constitución escrita<sup>109</sup>; es claro que la Constitución tiene cláusulas de contenido valorativo y, por tanto, que los valores pueden hacer parte de la regla de reconocimiento. Finalmente, tampoco la objeción basada en la existencia de principios nuevos, para Hart, constituye una amenaza seria para la teoría de la regla de reconocimiento. Generalmente, los principios se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo o en pronunciamientos judiciales, o son obtenidos por inferencia a partir de reglas positivas<sup>110</sup>. En todos estos casos, los princi-

109 *Ibid.*, p. 133.

110 Un principio se infiere de un conjunto de reglas si éstas pueden ser vistas como casos particulares de dicho principio. Así por ejemplo, el principio según el cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo se puede inferir —esto es, presentar como la base común— de dos reglas: por un lado, de la regla del derecho de sucesiones que prohíbe a los parientes heredar la fortuna de su padre y, por otro, de la regla del derecho de los contratos que le permite al comprador pedir la nulidad de la venta si el vendedor ocultó los vicios de la cosa objeto del contrato. Es posible encontrar reglas que obedecen al mismo principio en prácticamente todas las ramas del derecho, de tal forma que aún si el principio no está consagrado expresamente como tal, puede ser inferido de las reglas del ordenamiento jurídico y, por tanto, hace parte de éste.

pios surgen de fuentes del derecho comprendidas por la regla de reconocimiento y, por ende, pueden ser identificados por su origen o linaje<sup>111</sup>.

Ahora bien, la defensa de Hart de la regla de reconocimiento va más allá de la refutación de las críticas de Dworkin. En efecto, Hart sostiene que la distinción entre principios y reglas no sólo no es incompatible con la regla de reconocimiento, sino que "la supone"<sup>112</sup>. ¿Cómo es posible hablar de principios jurídicos si no existe un criterio que los diferencie de principios de cortesía o de moralidad? La respuesta a esta inquietante pregunta, planteada por Rolf Sartorius desde los comienzos del debate<sup>113</sup>, dio lugar a un desarrollo ulterior de la teoría dworkiniana del derecho, que será tratada a continuación.

### *La "regla de reconocimiento" de Dworkin y la ampliación del concepto de derecho*

Dworkin ofrece una respuesta que al mismo tiempo reconoce el valor de la objeción de los positivistas y formula una tesis opuesta a la defendida por éstos. Sostiene que si bien la referencia a principios jurídicos presupone la existencia de algún criterio identificador, éste no es social, como lo afirma Hart, sino valorativo o normativo. En todo sistema jurídico "alguna regla o principio 'normativo', o un conjunto complejo de éstos, es el estándar apropiado que deben usar los jueces para identificar las reglas o principios particulares del derecho"<sup>114</sup>. Una norma pertenece al ordenamiento jurídico de una comunidad si es conforme con el conjunto de principios defendidos por la teoría que mejor explica y justifica las prácticas jurídicas de dicha comunidad.

---

111 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, *op. cit.*, p. 261.

112 *Ibid.*, p. 266.

113 Véase Rolf Sartorius, "Social Policy and Judicial Legislation", en: *op. cit.*, p. 155.

114 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 60 (traducción del autor).

Este argumento inicial necesitaba un desarrollo mucho más detallado, que Dworkin llevó a cabo en su teoría sobre los casos difíciles<sup>115</sup>. Dworkin sostiene que las normas pertenecientes al sistema jurídico de una comunidad son aquellas que se derivan de "la moralidad política presupuesta por las normas e instituciones de la comunidad"<sup>116</sup>. Se puede afirmar, entonces, que la "regla de reconocimiento" en Dworkin —aunque él nunca aplica esa expresión a su criterio de identificación del derecho— establece dos condiciones de pertenencia al sistema jurídico: por un lado, exige que las normas hagan parte de las instituciones reconocidas en la comunidad —por ejemplo, que estén incluidas en leyes o sentencias— y, por otro lado, requiere que sean consistentes con la moralidad política que justifica esas instituciones. Toda norma que pretenda ser parte del ordenamiento jurídico de una comunidad debe traspasar ese filtro descriptivo-justificativo, que cumple la función que en Hart tenía la regla de reconocimiento basada en la aceptación social<sup>117</sup>.

Una consecuencia fundamental se desprende de la propuesta de Dworkin: el derecho, al contrario de lo sostenido por el positivismo, no es conceptualmente independiente de la moral. En otras palabras, no es posible identificar el contenido del derecho —reglas y principios— sin acudir a la moralidad política<sup>118</sup>. La

---

115 *Ibid.*, pp. 81-130.

116 *Ibid.*, p. 126.

117 Esta es la primera formulación del derecho como integridad, teoría que Dworkin desarrolló en *Lau's Empire* y que será expuesta más adelante en este capítulo.

118 Esta tesis será matizada por Dworkin en *Lau's Empire*, con la introducción de un momento descriptivo o pre-interpretativo en el que las normas jurídicas son reconocidas por su aceptación social, sin tener en cuenta su justificación moral. Sin embargo, Dworkin insiste, según se verá más adelante, en la unidad del proceso interpretativo y, por ende, en la conexión entre descripción y justificación. La separación positivista entre ser y deber ser, para él, ha "debilitado a la teoría jurídica". *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 148.

descripción de las reglas y principios es inescindible de su justificación a la luz de la moral de la comunidad. Esto implica una evidente "ampliación del concepto de derecho"<sup>119</sup>. En el positivismo, la dimensión justificativa pertenece al dominio de la moral —a la esfera del *deber ser*—, no a la jurídica —la esfera del *ser*—. Por esta razón, de acuerdo con Hart, cuando el juez no cuenta con una norma clara aplicable al caso, debe acudir a criterios "extra-jurídicos" como los principios morales<sup>120</sup>. Dworkin considera insostenible la línea trazada por Hart, porque en la práctica jurídica se integran las dos esferas. Desde el "punto de vista interno" asumido por los jueces, abogados y ciudadanos al defender una interpretación en un caso concreto —punto de vista en el que Dworkin centra su teoría— son igualmente relevantes la justificación moral y la existencia de normas que respaldan esa interpretación. En el debate interpretativo, los participantes utilizan argumentos descriptivos y argumentos justificativos, y no establecen una distinción tajante entre unos y otros. Desde la perspectiva interna, entonces, los principios y reglas utilizados tanto para describir como para justificar son "jurídicos".

La diferencia entre los conceptos de derecho restringido —Hart— y amplio —Dworkin— es importante para la solución de problemas tradicionales de la teoría del derecho, como el relativo al estatus jurídico de las normas injustas. Para Hart, dado que las normas jurídicas se reconocen por su origen o linaje, es perfectamente consistente afirmar que una norma pertenece al ordenamiento —por cumplir los requisitos de validez— y, sin embargo, es injusta. Este hecho, resultante de la separación conceptual entre derecho y moral, permite que las normas jurídicas sean criticables desde el punto de vista de la moral<sup>121</sup>. Para Dworkin, la unión conceptual entre derecho y moral

---

119 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., pp. 104-108.

120 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 190-191.

