

NU EVO PENSAMIENTO
JURÍDICO

LA DECISIÓN JUDICIAL

La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin

Para comprender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo, se debe tener en cuenta el debate entre dos corrientes de reflexión que han pugnado por convertirse en el paradigma dominante: la teoría del inglés H.L.A. Hart y la de su opositor, el norteamericano Ronald Dworkin. Este debate ha transformado profundamente las visiones contemporáneas acerca del papel de los jueces, la relación entre el derecho y la moral, y el concepto mismo de derecho. El contexto en el que se inscribe esta controversia está caracterizado por el gran protagonismo de los jueces, la proliferación de tribunales constitucionales y el llamativo activismo judicial en esferas sensibles de la vida comunitaria. Por ello, la reflexión sobre el alcance y los límites del poder de los jueces es hoy especialmente relevante.

Estudio preliminar
César Rodríguez



Copy Harry

Tu Centro de Copiado

Fotocopias - Anillados - Plastificados

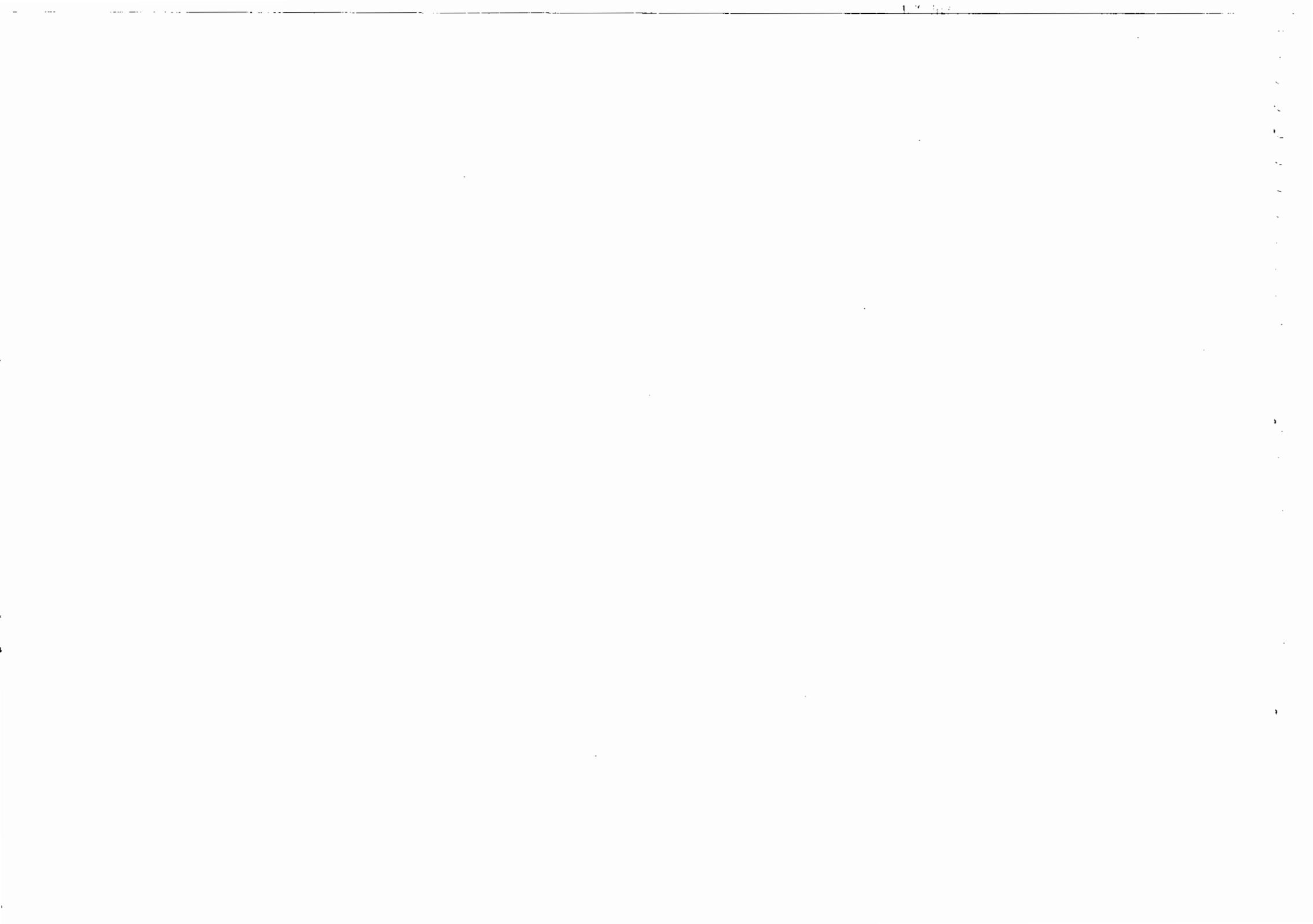
Impresiones Digitales B&W - Color

San Lorenzo de - Campus Udelar

BRACAS - Udelar

REVISTA
JURÍDICA
FAC

Siglo del Hombre Editores
Universidad de los Andes



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO
Colección dirigida por Cristina Motta

COMITÉ EDITORIAL

Daniel Bonilla
Manuel José Cepeda
Mauricio García
Carlos Gaviria
Cristina Motta

La decisión judicial
El debate Hart - Dworkin

Estudio preliminar
César Rodríguez



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho


Siglo del Hombre Editores

La decisión judicial / H.L.A. Hart y Ronald Dworkin; estudio preliminar de César Rodríguez - Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

191 p.; 19 cm. - (Nuevo Pensamiento Jurídico)

Bibliografía p. 181-191

ISBN: 958-665-004-9

1. Justicia-Filosofía 2. Derecho-Filosofía I. Dworkin, Ronald II. Rodríguez, César, int. III. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Bogotá) IV. Título V. Colección 340.12

© Oxford University Press 1961, 1994. "Postscript" translated from *The Concept of Law* by H.L.A. Hart (2nd de 1994) by permission of Oxford University Press.

© Traducción: Magdalena Holguín

© Ronald Dworkin Reprinted by permission of the author from: "How Law is Like Literature" translated from *A Matter of Principle* by Ronald Dworkin, Harvard University Press, 1985.

© Traducción: Juan Manuel Pombo Abondano

1a. Edición 1997

1a. Reimpresión 1998

2a. Reimpresión 1999

3a. Reimpresión 2000

4a. Reimpresión 2002

5a. Reimpresión 2005

© Siglo del Hombre Editores

Cra. 32 N° 25-46 Bogotá, D.C.

PBX: 337 77 00 • Fax: 337 76 65

www.siglodelhombre.com

© Facultad de Derecho-Universidad de los Andes

Cra. 1 N° 18^a-10 Bogotá, D.C.

Tel.: 352 04 66 Ext. 23822

Fax: 281 21 30

Diseño de colección: Mauricio Melo González

ISBN: 958-665-004-9

(Colección) ISBN: 958-665-000-6

Panamericana Formas e Impresos S.A.

Calle 65 N° 95-28 Bogotá, D.C.

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

NOTA DE LOS EDITORES

Tras pocos años de su publicación, *El concepto de derecho* transformó la forma como la filosofía del derecho era entendida y estudiada dentro y fuera del mundo anglosajón. Su enorme impacto dio lugar a una multitud de publicaciones que discuten el libro y sus doctrinas, no sólo en el contexto de la teoría jurídica, sino también en la filosofía moral y política.

Durante varios años, Hart tenía en mente añadir un capítulo a *El concepto de derecho*. Él no quería hacer reparaciones experimentales al texto cuya influencia había sido tan amplia y, de acuerdo con sus deseos, el libro es publicado aquí sin cambios, excepto por algunas correcciones menores¹. Pero él quería responder a los diferentes comentarios hechos al libro, defendiendo su posición contra quienes la interpretaban erróneamente, refutando las críticas infun-

¹ Los editores ingleses se refieren a *El concepto de derecho*, cuya segunda edición fue hecha en 1994 e incluyó el *Postscriptum* y esta nota aclaratoria [N. del T.]. Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Segunda Edición, Oxford, Clarendon Press, 1994.

dadas, y —lo que era igualmente importante para él— aceptando la fuerza de la crítica fundada y sugiriendo formas de ajustar las doctrinas del libro para satisfacer esas observaciones. Que el nuevo capítulo —pensado al comienzo como prefacio, pero finalmente como *postscriptum*— estuviera sin terminar al momento de su muerte, se debió sólo en parte a su meticuloso perfeccionismo. Esta circunstancia también obedeció las dudas persistentes del autor sobre la sabiduría del proyecto y a una continua incertidumbre sobre si podría hacer justicia al vigor y la profundidad de las tesis del libro original. Sin embargo, y con varias interrupciones, continuó trabajando en el *postscriptum* y al momento de su muerte la primera de las dos secciones planeadas estaba casi completa.

Cuando Jenifer Hart nos pidió examinar los borradores y decidir si había allí algo publicable, nuestro pensamiento más presente fue no dejar publicar nada con lo que Hart no habría estado satisfecho. Por lo tanto, estuvimos complacidos de encontrar que la mayoría de la primera sección del *postscriptum* se encontraba en un estado tan acabado. Hallamos sólo notas a mano destinadas a la segunda sección, y eran demasiado fragmentarias e incipientes para ser publicables. Por el contrario, la primera sección existía en varias versiones y había sido escrita a máquina, corregida, escrita de nuevo a máquina, y revisada de nuevo. Hart, obviamente, no consideraba que aun la versión más reciente se encontrara en su estado definitivo. Hay numerosos cambios en lápiz y bolígrafo. Además, Hart no descartó versiones anteriores, sino que parece haber seguido trabajando en la versión que encontrara a mano. Aunque esto hizo más difícil el trabajo editorial, los cambios introducidos durante los últimos dos años fueron básicamente de matiz estilístico, lo que indica que él estaba esencialmente satisfecho con el texto tal como estaba.

Nuestra tarea fue comparar las versiones alternativas y, donde ellas no coincidían, establecer si los segmentos del texto que aparecían en sólo una de

ellas estaban ausentes de las otras porque él los descartó, o porque nunca tuvo una versión que incorporara todas las correcciones. El texto publicado incluye todas las correcciones que no fueron descartadas por Hart y que aparecen en versiones del texto que él continuó revisando. En ocasiones el texto mismo era incoherente. Esto debe haber sido el resultado, en varias ocasiones, de un error de lectura del manuscrito por parte del mecanógrafo, cuyos errores Hart no siempre notó. En otras ocasiones, se debió sin duda a la forma natural en que las frases se enredan en el desarrollo de la redacción, solucionable en la versión final, que Hart no pudo hacer antes de morir. En estos casos, tratamos de restaurar el texto original, o restablecer, con la mínima intervención, el pensamiento de Hart. Un problema especial se presentó en la Sección 6 (sobre la discrecionalidad). Encontramos dos versiones del párrafo inicial, una en una copia que terminaba en ese punto, y otra en una copia que contenía el resto de la sección. Debido a que la versión truncada se encontraba en una copia que incorporaba varias de las revisiones más recientes, no fue nunca descartada por él, y es consonante con la exposición general del *postscriptum*, decidimos dejar que se publicaran ambas versiones y que la que no fue terminada apareciera en una nota de pie de página.

Hart nunca hizo escribir a máquina las notas de pie de página, que son en su mayoría referencias. Tenía una versión manuscrita de las notas, y las indicaciones para la lectura de éstas se pueden encontrar con mayor facilidad en la primera copia escrita a máquina. Más tarde, agregó ocasionalmente referencias en comentarios marginales, pero la mayor parte de éstas está incompleta, indicando a veces sólo la necesidad de buscar la referencia. Timothy Endicott verificó todas las referencias, buscó el origen de las que estaban incompletas y agregó referencias donde Hart citó a Dworkin o lo parafraseó de forma cercana sin indicar una fuente. Endicott también corrigió el

texto donde las citas eran inexactas. En el curso de este trabajo, que implicó investigación e ingenio notables, también sugirió varias correcciones al texto principal, de acuerdo con las directrices editoriales expuestas anteriormente, que nosotros incorporamos agradecidamente.

No hay duda en nuestro pensamiento de que, si hubiese tenido la oportunidad, Hart habría mejorado y pulido más el texto antes de publicarlo. Pero creemos que el *postscriptum* publicado contiene su respuesta cuidadosa a varias de las tesis de Dworkin.

PENÉLOPE A. BULLOCH
JOSEPH RAZ

ÍNDICE

TEORÍA DEL DERECHO Y DECISIÓN JUDICIAL

En torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin	15
<i>César Rodríguez</i>	
Introducción	15
Orígenes y desarrollo del debate	20
La reformulación del positivismo en Hart	20
Las primeras críticas de Dworkin	35
La respuesta de Hart frente a la primera crítica	38
La "segunda crítica" de Dworkin y la construcción de la teoría del derecho como integridad	40
La defensa sistemática de Hart: el <i>Postscriptum</i>	43
¿Están Hart y Dworkin realmente en desacuerdo?	45
Las reglas y los principios	48
La omisión de Hart y la crítica de Dworkin: ¿son distintos los principios y las reglas?	48

Los principios, las reglas y la regla de reconocimiento	54
El derecho como práctica interpretativa	61
Los casos difíciles y la discrecionalidad judicial	66
Un caso para Hércules y Herbert	66
Tipos de casos difíciles	68
¿Cómo se resuelven los casos difíciles?	69
¿Existe una respuesta correcta en los casos difíciles?	84
POSTSCRIPTUM	89
<i>H.L.A. Hart</i>	
La naturaleza de la teoría del derecho	91
La naturaleza del positivismo jurídico	98
El positivismo como teoría semántica	98
El positivismo como teoría interpretativa	103
El positivismo suave	106
La naturaleza de las reglas	112
La teoría práctica de las reglas	112
Reglas y principios	117
Los principios y la regla de reconocimiento	123
Linaje e interpretación	123
Derecho y moral	130
Derechos y deberes	130
Identificación del Derecho	131
Discrecionalidad judicial	135
CÓMO EL DERECHO SE PARECE A LA LITERATURA	
<i>Ronald Dworkin</i>	
Las leyes y el derecho	144
Literatura	148
Hipótesis estética	148
La intención del autor	157
Derecho y literatura	164
La cadena legislativa	164
La intención autorial en el derecho	172
La política en la interpretación	177

BIBLIOGRAFÍA	181
Bibliografía de H.L.A. Hart	181
Bibliografía de Ronald Dworkin	184
Bibliografía sobre el debate Hart-Dworkin	189

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*¹ 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 derecho² 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 Carrió³ en 1963. Desde entonces, la versión sociológico-analítica del positivismo propuesta por Hart

des juges, Paris, 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 discutió 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 jurisdicción 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 jurisdicción 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 general⁴ y, como sucede en medio de todas las crisis en el conocimiento⁵, 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 derecho⁶, 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 ensayar 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 ha recogido la tesis de Dworkin sobre la interpretación de la

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 dispu-

sulas “vagas” de la Constitución. Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. 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 el mundo*, ed. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984. Igualmente importantes son los exhaustivos trabajos de Juan José Arsuaga y de Fernando de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, y de Juan José Ramos, *La regla de reconocimiento en la teoría del derecho*, ed. de J. 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. 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-

7 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. 125. En este ensayo, las citas y la numeración de las páginas provienen de la obra original en inglés.

cionado con la exequibilidad de una ley que penalizaba el porte y uso de dosis personales de estupefacientes, decidido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-221/94⁸.

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?"⁹. En otras palabras, los problemas fundamentales de la teoría jurídica son las relaciones entre el derecho y la coerción, 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 analizadas¹⁰.

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 relata¹¹, 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"¹². 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 contemporáneo¹³. 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 Cotterrell¹⁴— 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*¹⁵, 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"¹⁶.

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"¹⁷. 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 restricciones¹⁸. 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 soberano¹⁹. 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 castigo²⁰.

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 cargo²¹; ¿cómo se explica el hecho de que existan normas que limitan las potestades legislativas del soberano²²; ¿cómo es posible que existan normas emanadas de la costumbre y no de un acto explícito de legislación²³; ¿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 testamentos²⁴. 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 jurídicas²⁵. 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 regla²⁶.

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 respuesta²⁷. 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 primario²⁸. 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”²⁹ 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”³⁰.

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”³¹— 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”³². 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 sistema³³.

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 hecho³⁴.

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 sistema³⁵.

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 jurídico³⁶. 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"³⁷. Hart sostiene que esta idea es equivocada 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 manera³⁸.

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 caso³⁹, 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 externo⁴⁰.

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

miento 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 tratan 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 domingos⁴¹. 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 comportamiento⁴². 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 castigo⁴³. 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 difíciles⁴⁴.

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 comunicación⁴⁵. La vaguedad o "textura abierta"⁴⁶ 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 períodos 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 interpretación⁴⁷. 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 contexto⁴⁸. 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 discrecionalidad⁴⁹ 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 discreción 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 judicial⁵⁰. 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 jurídicas⁵¹.

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*⁵², 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 favor⁵³.

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 Hart⁵⁴.

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

pertinentes⁵⁵. 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 jurídico⁵⁶. 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 razón⁵⁷.

En un segundo artículo, *Social Rules and Legal Theory*⁵⁸, 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—⁵⁹. 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 observadas⁶⁰. 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

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.

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 jurídicas⁶¹. Con esta ampliación, Dworkin propone el abandono de la separación conceptual tajante entre derecho y moral defendida por los positivistas.

En *Hard Cases*⁶², 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 caso⁶³. 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*⁶⁴, Hart señala algunas difi-

61 *Ibid.*, p. 57.

62 Ronald Dworkin, "Hard Cases", en: *Harvard Law Review*, 88 (1975), reimpresso 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 irremediamente 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*⁶⁵, 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.

wellyn⁶⁶, 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”⁶⁷— 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 otra⁶⁸. 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 suya⁶⁹. 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*⁷⁰, estableció las líneas centrales que después serían expuestas sistemáticamente en la segunda fase, representada por *Law's Empire*⁷¹, 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 integridad⁷². En *How Law is Like Literature*⁷³, 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?*⁷⁴, 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.

vencionalismo⁷⁵ y el pragmatismo⁷⁶. 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 jurídicas⁷⁷.

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 anglosajonas⁷⁸.

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 Dworkin⁷⁹. Hart tuvo durante varios años el proyecto de plantear una respuesta comprehensiva 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 1994⁸⁰.

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*, 68 (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 (ed.), *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 ella⁸¹. 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 dworkinianas⁸². 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 solucionarlos⁸³. 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 derecho⁸⁴. 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”⁸⁵, 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 moral⁸⁶, 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 Raz⁸⁷, 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. 823.

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 particular⁸⁸. 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-

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.

88 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.

**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 reconocimiento⁸⁹. 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”⁹⁰, 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 caso⁹¹. 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.*, id.

fiere en el campo de aplicación de otra, o bien la reemplaza, o bien establece una excepción a ella⁹².