121 *Ibid.*, pp. 259-261.

tiene la virtud de recoger el punto de vista interno frente a las normas, que se manifiesta cuando alguien dice, indignado, que una norma —por ejemplo, la que establece un sistema de castas— es tan injusta que no puede ser considerada parte del derecho aunque cumpla con los requisitos de validez. Dworkin acepta que esa norma hace parte del derecho desde el punto de vista descriptivo —o “preinterpretativo”, como se verá más adelante—, pero no desde la perspectiva valorativa —o “interpretativa”—, al menos en una comunidad democrática<sup>122</sup>. La persona indignada ante la norma injusta utiliza esta distinción: al negar el estatus jurídico de la regla que impone el sistema de castas, no quiere decir que ésta no sea válida, sino que es injustificable. Dentro de un concepto de derecho que comprende tanto la dimensión descriptiva como la justificativa, la afirmación de esa persona tiene pleno sentido.

### **El derecho como práctica interpretativa**

El ataque de Dworkin a la separación entre descripción y justificación fue desarrollado sistemáticamente en *Law's Empire*. Dworkin parte de una reformulación de su crítica al positivismo de Hart, en términos de la oposición entre desacuerdos empíricos y desacuerdos teóricos en el derecho. En algunos casos, los jueces, los abogados y los ciudadanos discuten sobre hechos; por ejemplo, sobre si el trámite de un proyecto de ley cumplió todos los requisitos establecidos en la Constitución para la expedición de las leyes. Desacuerdos de este tipo son empíricos, en tanto se resuelven mediante una verificación de los hechos relevantes<sup>123</sup>. El positivismo, de acuerdo con Dworkin, clasifica todos los desacuerdos en el derecho como empíricos, como disputas sobre la validez de las normas relacionadas con

---

122. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 104.

123. *Ibid.*, p. 5.

hechos históricos<sup>124</sup>. La regla de reconocimiento cumple precisamente el papel de hecho histórico fundamental por referencia al cual se resuelven los desacuerdos sobre el derecho.

Sin embargo, es claro que no todos los debates jurídicos son de este tipo. Los jueces y abogados pueden discutir, por ejemplo, sobre "cuáles" son los requisitos establecidos en la Constitución para la expedición de las leyes, no sólo sobre si éstos se cumplieron en un caso concreto. De la misma forma, discuten sobre qué alcance se le debe dar a la libertad de prensa cuando entra en conflicto con la intimidad, no sobre si es un hecho que estos principios estén incluidos en el texto de la Constitución. La gente discute, en general, sobre lo que "realmente establecen" las normas jurídicas<sup>125</sup>. La discusión tiene que ver con el "contenido" del derecho y por tanto, de acuerdo con Dworkin, son teóricas, no empíricas<sup>126</sup>.

Los desacuerdos teóricos —que constituyen la médula del derecho— muestran el rasgo central de las prácticas jurídicas, a saber, su carácter argumentativo<sup>127</sup>. La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos entre personas que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que "realmente dice" el derecho en un caso concreto. La práctica jurídica, entonces, es esencialmente "interpretativa"; su propósito es construir el verdadero sentido de las reglas y principios vigentes<sup>128</sup>. Dworkin sostiene que esta interpretación constructiva es común a todos los ámbitos sociales; tanto en el derecho como en la cortesía.

---

124 *Ibid.*, p. 33.

125 *Ibid.*, p. 17.

126 Los desacuerdos teóricos son disputas sobre las "bases (*grounds*) del derecho", esto es, sobre lo que el ordenamiento jurídico realmente establece para un caso particular. *Ibid.*, p. 5.

127 *Ibid.*, p. 13.

128 *Ibid.*, pp. 46-48. La influencia de la idea dworkiniana de las prácticas interpretativas ha dado lugar al llamado "giro interpretativo" en la teoría jurídica. Véase Michael Moore, "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", en: *Stanford Law Review*, 41 (1989).

por ejemplo, los participantes de la práctica intentan determinar lo que el conjunto de normas vigentes "realmente exige"<sup>129</sup>. Para ello, deben desentrañar el propósito que inspira las normas jurídicas o de cortesía existentes en su comunidad y construir a partir de él la interpretación que las articule y justifique de la mejor manera posible.

Este proceso de interpretación de las prácticas jurídicas se lleva a cabo en tres fases<sup>130</sup>. En la primera —preinterpretativa— el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esas prácticas. El criterio de identificación es la aceptación general de las reglas y principios por parte de los miembros de la comunidad jurídica. En la segunda fase —interpretativa—, el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase. La justificación no tiene que encajar —*fit*— en todos los elementos de la práctica —por lo general no es posible que lo haga, porque existen reglas y principios contradictorios—, pero sí en buena parte de ellos; debe encajar en grado suficiente para presentarse como una justificación de "esa" práctica. En la tercera fase —postinterpretativa—, el intérprete formula reformas a la práctica jurídica existente, con el fin de acercarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa.

La división del proceso interpretativo al mismo tiempo desarrolla y modifica la tesis sostenida por Dworkin anteriormente sobre las relaciones entre de-

---

129 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 52-53. Dworkin distingue entre el significado de una práctica social y las opiniones de los participantes de dicha práctica. Cuando surge un desacuerdo sobre el contenido de una norma de cortesía, por ejemplo, la pregunta que guía la solución es: ¿qué requiere en este caso la práctica social de la cortesía?, y no: ¿qué piensa cada uno de los participantes sobre este caso? En el ámbito jurídico, la pregunta es: ¿cuál es la solución exigida por el derecho en este caso?, y no: ¿cuál es, según los redactores de la norma o el público en general, la solución a este caso?

130 *Ibid.*, pp. 65-68.

recho y moral, de un lado, y entre descripción y justificación, del otro. Por una parte, al proponer una fase preinterpretativa, Dworkin acepta que toda discusión sobre el derecho debe hacerse sobre la base de un acuerdo general de la comunidad acerca de las reglas y principios que conforman las prácticas jurídicas. En otras palabras, la justificación se puede hacer sólo si existe un acuerdo mínimo sobre qué es lo que se debe justificar. Con esto, como lo señala Hart en el *Postscriptum*, Dworkin acepta la existencia de alguna forma de regla de reconocimiento social en el nivel preinterpretativo<sup>131</sup>. Por otra parte, sin embargo, Dworkin concibe las tres fases como parte de un proceso unitario. Esto significa que todos los argumentos jurídicos atraviesan "las tres etapas" interpretativas y que las teorías del derecho deben dar cuenta de la unidad del proceso. Esto implica la inseparabilidad de los momentos descriptivo y justificativo, tanto en la práctica como en la teoría jurídicas.

Una teoría del derecho adecuada debe satisfacer los requisitos de las tres etapas interpretativas<sup>132</sup>: debe encajar en las prácticas jurídicas de la comunidad a que se refiere, justificarlas adecuadamente desde el punto de vista de la moralidad política de la comunidad y proponer cambios a esas prácticas. Además, dicha teoría debe responder a la pregunta: ¿en qué circunstancias el uso de la fuerza estatal está justificado por decisiones políticas anteriores —v.gr. la Constitución, las leyes, las sentencias—?<sup>133</sup>. La justificación de la coerción a partir de decisiones políticas previas constituye para Dworkin el concepto de derecho, esto es, el campo común a todas las concepciones particulares sobre el derecho<sup>134</sup>.

---

131 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, *op. cit.*, p. 266.

132 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 94.

133 Dworkin utiliza la expresión "decisiones políticas" en sentido amplio, como sinónimo de "decisiones tomadas por las autoridades públicas". En este sentido, las sentencias son decisiones políticas.

134 *Ibid.*, p. 93. Para la distinción entre concepto y concepciones, véase *ibid.*, pp. 71-72 y *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 134.

Dworkin sostiene que la única teoría que a la vez responde adecuadamente a la pregunta sobre el concepto de derecho y cumple los tres requisitos interpretativos, por lo menos en las culturas jurídicas norteamericana e inglesa, es el "derecho como integridad"<sup>135</sup>. De acuerdo con esta teoría, los particulares tienen derecho a que las decisiones de las autoridades públicas estén basadas en principios aplicados de manera consistente<sup>136</sup>. El derecho como integridad exige que los casos similares sean tratados de manera similar y condena, por lo tanto, las leyes y sentencias fundadas en distinciones caprichosas<sup>137</sup>. La integridad constituye, así, el criterio valorativo de identificación de las normas jurídicas cuyas características generales habían sido señaladas en *Taking Rights Seriously*.

Las exigencias del derecho como integridad son especialmente importantes en el campo de la adjudicación o aplicación judicial del derecho. En un caso concreto, los principios y reglas que proporcionan la

---

Dworkin sostiene que la justificación de la coerción con base en decisiones políticas pasadas es el tronco común del que se desprenden las diferentes ramas o concepciones alternativas sobre lo que es el derecho.

135 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., pp. 176-224.

136 La integridad puede ser asimilada, de manera general, a la consistencia en la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas. Dworkin, sin embargo, establece algunas distinciones entre integridad y consistencia. *Ibid.*, p. 227. Debido a los objetivos específicos de este estudio, no es posible considerar aquí el análisis detallado de Dworkin sobre los fundamentos empíricos y morales del derecho como integridad, que ocupa un lugar central en *Law's Empire*.

137 Dworkin ha defendido la idea de integridad bajo la forma de un derecho de todos los ciudadanos a ser tratados con "igual consideración y respeto". Este derecho, para Dworkin, es la piedra angular del sistema constitucional de los Estados Unidos, como lo afirma en su reciente *Freedom's Law*, op. cit., pp. 7-8: "las autoridades públicas deben tratar a todos los gobernados como titulares de un estatus moral y político igual; deben intentar, de buena fe, tratarlos con igual consideración; y deben respetar todas las libertades individuales que sean indispensables para esos fines..." (traducción del autor).

solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas —v.gr. leyes y sentencias relevantes para el caso—, de acuerdo con una interpretación que ofrezca la mejor justificación política y moral de dichas decisiones. Esta afirmación general, así como los rasgos particulares de la integridad en la adjudicación, serán desarrollados a continuación en la última sección de este estudio.

## LOS CASOS DIFÍCILES Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Ningún tema ha enfrentado tanto la teoría de Hart con la de Dworkin como el de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles. De hecho, es posible leer las críticas de Dworkin al positivismo como un esfuerzo por rechazar los cimientos de la teoría de la discrecionalidad judicial<sup>138</sup>. Por esta razón, la discusión de uno de esos casos a partir de las teorías de uno y otro autor constituyen una prueba útil para comprender sus coincidencias y discrepancias. En esta sección, será utilizada con ese propósito una de las sentencias más debatidas de la Corte Constitucional colombiana, relativa a la constitucionalidad de la penalización del porte y consumo de dosis personales de estupefacientes.

### Un caso para Hércules y Herbert

En 1994, un ciudadano pidió a la Corte Constitucional declarar inexecutable las normas que sancionaban con arresto y multa el porte y el consumo de dosis personales de drogas alucinógenas<sup>139</sup>. Las mismas normas preveían que la persona detenida por

138 Como se vio en la primera parte de este ensayo, el primer artículo escrito por Dworkin contra Hart está dedicado a este tema. Véase "Judicial Discretion", en *op. cit.*, p. 624.

139 Se trataba de los artículos 2 y 51 de la Ley 30 de 1986.

este motivo y que se encontrara en estado de drogadicción sería internada en un centro de recuperación.

La Corte tuvo que sortear múltiples dificultades para decidir el caso. Su jurisprudencia previa sobre el tema de la autonomía personal no era unívoca. En dos casos decididos poco tiempo antes, había establecido precedentes distintos: había afirmado la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre razones de moralidad y orden públicos<sup>140</sup>, pero posteriormente declaró constitucional la penalización del aborto, aduciendo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre debía ceder ante el derecho a la vida del hijo por nacer<sup>141</sup>. La Corte, además, no había enfrentado un caso similar y la jurisprudencia producida durante los dos años de su funcionamiento era aún incipiente. Por otra parte, el texto de la Constitución le ordenaba proteger al mismo tiempo el derecho al libre desarrollo de la personalidad —artículo 16— y la salud de las personas —artículo 49—. Por último, la opinión pública estaba dividida: un sector pensaba que el castigo era injusto y que la norma era ineficaz, mientras que otro sector, mayoritario, sostenía que declarar inconstitucional la norma significaría el aumento automático del consumo de estupefacientes.

Con estos antecedentes, Hércules y Herbert aplicarán a lo largo de este capítulo las tesis de Dworkin y Hart, respectivamente, sobre la solución de los casos difíciles. Para ello, sin embargo, es necesario responder una pregunta previa: ¿cuándo es difícil un caso?

---

140 Sentencia T-097/94, M.P. Eduardo Cifuentes. Aclaración de voto de José Gregorio Hernández (acción de tutela concedida a un estudiante de una escuela militar expulsado por supuestas prácticas homosexuales). *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo 3, segunda parte (marzo de 1994), pp. 150-168.

141 Sentencia C-133/94, M.P. Antonio Barrera. Salvamento de voto de Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria. *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo 3, primera parte (marzo de 1994), pp. 275-303.

## Tipos de casos difíciles

El contraste entre casos fáciles y difíciles es un lugar común en los escritos de Hart y Dworkin. En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. El tipo de caso difícil más frecuente es aquél en el que la norma aplicable es de textura abierta, es decir, contiene una o más expresiones lingüísticas vagas. Al formular su teoría sobre la discrecionalidad judicial, Hart tuvo en mente este tipo de caso, como lo muestra el ejemplo en el que se discute si la regla: "está prohibida la circulación de vehículos en el parque" se aplica tanto a los automóviles como a las bicicletas.

Es posible, sin embargo, que incluso si la norma aplicable es clara, exista más de una alternativa razonable de solución. En efecto, a la dificultad señalada por Hart pueden añadirse cuatro más. En primer lugar, es factible que exista más de una norma aplicable al caso, como sucede cuando dos principios colisionan. Ésta es la fuente de dificultad fundamental en la sentencia sobre la dosis personal de estupefacientes. En segundo lugar, en algunos casos no existe ninguna norma aplicable, es decir, hay una laguna en el sistema jurídico. Estos casos se resuelven por medio de mecanismos de integración, como la analogía<sup>142</sup>. En tercer lugar, aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto. Esta circunstancia explica la autorización excepcional al juez para acudir a la equidad como criterio de decisión. Por último, es posible que el juez o tribunal haya establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso considere necesario modificar. Dado que por razones de consistencia —integridad, en sentido dworkiniano— el juez o tribunal debe se-

---

142. Estos dos tipos de caso difícil fueron señalados por Dworkin en "Judicial Discretion", en: *op. cit.*, p. 627.

guis en principio la línea de sus decisiones anteriores, el cambio de jurisprudencia implica una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios.