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 prensa⁹³. 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 intimidad⁹⁴. 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 concreto⁹⁵.

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 ponderar⁹⁶ 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.

95 Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 25-26.

96 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 concreto⁹⁷.

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 curso⁹⁸. ¿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 Dworkin⁹⁹, 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 principios¹⁰⁰. Sin embargo, para Hart, la distinción no es sustancial, sino de grado¹⁰¹. 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. —

99 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 24-28.

100 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.

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

Los principios, las reglas y la regla de reconocimiento

La crítica de Dworkin a la regla de reconocimiento de Hart

Al proponer la distinción entre reglas y principios, Dworkin no pretende hacer una modificación accesoria a la teoría positivista. La distinción implica el derribo de uno de los pilares de esa corriente de pensamiento: la tesis de la existencia de un parámetro de identificación de las normas de un sistema jurídico. En esta tesis se funda la separación conceptual entre el derecho y la moral; si hay un parámetro independiente de la moral con el cual pueden ser identificadas las normas jurídicas, es posible afirmar que una norma pertenece a un sistema jurídico incluso si no guarda conformidad con criterios materiales de justicia. En otras palabras, una norma puede ser válida aunque sea injusta.

Tanto el positivismo de Austin y Bentham como el de Kelsen, según se vio en el capítulo anterior, habían acudido a la noción de derivación jerárquica o linaje —pedigree— para explicar la validez de las normas jurídicas. Sin embargo, frente a la definición del carácter de la norma suprema del sistema jurídico, las respuestas no resultaban enteramente satisfactorias. Hart reformuló la regla de reconocimiento en términos de la existencia de una práctica social de aceptación de una norma jurídica suprema—v.gr. la Constitución— y sostuvo que esta base sociológica ofrecía una solución adecuada al problema recurrente de las teorías positivistas.

La existencia de principios en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con Dworkin, hace colapsar el esquema de validez y aceptación propuesto por Hart¹⁰². Algunos principios, como la libertad de prensa, están

102 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 39-45 y 58-68.

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 jurídica¹⁰³. 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 interpretación¹⁰⁴. 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 derecho¹⁰⁵.

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*¹⁰⁶, 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 suave¹⁰⁷, 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*¹⁰⁸, 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. 250.

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

tablece 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 escrita¹⁰⁹; 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 positivas¹¹⁰. 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 parricidas 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 linaje¹¹¹.

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"¹¹². ¿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 debate¹¹³, 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"¹¹⁴: 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. 264.

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 difíciles¹¹⁵. 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"¹¹⁶. 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 social¹¹⁷.

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 política¹¹⁸. 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 *Law's Empire* y que será expuesta más adelante en este capítulo.

118 Esta tesis será matizada por Dworkin en *Law'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"¹¹⁹. 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 morales¹²⁰. 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 moral¹²¹. Para Dworkin, la unión conceptual entre derecho y moral

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 democrática¹²². 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 relevantes¹²³. 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

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.

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

123 *Ibid.*, p. 5.

hechos históricos¹²⁴. 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 jurídicas¹²⁵. La discusión tiene que ver con el "contenido" del derecho y por tanto, de acuerdo con Dworkin, son teóricas, no empíricas¹²⁶.

Los desacuerdos teóricos —que constituyen la médula del derecho— muestran el rasgo central de las prácticas jurídicas, a saber, su carácter argumentativo¹²⁷. 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 vigentes¹²⁸. 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"¹²⁹. 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 fases¹³⁰. 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 preinterpretativo¹³¹. 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 interpretativas¹³²: 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—?¹³³ 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 derecho¹³⁴.

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”¹³⁵. De acuerdo con esta teoría, los particulares tienen derecho a que las decisiones de las autoridades públicas estén basadas en principios aplicados de manera consistente¹³⁶. 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 caprichosas¹³⁷. 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 todas 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 judicial¹³⁸. 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 alucinógenas¹³⁹. 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 públicos¹⁴⁰, 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 nacer¹⁴¹. 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 estupeficientes. 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 analogía¹⁴². En tercer lugar, aunque exista una solá 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-

guir 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 jurídico¹⁴³. 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-

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

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 realismo¹⁴⁴. 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 concreto¹⁴⁵.

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 ellas¹⁴⁶. 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 litigio¹⁴⁷.

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 contrario¹⁴⁸. 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 conflicto¹⁴⁹.

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 Cappelletti¹⁵⁰, 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 pasiones¹⁵¹.

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 1994, se muestra más cercano al racionalismo de Alexy y Habermas que al empirismo de Hume. *Ibid.*, Segunda Edición, 1994, p. xvi. Manuel Atienza, por su parte, establece la conexión anotada en *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 140.

das que conducen al bien"¹⁵². 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 Naranjo. *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 justificativo¹⁵³. 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 razonamiento¹⁵⁴. 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 democrático¹⁵⁵. 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 públicos¹⁵⁶.

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 derecho¹⁵⁷.

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 mismo¹⁵⁸.

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"¹⁵⁹ 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:

157 *Ibid.*, p. 86.

158 Dworkin sostiene que la completud del derecho es, por lo menos, una idea regulativa de la actividad judicial. Hércules 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.

159 *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 conjunto¹⁶⁰. 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 existencia¹⁶¹.

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 económico¹⁶². 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 moral¹⁶³.

La distinción entre principios y políticas ha dado lugar a numerosas críticas¹⁶⁴, 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 (evaluado 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. 88-118 y 119-160, respectivamente.

tantes. 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 viceversa¹⁶⁵. De otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las constituciones del Estado social —como lo han señalado Habermas y Teubner¹⁶⁶— 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 economía¹⁶⁷.

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 acueducto, 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 principio¹⁶⁸. Los derechos, protegidos por este tipo de argumentos, son por definición triunfos del individuo contra las mayorías¹⁶⁹ 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 comunidad¹⁷⁰.

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.

1) 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 cadena¹⁷¹: 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 solución¹⁷². 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 sólo 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 éstos¹⁷³.

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", en: *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 sólo 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 general¹⁷⁴ 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 distinta¹⁷⁵. 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 morales¹⁷⁶. Jürgen Habermas, desde la perspectiva de la teoría comunicativa del derecho, ha sostenido recientemente una opinión semejante¹⁷⁷. 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 interpretativa¹⁷⁸. 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 ciencia¹⁷⁹.

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 prácticas¹⁸⁰. 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*¹⁸¹, 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 Kennedy¹⁸² 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

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 principios¹⁸³. 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 correcta¹⁸⁴.

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).

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 férrea 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 derecho¹⁸⁵. 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 Francois Ost y Michel van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruselas, Bruylant, 1989; Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Paris, 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.

POSTSCRIPTUM

H.L.A. Hart

El presente libro fue publicado por primera vez hace veintidós años. Desde entonces, la reflexión teórica sobre el derecho y la filosofía se han aproximado mucho más, y la teoría del Derecho ha sido objeto de un gran desarrollo, tanto en este país como en los Estados Unidos. Me agradaría pensar que este libro contribuyó a propiciar tal desarrollo, si bien entre los abogados dedicados a la academia y los filósofos, críticos de sus principales doctrinas, han sido al menos tan numerosos como sus adeptos. Comoquiera que sea, aun cuando originalmente lo escribí teniendo en mente a los estudiantes de Derecho, ha alcanzado una difusión mucho más amplia y ha generado una extensa literatura secundaria de comentarios críticos en el mundo anglosajón y en varios países donde han sido publicadas traducciones del mismo. Gran parte de estos ensayos críticos está conformada por artículos publicados en revistas de Derecho y de filosofía, pero adicionalmente se han editado importantes libros, en los cuales las diferentes tesis de este libro

han sido blanco de crítica y puntos de partida para la exposición de las propias teorías del Derecho de los críticos.

Aun cuando he respondido a algunos de mis detractores, en especial al fallecido profesor Lon Fuller¹ y al profesor R.M. Dworkin², hasta el momento no he formulado una respuesta completa a ninguno de ellos; he preferido observar y aprender de un instructivo debate en el que algunos de los críticos se han distanciado unos de otros tanto como lo hacen de mí. En este *Postscriptum*, sin embargo, intento responder a algunas de las amplias críticas suscitadas por Dworkin en muchos de los artículos seminales recopilados en sus libros *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y *Law's Empire* (1986)³. Aquí me he centrado principalmente en las objeciones de Dworkin, pues no sólo ha argumentado que casi todas las tesis importantes de este libro están radicalmente equivocadas, sino que se opone a la idea misma de una teoría del Derecho y a su propósito implícito. Los argumentos de Dworkin en contra de los principales temas del libro guardan cierta coherencia general a través de los años; ha habido, no obstante, importantes cambios tanto en el contenido

1 Véase mi reseña de su libro *The Morality of Law* (1964), en: 78, *Harvard Law Review*, 1.281 (1965), reproducida en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), p. 343. Nota: las notas entre paréntesis de este tipo han sido añadidas por los editores del *Postscriptum*.

2 Véase mi artículo "Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976", en: 51, *New York University Law Review*, 538 (1976); "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en: 11, *Georgia Law Review*, 969 (1977); "Between Utility and Rights", en: 79, *Columbia Law Review*, 828 (1979). Todos los artículos anteriores fueron recopilados en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Véanse también "Legal Duty and Obligation", cap. VI, en mi libro *Essays on Bentham* (1982) y "Comment", en: R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (1987), p. 35.

3 Versiones castellanas, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. *A Matter of Principle* no tiene traducción castellana. [N. del T.]

de algunos de ellos como en la terminología en que los expresa. Algunas de las críticas que ocupan un lugar prominente en sus primeros ensayos han desaparecido de sus obras posteriores, aunque no haya renunciado explícitamente a ellas. Puesto que estas primeras críticas han obtenido amplia difusión y ejercen una gran influencia, he considerado conveniente responder tanto a ellas como a las posteriores.

La primera sección y la más extensa del *Postscriptum* se ocupa de los argumentos de Dworkin. En la segunda me refiero a otros críticos, quienes sostienen que mis tesis no sólo adolecen de oscuridades e inexactitudes, sino que en ciertas ocasiones llegan a la incoherencia y la contradicción⁴. A este propósito, debo admitir que en más ocasiones de las que me agradaría contemplar, mis críticos están en lo cierto; aprovecho la oportunidad que me ofrece este *Postscriptum* para aclarar lo que está oscuro y para revisar lo que escribí originalmente en lo que pueda haber de incoherente o contradictorio en ello.

LA NATURALEZA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

El propósito de este libro era ofrecer una teoría acerca del Derecho que fuese a la vez general y descriptiva. Es "general", en el sentido de que no se encuentra atada a ningún sistema o cultura jurídica en particular, sino que busca hacer un recuento explicativo y aclaratorio del Derecho como una institución social y política compleja, que posee un aspecto gobernado por reglas —y, en este sentido, "normativo"—. Tal institución, a pesar de las muchas variaciones que acusa en diferentes culturas y épocas, ha asumido la misma forma y estructura general, si bien ha sido rodeada de muchas comprensiones erradas y mitos que la oscurecen. El punto de partida para esta tarea

4 Hart no completó la segunda de las secciones aquí mencionada. Véase la Nota del Editor.

esclarecedora es el difundido conocimiento común de los principales rasgos del sistema jurídico nacional moderno que atribuyo, en la página 3 del libro, a cualquier persona educada. El recuento es “descriptivo” por cuanto es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar, con base en un fundamento moral o de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general que hago del Derecho, aun cuando una clara comprensión de ellas es, en mi opinión, un aspecto preliminar de importancia para cualquier crítica moral del Derecho que haya de ser útil.

Como medio para llevar a cabo este proyecto descriptivo, el libro hace uso repetido de una serie de conceptos tales como “reglas que imponen un deber”, “reglas que confieren un poder”, “reglas de reconocimiento”, “reglas de cambio”, “aceptación de las reglas”, “punto de vista externo e interno”, “enunciados externos e internos” y “validez jurídica”. Estos conceptos centran la atención en ciertos elementos en términos de los cuales puede ser esclarecida analíticamente una variedad de instituciones y prácticas jurídicas y puede responderse a una serie de interrogantes relativos a la naturaleza general del Derecho, suscitados por la reflexión acerca de tales instituciones y prácticas. Incluye preguntas tales como ¿Qué son las reglas? ¿Cómo difieren de los meros comportamientos regulares? ¿Hay tipos radicalmente diferentes de reglas jurídicas? ¿Cómo pueden relacionarse las reglas entre sí? ¿Qué significa que las reglas conformen un sistema? ¿Cómo se relacionan las reglas jurídicas y la autoridad que poseen con las amenazas, por una parte, y con los requerimientos morales por la otra?⁵

La teoría del Derecho así concebida, como descriptiva y general a la vez, es un proyecto que difiere radicalmente de la concepción de Dworkin de la teoría del Derecho —o *jurisprudence*, como la designa a menu-

5 Véase H.L.A. Hart, “Comment”, en: Gavison, *op. cit.*, n. 2, p. 35.

do—, parcialmente valorativa y justificativa y “dirigida a una cultura jurídica en particular”⁶, que es, por lo general, la del autor y, en el caso de Dworkin, la del Derecho anglo-americano. La tarea central de la teoría del Derecho así concebida es caracterizada por Dworkin de “interpretativa”⁷ y contiene en parte evaluaciones, pues consiste en identificar los principios que mejor se “adecuan” al Derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico y que, al mismo tiempo, suministran la mejor justificación moral de ellos, mostrando así el derecho “bajo su mejor aspecto”⁸. Para Dworkin, los principios así identificados no sólo forman parte de una teoría del Derecho, sino que son también, implícitamente, parte del Derecho mismo. Para este autor, “la filosofía del Derecho —*jurisprudence*— es la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso a cualquier decisión en Derecho”⁹. En sus primeras obras, dichos principios eran designados sencillamente como “la teoría más sensata del Derecho”¹⁰, pero en su última obra, *Law's Empire*, caracteriza a estos principios y a las proposiciones jurídicas particulares que se siguen de ellos, como Derecho en un sentido “interpretativo”. Las prácticas jurídicas establecidas o paradigmas del Derecho que la teoría interpretativa debe interpretar son descritos por Dworkin como “preinterpretativos”¹¹, y supone que el teórico no tendrá ninguna dificultad ni deberá realizar un labor teórica para identificar estos datos preinterpretativos, puesto que han sido establecidos mediante un consenso general entre los abogados de los sistemas jurídicos particulares¹².

6 *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 102.

7 *Ibid.*, capítulo 3.

8 *Ibid.*, p. 90.

9 *Ibid.*

10 *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, S 66.

11 *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 65-66.

12 Dworkin, sin embargo, advierte que la identificación de este Derecho preinterpretativo puede ser ella misma objeto de interpretación. Véase *ibid.*, p. 66.

No resulta evidente por qué debería o podría suscitarse un conflicto de importancia entre proyectos tan diferentes como mi concepción de la teoría del Derecho y la de Dworkin. En efecto, gran parte de la obra de Dworkin, incluyendo *Law's Empire*, está dedicada a la elaboración de las ventajas comparativas de tres explicaciones diferentes acerca de la manera en que el Derecho —“decisiones políticas anteriores”¹³— justifica la coerción y por consiguiente, genera tres formas diferentes de teorías del Derecho a las que denomina respectivamente “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” y “Derecho como integridad”¹⁴. Todo lo que escribe acerca de estos tres tipos de teoría es de gran interés e importancia como contribución a una filosofía del Derecho valorativa y justificativa y no pretendo discutir la elaboración que ofrece de sus ideas interpretativas¹⁵, excepto por cuanto sostiene que una teoría del Derecho positivista, tal como la que presento en este libro, puede ser reformulada, de manera esclarecedora, como una teoría interpretativa. En mi concepto, esta última idea es errada y expondré a continuación las razones que me llevan a objetar una versión interpretativa de mi teoría.

Dworkin, en sus escritos, parece excluir una teoría general y descriptiva del Derecho como algo carente de sentido o, en el mejor de los casos, como algo sencillamente inútil. “Las teorías del Derecho útiles —afirma— interpretan un estadio particular de una práctica histórica en desarrollo”¹⁶; anteriormente, había afirmado que “una distinción radical entre

¹³ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴ *Ibid.*, p. 94.

¹⁵ Debemos observar, sin embargo, que algunos críticos, Michael Moore, por ejemplo, en “The Interpretive Turn in Modern Theory: ¿A Turn for the Worse?”, en: 41, *Stanford Law Review*, 871 (1989), en las páginas 947-948, si bien admite que la práctica legal es interpretativa en el sentido de Dworkin, niega que la teoría legal pueda serlo.

¹⁶ *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 102; cf. “Las teorías generales del Derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica jurídica”, *ibid.*, p. 410.

descripción y evaluación” ha “debilitado la teoría del Derecho”¹⁷.

Encuentro difícil seguir las razones precisas que ofrece Dworkin para rechazar la teoría o filosofía del Derecho descriptivas. Su objeción principal parece ser que la teoría del Derecho debe tener en cuenta una perspectiva interna que sería el punto de vista de quien la practica o de quien participa en el sistema jurídico; sería imposible que una teoría descriptiva pudiera ofrecer una explicación adecuada de este punto de vista interno, pues su perspectiva no es la del participante sino la del observador externo¹⁸. Pero, de hecho, no hay nada que impida a un observador externo, dentro del proyecto de una jurisprudencia descriptiva tal como la que se ejemplifica en mi libro, describir la manera como los participantes ven el Derecho desde una perspectiva interna. Por el contrario, explico en este libro, de manera relativamente extensa, que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar que el Derecho suministra guías para su conducta y parámetros de crítica. Desde luego, un teórico descriptivo del Derecho no comparte él mismo la aceptación de los participantes, pero puede y debe describirla, como en efecto he intentado hacerlo. Es cierto que, para tal fin, el teórico descriptivo del Derecho debe “comprender” lo que significa adoptar el punto de vista interno y, en este sentido restringido, debe estar en condiciones de ponerse en el lugar de un participante; pero esto no equivale a compartir o suscribir el punto de vista interno del participante ni a renunciar en manera alguna a su posición descriptiva.

En su crítica de la filosofía del Derecho descriptiva,

¹⁷ *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 148; cf. “Las teorías del Derecho no pueden ser comprendidas razonablemente como... recuentos neutrales de una práctica social”, en: “A Reply by Ronald Dworkin”, Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1983) [citado en lo sucesivo como RDCJ], p. 247, en 254.

¹⁸ Véase *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 13-14.