## ¿Cómo se resuelven los casos difíciles?

### *La tesis intermedia de Hart y la discrecionalidad judicial en los casos difíciles*

Dos teorías jurídicas radicales y opuestas se han disputado a lo largo de este siglo la preeminencia en la explicación del razonamiento judicial. De un lado, el formalismo sostiene que la división entre casos fáciles y difíciles es artificiosa; los jueces, en todas las circunstancias, deciden de acuerdo con el derecho. Para los formalistas, el derecho prevé una solución clara para cada caso, que se obtiene mediante un silogismo. De otro lado, el realismo jurídico defiende una posición escéptica frente a las normas jurídicas. De acuerdo con esta teoría, las normas juegan sólo un papel marginal en las decisiones judiciales —son sólo predicciones de lo que éstas pueden llegar a ser—; es la voluntad de los jueces, no las normas, la que se impone en las sentencias.

Hart critica tanto la versión formalista como la versión realista del razonamiento jurídico<sup>143</sup>. Contra el formalismo, señala la existencia de casos difíciles, en los que es insostenible la tesis según la cual las normas determinan claramente un resultado. Contra el realismo, muestra que la práctica cotidiana del derecho consiste en la solución de casos fáciles, en los que los jueces no dudan en aplicar de manera rutinaria una norma prevista específicamente para un cierto hecho. Los problemas jurídicos consisten con frecuencia, por ejemplo, en la verificación del vencimiento de un plazo o del cumplimiento de una solemnidad. Incluso en los casos difíciles, existen nor-

---

143 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 161-176.

mas que limitan el poder de decisión del juez: una norma de textura abierta admite varias interpretaciones, pero no cualquier interpretación. Toda interpretación de una norma está limitada, como se vio en la primera parte de este estudio, por el núcleo de significado de las expresiones lingüísticas contenidas en esa norma. Así por ejemplo, no sería plausible prohibir a los bebés circular por el parque aduciendo la existencia de una norma que busca impedir que los vehículos transiten por ese lugar.

La verdad, para Hart, se encuentra en el medio del formalismo y el realismo<sup>144</sup>. En los casos fáciles, la descripción formalista es más acertada: basta un silogismo para conectar la norma con la solución, de suerte que el poder del juez está estrictamente limitado. La presencia de esta característica en la mayor parte de los litigios permite que el derecho cumpla la función de darle certeza a las relaciones sociales. En los casos difíciles, sin embargo, la posición realista es más adecuada. Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables; la sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiere que ella sea, aunque dentro de límites que los realistas pasan por alto. La existencia de estos casos excepcionales permite que el derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto<sup>145</sup>.

Aunque Hart sostuvo que las prácticas jurídicas estaban conformadas primordialmente por casos fáciles, la creciente importancia de los fallos judiciales, particularmente en casos constitucionales controver-

---

144 *Ibid.*, p. 183.

145 Para Hart, el derecho concilia dos necesidades sociales: de un lado, la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos y, del otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se pueden definir adecuadamente sólo en cada caso concreto. El derecho se mueve, así, entre la seguridad y la equidad. *Ibid.*, p. 162.

tidos como el de la dosis personal de estupefacientes, le dio relevancia a su teoría sobre los casos difíciles. Para Hart, cuando existe más de una posibilidad de solución, el juez tiene "discrecionalidad" para escoger una de ellas<sup>146</sup>. Este poder discrecional es semejante al que ejercen las autoridades administrativas cuando reglamentan una ley que establece sólo parámetros generales —leyes "marco"—. Las normas no sugieren al juez un resultado determinado, porque no existe una única regla o principio relevante para el caso o porque la regla existente es vaga; por tanto, el juez —que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre— no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la "crea". El juez define *ex post facto* los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio<sup>147</sup>.

Ahora bien, ¿tienen los jueces algún límite en estos actos de legislación excepcionales —"intersticiales", en términos de Hart—? Dworkin ha sostenido que la teoría hartiana de los casos difíciles da una respuesta negativa radical a esta pregunta. Sin embargo, es posible deducir de las afirmaciones de Hart dos límites al poder creativo de los jueces. En primer lugar, es claro que los jueces no pueden dictar cualquier solución en un caso difícil. Aunque exista más de una alternativa de decisión, la gama de posibilidades está circunscrita por el texto de las normas aplicables, si éstas existen, o por el de las normas y precedentes judiciales que tratan temas similares, en el caso contrario<sup>148</sup>. Están descartadas igualmente las soluciones que impliquen la violación de principios procesales del sistema jurídico, como los que establecen las competencias de las distintas jurisdicciones; así, por ejemplo, en el caso de la dosis personal de estupefacientes, la Corte no puede ordenar que, como consecuencia de la declaración de inconstitu-

---

146 *Ibid.*, p. 164.

147 *Ibid.*, p. 191.

148 *Ibid.*, p. 180.

cionalidad de la prohibición, se indemnice en general a las personas que han sido internadas en centros de rehabilitación —esta indemnización es de competencia de los jueces administrativos y sería otorgada en cada caso concreto—. En segundo lugar, Hart sugiere un límite de otra naturaleza, consistente en la existencia de virtudes judiciales. En los casos difíciles, los jueces muestran con frecuencia virtudes características, inexistentes en el proceso legislativo, que pueden explicar nuestra resistencia a llamar “legislativos” los poderes judiciales incluso en estas situaciones de controversia. En términos de Hart:

Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demonstrar* que una decisión es la única correcta; pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto<sup>149</sup>.

Esta propuesta de Hart tiene dos consecuencias importantes: de un lado, afirma la imposibilidad de demostrar la existencia de una respuesta correcta en los casos difíciles y, de otro lado, sugiere que la discrecionalidad judicial está circunscrita por la “forma” propia en que los jueces toman sus decisiones. Como lo ha puesto de presente Mauro Cappelletti<sup>150</sup>, lo que diferencia al juez del legislador no es el contenido de sus decisiones, sino el procedimiento utilizado para llegar a ellas. Los jueces están obligados a actuar como terceros imparciales dentro de un proceso en el que deben oír a todas las partes interesadas, obligación que no existe en el caso de la producción de leyes. La idea de imparcialidad como virtud o rasgo

---

149 *Ibid.*, p. 253.

150 Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, *op. cit.*, pp. 70-76.

de temperamento judicial ha sido recogida por Neil McCormick y Manuel Atienza, entre otros, como fundamento para sugerir la relación de complementariedad entre la teoría del razonamiento jurídico y la teoría de las pasiones<sup>151</sup>.

Con todos los elementos del análisis anterior, volvamos ahora al caso planteado al comienzo de este capítulo. ¿Cómo enfrentaría Herbert el caso de la dosis personal de estupefacientes? La primera constatación relevante para Herbert es la existencia de normas constitucionales que colisionan en el caso e indican soluciones opuestas. La inconstitucionalidad de la prohibición encuentra apoyo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.P.) y en la dignidad humana (artículo 1 C.P.). De hecho, ese fue el fundamento de la opinión de la mayoría de la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la norma acusada; para los magistrados que votaron por esta decisión, el Estado no debe asumir una posición paternalista frente a los ciudadanos, a quienes la Constitución garantiza una esfera de autonomía limitada sólo por los derechos de los demás. La vulneración de esa esfera por razones de protección de la salud de la persona vulnera la dignidad humana, porque prescribe al individuo la mejor manera de conducir su vida. Sin embargo, Herbert advierte que la libertad y la dignidad humanas pueden ser concebidas de otra manera, como lo hicieron los magistrados de la Corte que salvaron su voto. Para éstos, "la verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir sólo entre las sen-

---

151 La teoría de las pasiones a la que acuden estos dos autores es la de David Hume. Neil McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, Prefacio. McCormick, sin embargo, en el prólogo a la edición de 1991, se muestra más cercano al racionalismo de Alexy y Habermas que al empirismo de Hume; *Ibid.*, Segunda Edición, 1991, p. xvi. Manuel Atienza, por su parte, establece la conexión anotada en *Trás la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 140.

das que conducen al bien"<sup>152</sup>. De acuerdo con esta concepción, la prohibición del uso y consumo de dosis personales de droga es constitucional porque guía adecuadamente el uso de la libertad individual y da cumplimiento al deber del Estado de proteger la salud de las personas (artículo 49 C.P.).