Dworkin parece excluir esta posibilidad evidente, la de un observador externo que toma en cuenta, en esta actitud descriptiva, el punto de vista interno del participante pues, como lo he dicho, identifica la filosofía del Derecho como "la parte general de la adjudicación", y esto equivale a tratar a la filosofía o a la teoría del Derecho como si ella misma hiciese parte de un sistema jurídico visto desde la perspectiva interna de los participantes jurídicos. No obstante, el teórico descriptivo puede comprender y describir el punto de vista interno del participante sobre el Derecho sin que necesariamente lo adopte o lo comparta. Incluso si —como lo ha argumentado Neil MacCormick¹⁹ y muchos otros críticos— la perspectiva interna del participante manifestada en la aceptación del Derecho como algo que suministra guías de conducta y parámetros de crítica incluye necesariamente también la creencia de que existen razones "morales" para conformarse a los requerimientos de la ley y una justificación "moral" del uso que ésta hace de la coerción, esto sería también algo que debe ser registrado por una filosofía del Derecho moralmente neutra pero no algo que el teórico deba suscribir o compartir.

Sin embargo, Dworkin mismo ha aceptado que los problemas parcialmente valorativos que Dworkin denomina "interpretativos" no son los únicos de que tratan la filosofía y la teoría del Derecho, y que hay un lugar importante para una filosofía del Derecho general y descriptiva, y ha explicado que observaciones suyas tales como "la filosofía del Derecho es la parte general de la adjudicación" deben ser matizadas pues, como lo afirma ahora, esto sólo "se aplicaría a la filosofía del Derecho en lo relativo al problema del sentido"²⁰. Se trata de una corrección importante y acertada de lo

19 Véase *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), pp. 63-64, 139-140.

20 R.M. Dworkin, "Legal Theory and the Problem of Sense", en: R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (1987), en 19.

que parecía una tesis extravagante y, ciertamente, como el mismo Dworkin la ha calificado, "imperialista", según la cual la única forma apropiada de la teoría del Derecho sería la interpretativa y valorativa.

No obstante, sigo encontrando paradójicas las implicaciones de las siguientes palabras de advertencia con las que Dworkin acompaña ahora el retiro de su tesis presuntamente imperialista: "pero vale la pena resaltar cuánto se extiende este problema [del sentido] en los problemas de que tratan las teorías generales, como la de Hart"²¹. La pertinencia de esta advertencia no es clara. Los problemas que he discutido incluyen asuntos tales como la relación del derecho con las órdenes coercitivas, por una parte, y con requerimientos morales, por la otra, y el punto implícito en la advertencia de Dworkin parece ser que, al discutir problemas de esta índole, incluso el teórico descriptivo deberá enfrentar problemas relativos al sentido o significado de las proposiciones jurídicas que sólo puede ser respondido satisfactoriamente por una teoría jurídica parcialmente interpretativa y parcialmente valorativa. Si en efecto así fuese, para determinar el sentido de cualquier proposición jurídica dada, incluso el teórico del derecho descriptivo debe formular y responder la pregunta interpretativa y valorativa, "¿qué sentido debe asignarse a esta proposición si ha de derivarse de aquellos principios que mejor se adecuan a la ley establecida y mejor la justifican?". Aún si fuera cierto que una teoría general y descriptiva del Derecho, al buscar una respuesta al tipo de interrogantes que menciono, debiera determinar el sentido de las proposiciones jurídicas en muchos sistemas diferentes, no parece haber razón alguna para aceptar la idea de que esto "deba" estar determinado por el hecho de formular el interrogante interpretativo y valorativo de Dworkin. Más aún, incluso si los jueces y abogados de todos los sistemas jurídicos de los que se

21 *Ibid.*, id.

ocupa la teoría descriptiva de hecho resolvieran los problemas del sentido de esta manera, en parte interpretativa y evaluativa, esto sería algo que la teoría descriptiva debe registrar como un hecho sobre el cual basará sus conclusiones descriptivas generales respecto del sentido de las proposiciones jurídicas. Desde luego, sería un grave error suponer que porque estas conclusiones se basan en este hecho, deban ser ellas mismas interpretativas y valorativas y que, al exponerlas, la teoría descriptiva ha pasado de la tarea de descripción a la de interpretación y evaluación. La descripción continúa siendo una descripción incluso cuando lo que describe es una evaluación.

LA NATURALEZA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo como teoría semántica

Dworkin asume mi libro como un trabajo representativo del positivismo jurídico moderno, por oposición a versiones anteriores, tales como las de Bentham y Austin, principalmente por su rechazo a las teorías imperativas del Derecho que ellos proponen, y a la idea según la cual toda ley emana de un cuerpo o persona soberano e irrestricto desde el punto de vista legislativo. Dworkin encuentra en mi versión del positivismo jurídico una serie de errores diferentes pero relacionados entre sí. El más fundamental sería la idea de que la verdad de las proposiciones jurídicas, tales como aquellas que describen derechos y deberes jurídicos, depende únicamente de hechos históricos evidentes incluyendo hechos relativos a las creencias personales y a las actitudes sociales²². Los hechos de los que depende la verdad de las proposiciones jurídicas constituyen lo que Dworkin denomina "los fundamentos del Derecho"²³ y el positivista, en su opinión,

22 *Law's Empire*, op. cit., pp. 6 ss.

23 *Ibid.*, p. 4.

equivocadamente supone que éstos están fijados por reglas lingüísticas, compartidas por jueces y abogados, que gobiernan el uso y por ende el significado de la palabra "Derecho", tanto cuando aparece en afirmaciones acerca de cuál es "el Derecho" en un sistema jurídico particular sobre un punto específico, como en afirmaciones acerca de qué es "el Derecho" —el Derecho en general²⁴—. Desde esta perspectiva positivista del Derecho, se seguiría que los únicos desacuerdos que pueden existir acerca de problemas jurídicos serían aquellos relativos a la existencia o no existencia de tales hechos históricos; no podría haber desacuerdos teóricos ni controversias acerca de lo que constituye los "fundamentos" del Derecho.

Dworkin dedica muchas páginas de su esclarecedora crítica al positivismo jurídico a mostrar que los desacuerdos teóricos acerca de qué constituye los fundamentos del Derecho es, contrariamente a lo que afirma el positivismo, un rasgo prominente de la práctica jurídica anglosajona. En contra de la idea de que éstos están fijados incontrovertiblemente por las reglas lingüísticas compartidas por jueces y abogados, Dworkin sostiene que son esencialmente controvertibles pues entre ellos no sólo hay hechos históricos sino a menudo juicios morales y juicios de valor controvertibles.

Dworkin ofrece dos explicaciones muy diferentes acerca de cómo los positivistas como yo hemos llegado a adoptar esta perspectiva radicalmente equivocada. Según la primera explicación, los positivistas creen que si lo que constituye los fundamentos del Derecho no estuviese fijado incontrovertiblemente por reglas sino que fuese un asunto disputable que permite desacuerdos teóricos, entonces el término "Derecho" "significaría" diferentes cosas para diferentes personas y al utilizarlo no se comprenderían, no se comunicarían acerca de la misma cosa. Esta

24 *Ibid.*, pp. 35 ss.

creencia atribuida a los positivistas es, en concepto de Dworkin, completamente errada, y llama al argumento en contra de los fundamentos controvertibles del Derecho en que el positivista presuntamente basa, "aguijón semántico"²⁵, pues depende de una teoría acerca del significado de la palabra "Derecho". En *Law's Empire* procede entonces a remover este "aguijón semántico".

Aun cuando en el primer capítulo de *Law's Empire* se me clasifica, junto con Austin, como un teórico semántico y, como tal, como alguien que deriva la teoría jurídica positivista "del hecho evidente" del significado de la palabra "Derecho", y que adolece del "aguijón semántico", no hay nada en mi libro ni en ninguno otro de mis escritos que apoye esta presentación de mi teoría. La tesis que sostengo, según la cual los sistemas jurídicos nacionales desarrollados contienen una regla de reconocimiento que especifica los criterios de identificación del Derecho que deben aplicar los jueces, puede estar equivocada; en ningún lugar, sin embargo, fundamento esta doctrina en la idea errada de que es parte del significado de la palabra "Derecho" el que haya una regla de reconocimiento semejante en todos los sistemas jurídicos, ni en la idea, aún más errada, de que si los criterios de identificación de los fundamentos del Derecho no estuviesen fijados de manera incontrovertible, "Derecho" tendría un "significado" diferente para diferentes personas.

En efecto, este último argumento que Dworkin me atribuye confunde el "significado" de un concepto con los criterios de su "aplicación". Lejos de aceptar esta idea, al explicar el concepto de justicia, llamo expresamente la atención (p. 100) al hecho de que los criterios de aplicación de un concepto con un significado constante pueden variar y son controvertibles. Para aclarar lo anterior, trazo la misma distinción en-

25 *Ibid.*, p. 45.

tre un concepto y diferentes concepciones de un concepto que ocupó un lugar tan prominente en la obra posterior de Dworkin²⁶.

Por último, Dworkin insiste también en que la tesis según la cual la teoría del Derecho que presentan los positivistas no es una teoría semántica, sino un recuento descriptivo de los rasgos distintivos del Derecho en general como fenómeno social complejo, presenta un contraste con la teoría semántica que resulta vacío y desorientador. Según su argumento²⁷, puesto que uno de los rasgos distintivos del Derecho como fenómeno social es que los abogados discuten la verdad de las proposiciones jurídicas y "explican" este hecho por referencia al sentido de tales proposiciones, una teoría descriptiva del Derecho debe ser, después de todo, semántica²⁸. En mi opinión, este argumento confunde el significado de "Derecho" con el significado de una proposición jurídica. Para Dworkin, una teoría semántica del Derecho sería aquella en la cual el significado mismo de la palabra "Derecho" hace que el derecho dependa de ciertos criterios específicos. Pero las proposiciones jurídicas no son típicamente aserciones acerca de qué es "el Derecho", sino acerca de lo que es "el Derecho", esto es, de lo que el Derecho en algún sistema permite, exige o autoriza a hacer. Por consiguiente, aún si el significado de las proposiciones jurídicas estuviese determinado por definiciones o por sus condiciones de verdad, esto no lleva a concluir que el significado mismo de la palabra "Derecho" hace que el Derecho dependa de ciertos criterios específicos. Esto sólo sucedería si los criterios suministrados por una regla

26 Sobre esta distinción, véase John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), pp. 5-6, 10. [Al distinguir el concepto de justicia de la concepción de justicia, Rawls afirma: "En este punto sigo a H.L.A. Hart, *The Concept of Law...*, pp. 155-159". (Primera edición.) Véase *A Theory of Justice*, p. 5, n. 1.] Versión castellana, *La Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

27 *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 418-419, n. 29.

28 *Ibid.*, pp. 31-33.

de reconocimiento de un sistema y la necesidad de una regla semejante derivaran del significado de la palabra "Derecho". Pero no hay indicio alguno de tal doctrina en mis escritos²⁹.

Dworkin representa equivocadamente en otro aspecto la forma de positivismo jurídico que he propuesto. Trata mi tesis acerca de la regla de reconocimiento como si requiriera que los criterios que suministra para la identificación del Derecho debieran consistir únicamente en hechos históricos, por lo cual sería un ejemplo de "un positivismo del hecho evidente"³⁰. Sin embargo, aun cuando los principales ejemplos que ofrezco de los criterios suministrados por la regla de reconocimiento pertenecen a lo que Dworkin ha denominado "linaje"³¹, y se ocupan únicamente de la manera como las instituciones jurídicas adoptan o crean el Derecho y no de su contenido, explícitamente afirmo, tanto en este libro (p. 72) como en mi artículo anterior, "Positivism and the Separation of Law and Morals"³² que, en algunos sistemas jurídicos, el de Estados Unidos, por ejemplo, el criterio último de validez jurídica puede incorporar explícitamente, además del linaje, principios de justicia o valores morales sustantivos, y que éstos pueden constituir el contenido de restricciones constitucionales. Al atribuirme un "positivismo del hecho evidente" en *Law's Empire*, Dworkin desconoce este aspecto de mi teoría. Por esta razón, la versión "semántica" del positivismo del hecho evidente que me endilga evidentemente no es mía, como tampoco lo es ninguna forma de positivismo del hecho evidente.

29 Véase p. 209, donde rechazo una doctrina semejante.

30 Esta frase es de Hart y no se encuentra en *Law's Empire*.

31 *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 17.

32 71, *Harvard Law Review*, 598 (1958), reproducido en: *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (véase, en especial, pp. 54-55).

El positivismo como teoría interpretativa

En la segunda explicación que ofrece Dworkin del positivismo del hecho evidente, no lo trata como una teoría semántica o como una teoría basada en consideraciones lingüísticas, sino que intenta reconstruirlo como una forma de la teoría interpretativa dworkiniana que él denomina "convencionalismo". Según esta teoría —que Dworkin finalmente rechaza por deficiente—, el positivista, a guisa de un teórico interpretativo comprometido con mostrar el Derecho bajo su mejor aspecto, afirma que los criterios de validez del derecho consisten en hechos, no fijados incontrovertiblemente por el vocabulario del Derecho, como sucede en la versión semántica, sino por una convicción compartida por jueces y abogados. Esto muestra al Derecho de manera favorable porque asegura algo de gran valor para quienes están sometidos a él, esto es, que las ocasiones en que se ejerce la coerción jurídica dependen de hechos accesibles a todos, de manera que todos estarán advertidos con anterioridad del uso de la coerción. Es lo que Dworkin denomina "el ideal de las expectativas protegidas"³³; no obstante, para Dworkin, sus méritos finalmente no compensan los numerosos defectos de que adolece.

Una explicación interpretativista del positivismo como convencionalismo, sin embargo, no puede ser presentada como una versión plausible o reconstrucción de mi teoría del Derecho, y esto por dos razones. En primer lugar, como ya lo he afirmado, mi teoría no es un positivismo del hecho evidente puesto que dentro de los criterios de validez admite valores y no sólo hechos. En segundo lugar, y más importante aún, mientras que la teoría interpretativa de Dworkin, en todas sus formas, depende de la presuposición de que el propósito u objetivo del Derecho y de

33 *Law's Empire*, op. cit., 117.

las prácticas jurídicas es justificar la coerción³⁴, ciertamente no es ni nunca ha sido mi posición sostener que el Derecho tenga tal propósito u objetivo. Al igual que otras formas del positivismo, mi teoría no pretende identificar el propósito del Derecho y de las prácticas jurídicas como tales; por consiguiente, no hay nada en mi teoría que apoye la tesis de Dworkin, que ciertamente no comparto, según la cual el propósito del Derecho es justificar la coerción. Por el contrario, considero inútil buscar un propósito específico que deba cumplir el Derecho, más allá del de suministrar guías para la conducta humana y parámetros de crítica para dicha conducta. Desde luego, esto no servirá para diferenciar el Derecho de otras reglas o principios que tengan los mismos objetivos generales; los rasgos distintivos del Derecho son las previsiones que hace, a través de reglas secundarias, para identificar, cambiar y hacer cumplir sus parámetros y la pretensión general de que éstos tienen prioridad por sobre otros. No obstante, incluso si mi teoría estuviese comprometida con el positivismo del hecho evidente bajo la forma del convencionalismo, que protege las expectativas al garantizar que todos dispondrán de una advertencia previa al ejercicio de la coerción jurídica, esto sólo mostraría que considero lo anterior como un mérito particular que posee el Derecho y no que el único propósito del Derecho como tal sea el de suministrar esta seguridad. Puesto que las ocasiones del ejercicio de la coerción jurídica son principalmente aquellos casos en los que la función primordial del Derecho, la de guiar la conducta de quienes están sometidos a él, no puede cumplirse, la coerción jurídica, aun cuando es, desde luego, un asunto de importancia, es una función secundaria. Su justificación no puede asumirse razonablemente como el propósito u objetivo del Derecho como tal.

Las razones de Dworkin para reconstruir mi teoría

34 *Ibid.*, p. 93.

jurídica como una teoría convencionalista interpretativa, según la cual la coerción jurídica únicamente se justifica "cuando se conforma a la comprensión convencional"³⁵, se basa en la exposición que hago de los Elementos del Derecho en el capítulo V, sección 3, de este libro. Allí muestro cómo las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación constituyen una respuesta a los inconvenientes de un régimen simple imaginario conformado únicamente por reglas de obligación primarias. Tales inconvenientes son la "incertidumbre" respecto de la identidad de las reglas, su naturaleza "estática" y la "ineficiencia" y pérdida de tiempo que implica la presión social difusa, única manera de garantizar el cumplimiento de las reglas. No obstante, al presentar las reglas secundarias como solución a dichos inconvenientes, nunca afirmo que la coerción jurídica sólo se "justifique" cuando se conforme a estas reglas y mucho menos que el proveer una justificación semejante sea el propósito del Derecho en general. En efecto, la única referencia que hago a la coerción en la exposición de las reglas secundarias se refiere a la "ineficiencia" resultante de dejar el cumplimiento obligatorio de la ley a la presión social difusa en lugar de confiarlo a las sanciones organizadas administradas por los jueces. Es evidente, sin embargo, que una solución a la ineficiencia no es una justificación.

Desde luego, es cierto que el añadir a un régimen de reglas primarias de obligación una regla secundaria de reconocimiento, permite a menudo identificar de antemano las ocasiones en que se ejercerá la coerción y, por lo tanto, contribuirá a justificar su uso en el sentido de que excluye una objeción moral para utilizarla. Pero la certidumbre y conocimiento previo de los requerimientos del Derecho que suministra la regla de reconocimiento no sólo es importante para efectos de la coerción: es igualmente crucial para el

35 *Ibid.*, p. 429, n. 3.

ejercicio inteligente de las facultades jurídicas —por ejemplo, suscribir testamentos o contratos— y, en general, para la planeación inteligente de la vida pública y privada. La justificación de la coerción a la que contribuye la regla de reconocimiento, por consiguiente, no puede entenderse como su propósito general y menos aún presentarse como el propósito general del Derecho en su totalidad. Nada de lo que afirmo en mi teoría sugiere que pueda ser entendida así.

El positivismo suave

Dworkin, al atribuirme un “positivismo del hecho evidente”, ha comprendido equivocadamente mi teoría como si no sólo requiriera —como en efecto lo hace— que la existencia y autoridad de la regla de reconocimiento dependieran del hecho de ser aceptada por los despachos judiciales, sino también que los criterios de validez jurídica que suministra la regla de reconocimiento consistieran exclusivamente en el tipo específico de hecho que él denomina asunto de “linaje” y que se refiere a la manera y forma de creación y adopción del Derecho —cosa que no afirmo—. Encontramos allí un doble error. En primer lugar, Dworkin desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de “positivismo suave” y no, como sucede en la versión que Dworkin ofrece de ella, de “positivismo del hecho evidente”. En segundo lugar, no hay nada en mi libro que sugiera que los criterios fácticos suministrados por la regla de reconocimiento deban ser exclusivamente asuntos de linaje: pueden ser más bien limitaciones sustantivas al contenido de la legislación, tales como las enmiendas decimosexta o decimonovena de la Constitución de los Estados Unidos, en las que se respeta la creación de una religión o se restringe el derecho al sufragio.