Herbert indaga luego en el preámbulo y en los principios fundamentales establecidos en los primeros artículos de la Constitución. Sin embargo, encuentra de nuevo el principio de libertad y otros como el de prevalencia del interés general. ¿Se protege mejor el interés general con la prohibición o sin ella? Claramente, esta pregunta puede ser contestada sólo a partir de alguna concepción del interés general: si se entiende que éste consiste en el bienestar de la mayor parte de la población, que no consume drogas y que ha opinado en las encuestas que la prohibición debe mantenerse, Herbert debe unirse a los magistrados que salvaron el voto. Si, por el contrario, acepta una concepción personalista del interés público, de acuerdo con la cual éste consiste en la protección de los derechos fundamentales, debe votar con la mayoría de la Corte.

Las normas constitucionales, concluye Herbert, no dictan ningún resultado preciso. Tampoco las sentencias previas de la Corte, como se vio anteriormente, señalan una doctrina uniforme que esté obligado a seguir en este caso. Las dos opciones parecen contar con argumentos contundentes. Herbert preferiría sostener en su sentencia que no existe una respuesta correcta para el caso y que la decisión que tomará es sólo la que considera más aconsejable, de acuerdo con sus preferencias morales y políticas. Sin embargo, sabe que los jueces tradicionalmente redactan sus fallos como conclusiones extraídas directamente de las normas jurídicas. Este estilo esconde

---

152 Sentencia C-221/94, Salvamento de voto de José Gregorio Hernández, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naraujo. *Op. cit.*, p. 31 (citando a G. Mazzini).

la realidad de los casos difíciles —la incertidumbre de los jueces— pero encaja en la ideología de la separación de poderes, de acuerdo con la cual los jueces deben decidir "en derecho". Finalmente, tras considerar todas las alternativas de decisión, Herbert sigue sus convicciones morales y políticas liberales y sostiene que del derecho al libre desarrollo de la personalidad se sigue sin duda la inconstitucionalidad de la prohibición y se une al bloque mayoritario de la Corte.

### *Dworkin: el método de Hércules y la negación de la discrecionalidad judicial*

La teoría hartiana sobre los casos difíciles, para Dworkin, es insatisfactoria tanto desde el punto de vista descriptivo como desde el punto de vista justificativo<sup>153</sup>. En cuanto a lo primero, la idea de discrecionalidad judicial supone que cuando los jueces afirman en sus sentencias que la interpretación que defienden es la correcta de acuerdo con el derecho vigente, están utilizando una figura retórica para encubrir lo que realmente es una decisión discrecional. Para Dworkin, no hay ninguna razón por la cual se deba presumir la falta de sinceridad de los jueces en los casos difíciles. Por el contrario, la práctica jurídica muestra que jueces y abogados argumentan sobre lo que las reglas y principios prescriben para el caso concreto, no sobre el grado de discrecionalidad con que cuenta el juez para resolverlo. La tesis positivista divide el razonamiento judicial en dos fases: en la primera, el juez consulta los códigos y encuentra que no existe una norma que dicte un resultado claro; hecho esto, el juez deja a un lado sus códigos e inventa una solución por su propia cuenta. Esta división es insostenible, de acuerdo con Dworkin, porque en la práctica los jueces nunca llevan a cabo seme-

---

153 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 31-39.

jante tipo de razonamiento<sup>154</sup>. La interpretación judicial es un proceso unitario en el que las normas permean la decisión desde el momento del planteamiento del caso hasta el de la redacción de la sentencia.

La teoría de la discrecionalidad judicial, además, no puede ser justificada dentro del contexto de un Estado democrático<sup>155</sup>. En efecto, el principio fundamental de la democracia, la soberanía popular, implica que las leyes deben ser expedidas directamente por los ciudadanos —democracia directa— o por sus representantes —democracia indirecta—. En la democracia indirecta, la elección popular de los funcionarios que intervienen en el proceso legislativo —los parlamentarios y, en casos excepcionales, el Presidente— promueve la representación de los intereses de los sectores de la sociedad afectados por las leyes y le da a los electores la posibilidad de evaluar, para efectos de las votaciones futuras, el desempeño de dichos funcionarios. El ejercicio de potestades legislativas por parte de los jueces, funcionarios designados por vías diferentes a la elección popular, desvirtúa el principio democrático y significa una ocupación del ámbito de competencia de otros poderes públicos<sup>156</sup>.

Por otra parte, la tesis hartiana contraría el principio de legalidad, central en el Estado de derecho. De acuerdo con este principio, una persona puede ser sancionada sólo con base en una ley vigente en el momento de los hechos que dan lugar a la sanción.

---

154 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., pp. 37-39.

155 Como he mostrado en los capítulos anteriores, la discusión entre las teorías jurídicas Hart y Dworkin es *asimétrica*: está compuesta por argumentos de uno y otro autor en el nivel descriptivo, del que se ocupan las dos teorías; en el nivel justificativo, en cambio, los argumentos de Dworkin no tienen equivalente en la teoría (puramente descriptiva) de Hart. Esto sucede de nuevo en el tema de la discrecionalidad judicial: Hart ofrece sólo una descripción de la solución de los casos difíciles, mientras que Dworkin dirige su crítica tanto contra esa descripción como contra su valor moral y político.

156 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 84-86.

Según la descripción de los casos difíciles ofrecida por Hart, dado que no hay normas claras, ninguna de las partes involucradas tiene derechos ni deberes antes de que el juez los establezca *ex post facto* en la sentencia, lo cual constituye una aplicación retroactiva del derecho<sup>157</sup>.

El rechazo de la tesis de la discrecionalidad judicial, para Dworkin, abre el camino para la formulación de un modelo descriptivo-justificativo adecuado para la solución de casos difíciles en el contexto de un Estado democrático de derecho. El primer elemento del modelo ya se encuentra en la distinción entre principios y reglas. Es posible que no exista una regla prevista para los hechos de un caso difícil; siempre se podrán aplicar, sin embargo, reglas análogas o principios generales del ordenamiento. Si bien un sistema conformado por reglas tiene lagunas, la inclusión de los principios garantiza la completud del mismo<sup>158</sup>.