No obstante, las consideraciones anteriores no enfrentan las objeciones más básicas de Dworkin, pues al responder a otros autores que han adoptado también alguna forma del positivismo suave³⁶, ha formulado importantes críticas de esta doctrina que, de ser válidas, se aplicarían asimismo a mi teoría y por consiguiente, exigirían aquí una respuesta.

La crítica fundamental de Dworkin es que habría una inconsistencia profunda entre el positivismo suave, el cual permite que la identificación del Derecho dependa de asuntos controvertibles acordes con juicios morales u otros juicios de valor, y el “modelo” positivista general del Derecho, esencialmente preocupado por suministrar parámetros de conducta públicos y confiables que puedan ser identificados con certeza como asuntos de hecho y que no dependan de argumentos morales controvertibles³⁷. Para establecer una inconsistencia semejante entre el positivismo suave y el resto de mi teoría, Dworkin cita la exposición que ofrezco de la regla de reconocimiento como algo que soluciona, entre otros inconvenientes, la incertidumbre del régimen imaginario prejurídico de reglas primarias de obligación determinadas por la costumbre.

En mi opinión, esta crítica al positivismo suave exagera tanto el grado de certidumbre que un positivista coherente debe atribuir al cuerpo de parámetros jurídicos, como la incertidumbre que resultaría si los criterios de validez jurídica incluyeran su conformidad con principios morales o valores específicos. Desde luego, es cierto que una función importante de la regla de reconocimiento es promover la certeza con la que el Derecho se puede afirmar. No podría hacerlo si las pruebas que introduce para el Derecho no sólo suscitan problemas controvertibles en algunos casos sino en todos o en la mayoría de ellos. Sin

36 Véase su respuesta a E.P. Soper y J.L. Coleman en *RDCJ*, pp. 247 ss. y 252 ss.

37 *RDCJ*, p. 248.

* embargo, la exclusión de toda incertidumbre a cualquier precio y a costa de otros valores no es un objetivo que yo haya considerado jamás para la regla de reconocimiento. Lo anterior resulta evidente, o al menos así lo había esperado, al afirmar explícitamente en este libro que la regla de reconocimiento misma, así como las reglas jurídicas particulares identificadas por referencia a ella, pueden estar rodeadas de una "penumbra" debatible de incertidumbre³⁸. Debería considerarse asimismo el argumento general según el cual, incluso si pudiesen formularse leyes que resolvieran de antemano todos los posibles problemas que pudieran surgir sobre su significado, la adopción de leyes semejantes a menudo entraría en conflicto con otros de los objetivos que persigue el Derecho³⁹. Debería tolerarse un margen de incertidumbre, e incluso buscarse, en el caso de muchas reglas jurídicas, de manera que pueda adoptarse una decisión jurídica informada cuando se conoce los hechos de un caso imprevisto y así poder identificar los asuntos que están en juego y decidirlos racionalmente. Sólo si se trata la función de suministrar certeza de la regla de reconocimiento como primordial y como aquella que predomina sobre las demás, puede considerarse inconsistente la forma de positivismo suave que incluye entre los criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores controvertibles. El problema subyacente, en este caso, se refiere al grado de incertidumbre que puede tolerar un sistema jurídico si ha de representar un avance significativo respecto de un régimen descentralizado de reglas de costumbre al suministrar guías de conducta determinadas, identificables previamente y por lo general confiables.

* La segunda crítica de Dworkin respecto a la coherencia de mi versión del positivismo suave suscita problemas diferentes y más complejos que se refieren

38 Véanse pp. 123, 147-154.

39 Véase p. 128.

a la determinación y completividad del Derecho. La posición que sostengo en este libro es que las reglas y principios jurídicos identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado "textura abierta", de manera que cuando el problema reside en decidir si una regla dada se aplica a un caso particular, el Derecho no puede determinarlo y por esta razón resulta ser parcialmente indeterminada. Tales casos no son sólo casos "difíciles", controvertibles en el sentido de que abogados razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre cuál de las respuestas es jurídicamente correcta, sino que el Derecho, en estos casos, es fundamentalmente "incompleto": no suministra ninguna respuesta a estos interrogantes. Son asuntos que no están jurídicamente regulados y, para llegar a una decisión en estos casos, el juez debe ejercer aquella función restringida de creación de la ley que he llamado "discrecionalidad". Dworkin rechaza la idea de que el Derecho pueda ser incompleto en este sentido y deje vacíos que deban ser llenados por el ejercicio de una discrecionalidad que crea derecho. Considera que esta posición es una inferencia inválida del hecho de que una proposición jurídica que afirma la existencia de un derecho o una obligación jurídicos pueda ser controvertida y, por consiguiente, convertirse en un problema acerca del cual hombres razonables e informados puedan disentir y, cuando lo hacen, a menudo no haya manera de demostrar concluyentemente si es verdadera o falsa. Tal inferencia es inválida, porque aun cuando una proposición jurídica sea controvertible, puede haber, sin embargo, "hechos" en virtud de los cuales sea verdadera o falsa y, aun cuando su verdad o falsedad no pueda ser demostrada, sea posible determinar que los argumentos en favor de su verdad sean mejores que aquellos en favor de su falsedad o viceversa. Esta distinción entre una ley controvertible y una ley incompleta o indeterminada es un asunto de considerable

importancia para la teoría interpretativa de Dworkin, pues según sus tesis, una proposición jurídica es verdadera sólo si, en conjunción con otras premisas, se sigue de principios que se adecuan mejor a la historia institucional del sistema jurídico y suministran, a la vez, la mejor justificación del mismo. Por consiguiente, para Dworkin, la verdad de cualquier proposición jurídica depende, en última instancia, de la verdad de un juicio moral acerca de qué lo justifica mejor y, puesto que para él los juicios morales son esencialmente controvertibles, lo mismo sucede con las proposiciones jurídicas.

Para Dworkin, la idea de un criterio de validez jurídica cuya aplicación implique un juicio moral controvertible no presenta ninguna dificultad teórica; según su concepto, puede ser una auténtica prueba para el Derecho preexistente porque su carácter controvertible es perfectamente compatible con que haya hechos —en muchos casos hechos morales— en virtud de los cuales sería verdadera.

Por otra parte, el positivismo débil, en cuanto permite que un criterio de validez jurídica sea en parte una prueba moral, incurriría, según Dworkin, en una segunda inconsistencia además de la mencionada anteriormente. Pues esto no sólo contradice el "modelo" positivista del Derecho como algo identificable con certeza, sino también el deseo que atribuye al positivista de independizar "el carácter objetivo de las proposiciones jurídicas"⁴⁰ de todo compromiso con una teoría filosófica controvertible acerca de la naturaleza de los juicios morales. Pues una prueba moral puede ser una prueba para el Derecho preexistente sólo si hay hechos morales objetivos en virtud de los cuales son verdaderos los juicios morales. El que existan tales hechos morales objetivos, sin embargo, es una teoría filosófica controvertible; de no existir tales hechos, el juez a quien se le pida que aplique

40 RDCJ, p. 250.

una prueba moral, sólo puede entender este requerimiento como el llamado a ejercer la discrecionalidad de crear la ley según su comprensión de la moral y de sus exigencias, y sujeto a cualquier limitación que a este respecto imponga el sistema jurídico.

Creo todavía que la teoría jurídica debería evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertibles acerca de la naturaleza general de los juicios morales y dejar abierta, como lo hago en este libro —p. 168—, la pregunta general de si poseen lo que Dworkin denomina "un estatuto objetivo", pues cualquiera que sea la respuesta a este interrogante filosófico, el deber del juez será el mismo, esto es, formular el mejor juicio moral posible sobre cualquier asunto moral que deba decidir. Para efectos prácticos, no tiene ninguna importancia si al decidir los casos de esta manera el juez está "creando" derecho de acuerdo con la moral —sujeto a las limitaciones que le imponga la ley— o si, por el contrario, es guiado por su juicio moral respecto de lo que es el Derecho ya "existente" de acuerdo con un test moral sobre el Derecho. Desde luego, si la teoría del Derecho deja abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales, como sostengo que debe hacerlo, el positivismo suave no puede entonces caracterizarse sin más como una teoría según la cual los principios morales o los valores pueden contarse entre los criterios de validez jurídica; en efecto, si el carácter objetivo de los principios morales y valores permanece abierto, debe permanecer abierto también el problema de si las previsiones del positivismo suave que incluyen la conformidad con ellos entre las pruebas para el Derecho existente puedan tener tal efecto o, por el contrario, sólo puedan constituir orientaciones para que los jueces "creen" Derecho de acuerdo con la moral.

Debemos observar que algunos teóricos, en especial Raz, sostienen que cualquiera que sea la naturaleza de los juicios morales, cuando la ley exige a los jueces aplicar parámetros morales para determinar el Derecho, concede a los jueces discrecionalidad y les

ordena que la usen según su mejor criterio moral al crear una nueva ley; pero no convierte la moral en una ley preexistente⁴¹.

LA NATURALEZA DE LAS REGLAS

La teoría práctica de las reglas

En muchos apartes de este libro llamo la atención a la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo del derecho.