El segundo elemento del modelo es introducido por Dworkin para resolver los casos en que la dificultad proviene de la colisión de dos o más principios relevantes. La tesis de la discrecionalidad de los jueces puede ser refutada sólo si se propone algún orden jerárquico entre diferentes tipos de principios; si el juez está obligado a preferir cierta clase de principios sobre otra, su poder discrecional desaparece. La distinción dworkiniana entre "políticas" —*policies*— y "principios"<sup>159</sup> busca establecer las líneas generales de ese orden jerárquico. Como fue expuesto en el capítulo anterior, los principios son normas no conclusivas y las reglas son normas conclusivas. Dworkin formula una distinción adicional, entre dos tipos de principios:

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>158</sup> Dworkin sostiene que la completud del derecho es, por lo menos, una idea regulativa de la actividad judicial. Hercules debe resolver los casos asumiendo que los principios llenan los vacíos normativos, es decir, que el derecho es una "red sin fisuras" (*seamless web*). *Ibid.*, p. 116.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pp. 22-28 y 82-84.

las políticas, de un lado, y los principios en sentido estricto, del otro. Las políticas son estándares que buscan proteger un "objetivo colectivo", como la seguridad nacional o el crecimiento de la economía. Su justificación se encuentra en el bienestar de la comunidad en su conjunto<sup>160</sup>. Los principios son estándares que defienden un "derecho individual", como el libre desarrollo de la personalidad. Su justificación es de tipo moral y, por tanto, no depende del provecho que la comunidad obtenga de su existencia<sup>161</sup>.

Los actos de los funcionarios elegidos popularmente pueden estar basados en políticas o en principios. El Congreso, por ejemplo, puede expedir una ley que otorgue subsidios a un sector de la economía y lo niegue a otros, si considera que por este medio puede proteger el objetivo colectivo del crecimiento económico<sup>162</sup>. Las medidas de este tipo, fundadas en políticas, constituyen un compromiso entre los intereses de distintos grupos sociales; el cálculo estratégico de la mejor forma de lograr este compromiso puede ser hecho en una sociedad democrática sólo por funcionarios elegidos directamente por los ciudadanos. Los jueces, en cambio, fundan y deben fundar sus decisiones en argumentos de principio. Sus razones no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral<sup>163</sup>.

La distinción entre principios y políticas ha dado lugar a numerosas críticas<sup>164</sup>, por dos motivos impor-

---

160 *Ibid.*, p. 84.

161 *Ibid.*, *id.* Esta afirmación es cierta dentro de una ética que, como la de Dworkin, rechaza los postulados del utilitarismo. Dentro de una ética utilitarista, la corrección moral y el beneficio de la comunidad (evaluación de acuerdo con cualquiera de las versiones del utilitarismo) van de la mano.

162 *Ibid.*, pp. 91-92; *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 217-218.

163 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 84.

164 Entre otros, Kent Greenawalt, "Policy, Rights, and Judicial Decision", y Donald Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies", ambos en: Marshall Cohen (edit.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 69-118 y 119-160, respectivamente.

gines. De un lado, los dos conceptos no son opuestos, porque es posible en muchas ocasiones traducir una política —v.gr. la protección del interés público— en términos de derechos —v.gr. los derechos de los individuos que conforman la mayoría de la comunidad—, y viceversa<sup>165</sup>. De otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las constituciones del Estado social —como lo han señalado Habermas y Teubner<sup>166</sup>— son el resultado de una mezcla entre principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos —v.gr. el derecho a la vivienda o a la salud— como una juridización de estándares que en el Estado liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas —*policies*—, como los efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía<sup>167</sup>.

---

165 Dworkin responde a esta dificultad con un argumento un tanto oscuro. Sostiene que los dos conceptos no son enteramente traducibles, porque el argumento fuerte en favor de una posición está dado sólo por el tipo de estándar adecuado. *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 96.

166 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT, 1996, pp. 240-252; G. Teubner (edit.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter, 1986.

167 La confrontación entre esta política y los derechos prestacionales es la columna vertebral de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el Estado social. Véase, entre otras, la sentencia T-406/92, M.P. Ciro Angarita (sentencia de tutela que ordena a una autoridad municipal terminar un acuerdo, con el fin de proteger el derecho a la salud y al medio ambiente de la comunidad), *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo 2 (junio de 1992), pp. 190-215. Es claro que Dworkin no tiene en mente este tipo de casos, extraños a la jurisprudencia constitucional norteamericana, cuando enuncia la distinción entre principios y políticas. Casos similares se presentan, sin embargo, en el derecho de otros países con constituciones típicas del Estado social. Para el caso alemán, véase Robert Alexy, *op. cit.*, capítulo 9. La tesis dworkiniana ha sido criticada inclu-

El modelo de decisiones judiciales basado en principios, para Dworkin, explica y justifica adecuadamente el papel de los jueces en un Estado democrático de derecho. En efecto, una vez se adopta este modelo, las objeciones hechas a la tesis de la legislación judicial en los casos difíciles pierden sustento. Por una parte, las sentencias no son retroactivas porque los principios que las fundan hacen parte del ordenamiento jurídico antes de ser citados en ellas. Por otra parte, el hecho de que los jueces no sean elegidos popularmente no les impide sino que los "autoriza" a decidir los casos difíciles con argumentos de principio<sup>168</sup>. Los derechos, protegidos por este tipo de argumentos, son por definición triunfos del individuo contra las mayorías<sup>169</sup> y, por tanto, deben ser garantizados por la vía judicial, independiente del poder del electorado.

Dentro del modelo de principios, el juez está comprometido con el ideal político de la integridad. Su deber fundamental es establecer qué decisión está ordenada por la aplicación consistente de las reglas, los principios y las decisiones judiciales existentes en la práctica jurídica de su comunidad. Cuando dos alternativas de solución encajen en igual grado en esta práctica, debe escoger la que esté mejor justificada a la luz de las convicciones morales y políticas subyacentes a las normas e instituciones de la comunidad<sup>170</sup>.

---

so en el medio anglosajón: Kent Greenawalt, por ejemplo, sostiene que las consideraciones sobre la utilidad pública deben hacer parte del razonamiento judicial en los casos difíciles. Véase Kent Greenawalt, "Policy, Rights and Judicial Decision", en: *op. cit.*, p. 90-109.

168 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 85.

169 Los derechos, para Dworkin, garantizan esferas individuales exentas de la influencia del parecer de la mayoría. Un derecho existe, por definición, si su protección es negada sólo cuando argumentos de política (*policy*) muy fuertes militan en contra. Si razones de política débiles prevalecen sistemáticamente sobre la aplicación de una prerrogativa individual, ésta no puede ser llamada coherentemente "derecho". *Ibid.*, *id.*

170 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 254-258.

La teoría del derecho como integridad, para Dworkin, diluye dos dilemas derivados del positivismo. En primer lugar, deja sin fundamento la dicotomía entre descubrimiento y creación judicial del derecho. El juez hace las dos cosas y no hace ninguna al decidir un caso. Dworkin explica esta afirmación asimilando la historia del derecho a la elaboración de una novela en cadena<sup>171</sup>: al redactar una sentencia, el juez está en la misma situación que un escritor que encuentra terminados varios capítulos de una novela y debe hacer el siguiente. Tanto el juez como el escritor deben tener en cuenta el sentido de la historia anterior —descubren— para redactar el siguiente paso en la cadena —crean—. El descubrimiento del sentido de la historia jurídica anterior, esto es, de las reglas, principios y antecedentes jurisprudenciales, está unido a la creación de un episodio adicional por parte del juez, representado por su decisión en un caso nuevo. En segundo lugar, el derecho como integridad destruye la distinción entre casos fáciles y difíciles. Para decidir “cualquier” caso el juez debe examinar las reglas, principios y antecedentes relevantes y decidir cuál es la solución que mejor encaja en esas prácticas jurídicas y está mejor justificada por los valores supuestos por ellas. El método es el mismo en todos los casos: la facilidad o dificultad no aparece al comienzo sino al final del análisis de un problema jurídico, según el método descrito deje en pie una o más de una alternativa de solución<sup>172</sup>. No existe, en de-

171 *Ibid.*, pp. 228-232. Esta interesante metáfora ya había sido enunciada en “How Law is Like Literature”, en: *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 146-166.

172 Esta tesis de Dworkin es bastante útil para entender el error sobre el que está basada la regla básica de la hermenéutica tradicional: *in claris non fit interpretatio* (no cabe la interpretación cuando la norma es clara). Esta regla supone que la interpretación es un recurso marginal, que opera solo como una especie de “mal necesario” cuando el lenguaje de las normas es oscuro. Sin embargo, como lo sugiere Dworkin, el juicio sobre la claridad de una norma es en sí mismo una interpretación. Se llega a la conclusión de la claridad después de verificar que su texto no presenta problemas

finitiva, ninguna distinción sustancial entre casos rutinarios y casos difíciles que dé lugar a que el derecho opere en aquellos y la discrecionalidad en éstos<sup>173</sup>.

Ahora bien, con todos los elementos teóricos mencionados, ¿cómo decide Hércules el caso de la dosis personal? En primer lugar, Hércules examina las normas y sentencias relevantes y llega a una conclusión similar a la obtenida por Herbert: las prácticas jurídicas en Colombia permiten la formulación razonable de las dos alternativas de solución. Tanto la tesis que defiende la inconstitucionalidad de la prohibición como la que aboga por su constitucionalidad cuentan con apoyo en el texto de la Constitución y en algunas decisiones previas de la Corte. Sin embargo, en este punto —en el que Herbert terminó su análisis— Hércules comienza su segunda fase interpretativa. La pregunta que guía esta etapa es la siguiente: ¿cuál es la solución que justifica mejor las prácticas constitucionales colombianas? Hércules debe optar por la respuesta que se funda en los principios más valiosos desde el punto de vista moral y político y que subyacen a esas prácticas.

De una parte, para la posición favorable a la continuación de la prohibición, las personas no son libres de hacerse daño, incluso cuando no afectan los

---

dentro del contexto del ordenamiento jurídico en su totalidad. El que la interpretación sigue este orden se puede corroborar cuando la aplicación de una norma considerada "clara" en una época pasa a ser problemática en un tiempo posterior. Cuando esto sucede, se hace evidente que la antigua claridad se debía a que la norma encajaba en el contexto del ordenamiento jurídico existente entonces, no a que el texto de la norma era inequívoco. Una vez el contexto cambia, la relación entre norma y ordenamiento jurídico se vuelve problemática y la norma deja de ser clara. *Ibid.*, pp. 351-354.

173. *Ibid.*, p. 354. De esta forma, Dworkin responde a los críticos que habían señalado que el método de Hércules era útil sólo para los casos difíciles. Véase Allan Hutchinson y John Wakefield, "A Hard Look at Hard Cases", en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2 (1982), p. 86. Sobre el tema de los casos fáciles y difíciles en general, véase Frederick Schauer, "Easy Cases", 60 *Southern California Law Review*, 58 (1985), p. 399.

derechos de los demás. La autonomía de la voluntad no implica que el individuo tenga la posibilidad de escoger cualquier tipo de vida, sino solo el que sea conforme con la razón y con el bienestar personal y social. La prohibición, además, es aceptada por la mayoría de la opinión pública y disminuye los riesgos de criminalidad derivada del consumo de estupefacientes. En consecuencia, el interés general aconseja la penalización de la conducta. Entre tanto, la perspectiva que propone la despenalización entiende la autonomía personal en sentido amplio. Las personas pueden elegir el curso de su existencia, con la única limitación del respeto de los derechos de los demás.

Hércules sospecha de los argumentos sobre el interés general expuestos por los partidarios de la prohibición. Esos argumentos se refieren a políticas, no a principios. Las consideraciones sobre la conveniencia social de la prohibición son asunto de los legisladores, no del juez. La decisión de Hércules no es determinada por el hecho de que la mayoría de los ciudadanos piense que se debe penalizar el porte y consumo de dosis personales de droga, porque la tarea del juez es proteger derechos, incluso —y sobre todo— contra el parecer de la mayoría. En este caso, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad milita en favor de la inconstitucionalidad de la prohibición. Hércules indaga, finalmente, si la Constitución colombiana de 1991 puede ser descrita y justificada con base en algún principio general<sup>174</sup> y llega a la conclusión de que tanto los antecedentes de su expedición como su texto están fundados en el respeto al pluralismo. Este valor justifica las normas constitucionales sobre el respeto a la libertad de cultos y a la diversidad étnica y cultural, entre otros. El

---

174 Esta lectura moral de la Constitución a partir de un principio general es propuesta por Dworkin en *Freedom's Law*, *op. cit.*, pp. 1-38. Dworkin encuentra en el principio del tratamiento con igual respeto y consideración la clave axiológica del *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana.

pluralismo condena el paternalismo estatal, basado en una visión oficial de las costumbres y las conductas adecuadas para la vida individual. Hércules concluye que la respuesta correcta para el caso es la inconstitucionalidad de la norma acusada y se une a la mayoría de la Corte.

### **¿Existe una respuesta correcta en los casos difíciles?**

Aunque Hércules y Herbert se inclinaron por la misma decisión, es claro que lo hicieron de manera muy distinta<sup>175</sup>. Hércules sostiene que la inexequibilidad de la ley es la única respuesta correcta para el caso, teniendo en cuenta la historia de las prácticas constitucionales en Colombia. Herbert no cree que haya una solución correcta para el problema planteado en la demanda, sólo soluciones razonables; para él, la alternativa de la despenalización parece la más adecuada, aunque no pueda demostrar que sea la correcta y reconozca que el fundamento de esa posición depende en última término de su simpatía personal por el valor de la tolerancia.

El contraste entre estas dos posiciones ha sido vivamente discutido por Hart y Dworkin y por numerosas corrientes de pensamiento que han intervenido en el debate. Dworkin ha defendido la tesis de la res-

---

175 En este capítulo he intentado resaltar los puntos de disputa entre Hart y Dworkin sobre la discrecionalidad judicial. Sin embargo, las últimas versiones del debate (*Law's Empire* de Dworkin y el *Postscriptum* de Hart) muestran una cercanía mayor entre las dos posiciones. En efecto, Hart reitera que el poder discrecional no es arbitrario y Dworkin sostiene que para interpretar las convicciones subyacentes a la práctica jurídica de la comunidad, el juez no puede evitar acudir a sus propias convicciones (aunque no para imponerlas sobre las de la comunidad, sino para llegar a éstas). Esta similitud fue percibida por el propio Hart, quien la sugirió en un pasaje que escribió como redacción alternativa de la introducción a la última sección del *Postscriptum*. Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. Segunda Edición, op. cit., pp. 306-307.

puesta correcta en el derecho y, recientemente, la ha extendido explícitamente a cuestiones morales<sup>176</sup>. Jürgen Habermas, desde la perspectiva de la teoría comunicativa del derecho, ha sostenido recientemente una opinión semejante<sup>177</sup>. De acuerdo con esta tesis, el hecho de que no sea posible "demostrar" la corrección de una interpretación en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de la existencia de una respuesta correcta, desde el punto de vista interno de los participantes en la práctica interpretativa<sup>178</sup>. La demostración es propia de áreas del conocimiento como la ciencia, en que existen "hechos duros" —*hard facts*—, externos a la práctica científica, que sirven como punto de evaluación de la corrección de una afirmación. Esta relación con hechos externos es el fundamento de la apelación a la objetividad en la ciencia<sup>179</sup>.

Por ser una práctica interpretativa, entre tanto, el derecho puede entenderse sólo desde el "interior" del proceso de argumentación en el que dos o más participantes reivindican la corrección de su interpretación de las normas. Desde la perspectiva interpretativa —esto es, desde la discusión sobre lo que el derecho "realmente ordena" en un caso— los jueces y los abogados no se muestran escépticos frente a la solución de un problema jurídico. Por el contrario, afirman que las normas, correctamente interpretadas, determinan un sólo resultado, y ofrecen argumentos para sustentar esa posición. Estos argumentos no se

176 Ronald Dworkin, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", en *op. cit.*, p. 87.

177 Habermas afirma que "es cierto que las normas válidas conforman una estructura relacional flexible, en la que las relaciones pueden variar de un caso a otro; pero esta variación está sujeta a la exigencia de la coherencia, que garantiza que todas las normas encajan en un sistema unificado, diseñado para admitir exactamente una solución correcta para cada caso". *Between Facts and Norms*, *op. cit.*, pp. 260-261 (traducción del autor).

178 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 81; *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 119-145.

179 *Ibid.*, p. 138.

fundan —no se pueden fundar— en “hechos duros” externos a las prácticas jurídicas, sino en razones relativas a la “coherencia narrativa” de la solución propuesta dentro de la historia de esas prácticas<sup>180</sup>. La defensa de la corrección de una respuesta con base en este tipo de “hechos débiles” de coherencia narrativa no impide que el intérprete reivindique válidamente que su respuesta es la adecuada.

Hart y, sobre todo, los teóricos pertenecientes al movimiento de los *Critical Legal Studies*<sup>181</sup>, se han opuesto enfáticamente a la idea de una respuesta correcta en los casos difíciles. Esta tesis, argumentan, está basada en presupuestos metafísicos sobre la existencia de parámetros de corrección para las decisiones jurídicas. Un análisis despojado de semejantes supuestos lleva a la conclusión contraria: los sistemas jurídicos contemporáneos contienen normas contradictorias, basadas en concepciones éticas y políticas opuestas. Así, por ejemplo, Duncan Kennedy<sup>182</sup> ha sostenido que el derecho privado gira alrededor de dos principios incompatibles: por un lado, se funda en el principio de libertad contractual, perteneciente a una concepción liberal del intercambio económico

---

180 *Ibid.*, p. 139.

181 El movimiento de los *Critical Legal Studies* surgió en los Estados Unidos hacia 1976 y está compuesto por pensadores muy diversos, como Duncan Kennedy, Mark Tushnet y Martha Minow. De acuerdo con esta última, el movimiento persigue cuatro objetivos: 1) demostrar que la interpretación de las normas jurídicas puede ser utilizada para alcanzar cualquier resultado; 2) detectar, a través del análisis histórico y socioeconómico, los grupos sociales que se han beneficiado de la aplicación del derecho; 3) exponer la forma como el análisis jurídico intenta legitimar sus resultados; y 4) favorecer visiones sociales que han sido marginalizadas con el fin de volverlas parte del discurso jurídico. Martha Minow, “Law Turning Outward”, en: *Telos*, 73 (1986), citado por Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, N.Y.U. Press, 1995, p. 108. Sin embargo, varios autores, entre ellos Dworkin y teóricos que hacen parte del movimiento (como Tushnet), han subrayado la falta de identidad metodológica y epistemológica de los trabajos producidos dentro de esta corriente.

182 Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, en: *Harvard Law Review*, 89 (1976).

entre individuos racionales; por otro lado, se basa en el principio de la buena fe, que se deriva de una visión solidaria de la sociedad. De forma similar, el derecho constitucional está nutrido de numerosas contradicciones, como la que existe entre los principios generales de igualdad y libertad. La incompatibilidad de los principios fundantes del derecho permea toda la práctica jurídica, incluyendo el proceso de adjudicación en los casos difíciles. Las reglas y principios dictan resultados contrarios, como producto de la contradicción localizada en la base ideológica del ordenamiento jurídico; en estas circunstancias, resulta imposible afirmar la existencia de una única respuesta correcta.

La posición escéptica radical expuesta en estos argumentos es reconocida por Dworkin como la crítica más fuerte a su teoría. De hecho, Dworkin ofrece razones que contrarrestan, pero no eliminan, los argumentos del escepticismo. En primer lugar, sostiene que los principios jurídicos no son contradictorios, sino competitivos. Dos principios contrarios pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico sin crear contradicción; cuando entran en competencia en un caso concreto, son ponderados de acuerdo con el razonamiento propio de la colisión de principios<sup>183</sup>. En segundo lugar, en la práctica, los jueces y abogados consideran excluyentes las soluciones alternativas a un caso. Así por ejemplo, en un caso penal sólo hay dos posibilidades: o el acusado es culpable y, por tanto, debe ser castigado, o es inocente y debe ser absuelto. Entre las dos opciones no hay una tercera, razón por la cual el debate consiste en determinar cuál de las dos es la correcta<sup>184</sup>.

---

183 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, op. cit., p. 269.

184 Dworkin sostiene que los conceptos jurídicos son dispositivos, es decir, que admiten sólo dos valores de verdad. Si la proposición: "el acusado es culpable" es verdadera, la proposición: "el acusado es inocente" es falsa, y viceversa. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, op. cit., p. 119. Esta lógica bivalente ferrea ha sido criticada por varios teóricos, que defienden la posibilidad

El tópico de las respuestas correctas muestra un rasgo común a toda la discusión entre las teorías de Hart y Dworkin, que puede servir como conclusión de este estudio. La tesis escéptica de Hart parece describir de manera más adecuada la práctica jurídica, que muestra a los jueces y abogados más inciertos sobre lo que "realmente dice" el derecho que lo que sugiere la descripción de Dworkin. Una descripción adecuada de cómo deciden los jueces en la práctica los casos difíciles se acerca más a las dificultades experimentadas por Herbert que a la seguridad mostrada por Hércules. Sin embargo, la dimensión normativa de la teoría dworkiniana, inexistente en la obra de Hart, es un instrumento poderoso de evaluación y crítica de lo que hacen los jueces en los casos difíciles. Sin duda, el valor de la consistencia reivindicado por el derecho como integridad es una exigencia que debe hacerse a los jueces en un Estado democrático de derecho<sup>185</sup>. Allí donde Hart provee los elementos descriptivos, Dworkin proporciona los instrumentos para la justificación y la crítica.

---

de hallar respuestas intermedias adecuadas a las circunstancias de cada caso. Así por ejemplo, en las sentencias de control constitucional las únicas opciones no son la inconstitucionalidad o la constitucionalidad totales, sino que en el medio se encuentra una posibilidad que le da flexibilidad a la decisión: la constitucionalidad condicionada, que ha sido utilizada en la jurisprudencia constitucional de varios países. Para una defensa de la lógica intermedia o fluida (*logique du flou*), véase François Ost y Michel van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruselas: Bruylant, 1989; Mireille Dehuas Marty, *Pour un droit commun*, París, Seuil, 1994.

185 La defensa del valor descriptivo de las tesis de Hart y del valor justificativo y crítico de las de Dworkin es hecha, entre otros, por Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., p. 22.