Para explicar estas distinciones y su importancia, comienzo por examinar (pp. 56-57), no el caso altamente complejo de un sistema jurídico que comprende tanto reglas de costumbre como reglas legisladas, sino el caso más sencillo —al que se aplican las mismas distinciones entre lo interno y lo externo— de las reglas de costumbre de cualquier grupo social, grande o pequeño, a las que denomino “reglas sociales”. La explicación que doy de éstas ha llegado a conocerse como “la teoría práctica” de las reglas, porque trata a las reglas sociales de un grupo como constituidas por una forma de práctica social que comprende patrones de conducta seguidos regularmente por la mayoría de los miembros del grupo y, a la vez, una actitud normativa característica frente a dichos patrones de conducta que he denominado “aceptación”. La aceptación consiste en la disposición de los individuos a adoptar estos patrones de conducta como guías de su propia conducta futura y como parámetros de crítica que pueden legitimar exigencias y diversas formas de presión para la conformidad. El punto de vista externo de las reglas sociales es el de un observador de su práctica, y el punto de vista interno es el de quien participa en dicha práctica y acepta las reglas como guías de conducta y parámetros de crítica.

41 Véase J. Raz, “Dworkin: A New Link in the Chain”, en: 74, *California Law Review*, 1.103 (1986), en 1.110, 1.115-1.116.

La teoría práctica de las reglas sociales que he elaborado ha sido extensamente criticada por Dworkin, quien, como lo he mencionado ya, traza una distinción, similar pero divergente de la mía en muchos aspectos, entre la descripción externa que hace un sociólogo de las reglas sociales de una comunidad y el punto de vista interno de un participante que recurre a las reglas con el propósito de evaluar y criticar su propia conducta y la de otros⁴². Algunas de las críticas de Dworkin a mi explicación inicial de las reglas sociales es ciertamente sensata e importante para la comprensión del Derecho y, en lo que sigue, indico las considerables modificaciones que ahora estimo necesarias.

Mi explicación, como lo sostiene Dworkin, es defectuosa por cuanto desconoce la importante diferencia que existe entre un consenso de “convención”, manifestado en las reglas convencionales del grupo, y un consenso de “convicción” independiente, manifestado en las prácticas concurrentes de un grupo. Las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo a ellas hace parte de las razones que tienen sus miembros individuales para aceptarlas; las prácticas meramente concurrentes, por el contrario, tales como la moral compartida por un grupo, no están constituidas por convención sino por el hecho de que los miembros del grupo generalmente han actuado y actúan con base en las mismas razones, pero independientes unas de otras, para comportarse de determinada manera.

Mi explicación de las reglas sociales, como acertadamente lo ha señalado también Dworkin, se aplica únicamente a las reglas convencionales en el sentido anterior. Esto reduce considerablemente el alcance de la teoría práctica, a la que ahora no considero como una explicación razonable de la moral, ni a nivel individual ni a nivel social. No obstante, esta teo-

42 Véase *Law's Empire*, op. cit., pp. 13-14.

ría continúa siendo un fiel recuento de las reglas sociales convencionales que incluyen, además de las costumbres sociales ordinarias —a las que puede o no reconocerse fuerza jurídica—, algunas reglas jurídicas de importancia, incluyendo la regla de reconocimiento, que es, en efecto, una forma de regla de costumbre judicial que existe sólo si es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación del Derecho por parte de los jueces. Las reglas jurídicas promulgadas, por el contrario, aun cuando son identificables como reglas jurídicas válidas mediante los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, pueden existir como reglas jurídicas desde el momento de su promulgación, antes de que haya surgido la ocasión de practicarlas y la teoría práctica no es aplicable a ellas.

La crítica central de Dworkin a la teoría práctica de las reglas es que ésta asume erradamente que una regla social está constituida por su práctica social y, por consiguiente, trata la afirmación acerca de la existencia de dicha regla meramente como una afirmación del hecho sociológico externo de que las condiciones prácticas para la existencia de la regla han sido satisfechas⁴³. Este recuento no puede, argumenta Dworkin, explicar el carácter “normativo” que posee incluso la más sencilla de las reglas convencionales, pues tales reglas establecen “deberes” y “razones para actuar” a las que se apela cuando se cita la regla, como comúnmente se hace al criticar la conducta de alguien y para sustentar exigencias de acción. Este rasgo de dar razones y establecer deberes constituye su carácter normativo distintivo y muestra que su existencia no puede consistir en un mero estado de cosas fáctico, como sucede con las prácticas y actitudes que, de acuerdo con la teoría práctica, constituyen la existencia de una regla social. Para Dworkin, una regla normativa con estos rasgos dis-

43 Véase *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 48-58.

tintivos sólo puede existir si hay “cierto estado de cosas normativo”⁴⁴. Encuentro las palabras citadas excesivamente oscuras; de la discusión del ejemplo de la regla de quienes asisten a la iglesia —los hombres deben llevar la cabeza descubierta en la iglesia⁴⁵— Dworkin, al parecer, entiende por estado de cosas normativo el que existan buenos fundamentos morales o justificaciones para hacer lo que requiere la regla; por esta razón, argumenta que, si bien la mera práctica regular de quienes asisten a la iglesia de llevar la cabeza descubierta no puede constituir la regla, puede ayudar a justificarla, pues genera ocasiones de violarla y suscita expectativas que son buenos fundamentos para una regla semejante. Si esto es lo que entiende Dworkin por el estado de cosas normativo requerido para garantizar la aserción de una regla normativa, su explicación de las condiciones de existencia de una norma social me parece excesivamente fuerte; al parecer se exige, no sólo que los participantes que apelan a las reglas que establecen deberes o suministran razones para la acción crean que hay buenos fundamentos morales o justificaciones para conformarse a las reglas, sino que existan en realidad tales fundamentos. Es evidente que una sociedad puede tener reglas aceptadas por sus miembros que son moralmente inicuas, tales como aquellas que prohíben a las personas de cierta raza el uso de las instalaciones públicas en los parques o playas. En efecto, incluso la condición más débil para la existencia de una regla social que sólo requiere que los participantes “crean” que hay buenos fundamentos morales para conformarse a ella es demasiado fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales, pues algunas reglas pueden ser aceptadas sencillamente por deferencia a la tradición, por el deseo de identificarse con otros o por la creencia de que la sociedad sabe qué le conviene más a los

44 *Ibid.*, p. 51.

45 *Ibid.*, pp. 50-80; véase el presente libro, pp. 124-125.

individuos. Estas actitudes pueden coexistir con una consciencia más o menos aguda de que las reglas son moralmente objetables. Desde luego, una regla convencional puede ser moralmente sensata y justificada y las personas creer que lo es. Pero cuando surge el interrogante acerca de por qué quienes han aceptado reglas convencionales como guía de su conducta o como parámetros de crítica lo han hecho, no veo ninguna razón para seleccionar de las muchas respuestas que pueden ofrecerse (*véanse* pp. 114, 116) una creencia en la justificación moral de las reglas como única posibilidad o respuesta correcta.

Finalmente, Dworkin argumenta que la teoría práctica de las reglas, incluso restringida a las reglas convencionales, debe ser abandonada porque no puede incluir la idea de que el alcance de una regla convencional pueda ser objeto de controversia y, por lo tanto, dé lugar a desacuerdo⁴⁶. No niega que hay algunas reglas convencionales constituidas por la práctica regular y la aceptación, pero sostiene que las reglas así constituidas incluyen únicamente casos relativamente desprovistos de importancia tales como las reglas de algunos de los juegos; en el presente libro, sin embargo, una regla tan importante y tan poco controvertida como una regla de reconocimiento básica del sistema jurídico es tratada como una regla constituida por la práctica uniforme de los jueces al aceptarla como guía en la aplicación y promulgación del Derecho. En contra de lo anterior, Dworkin sostiene que en los casos difíciles hay frecuentes desacuerdos teóricos entre los jueces acerca de qué afirma el Derecho respecto a un tema específico, y esto muestra que la apariencia de incontrovertibilidad y de aceptación general es una ilusión. Desde luego, la frecuencia e importancia de tales desacuerdos no puede negarse, pero apelar a su existencia como argumento en contra de la aplicabilidad de la teoría

46 *Ibid.*, p. 58.

práctica de las reglas descansa en una comprensión errada de la función de la regla. Supone que la regla debe determinar por completo el resultado jurídico en casos particulares, de manera que cualquier problema jurídico que surja puede ser resuelto apelando sencillamente a los criterios o pruebas suministradas por la regla. Ésta, no obstante, es una concepción equivocada: la función de la regla se limita a determinar las condiciones generales que deben satisfacer las decisiones jurídicas correctas en los modernos sistemas de Derecho. La regla lo hace en la mayor parte de los casos al suministrar aquellos criterios de validez que Dworkin denomina asuntos de linaje y que se refieren, no al contenido del Derecho, sino a la forma y manera como se crean o adoptan las leyes; pero como lo he afirmado (p. 250), además de estos asuntos de linaje, la regla de reconocimiento debe suministrar comprobaciones relacionadas, no con el contenido fáctico del Derecho, sino con su conformidad a valores morales sustantivos o principios. Desde luego, en casos particulares, los jueces pueden disentir acerca de si tales pruebas se satisfacen o no, y una prueba moral en la regla de reconocimiento no podrá dirimir un desacuerdo de esta índole. Los jueces pueden coincidir en la pertinencia de estas pruebas como algo determinado por la práctica judicial establecida, aun cuando disientan acerca de qué exigen las pruebas en casos particulares. A la regla de reconocimiento concebida de esta manera se aplica plenamente la teoría práctica de las reglas.

Reglas y principios

Durante largo tiempo, la crítica más conocida de Dworkin con referencia a este libro era que erradamente representaba el Derecho como si consistiera únicamente en reglas "todo o nada" y desconocía otro tipo de parámetro jurídico, esto es, los principios jurídicos que desempeñan un papel importante y distintivo en el razonamiento jurídico y en el pro-

ceso de adjudicación. Algunos críticos que han encontrado esta falencia en mi obra la han concebido como un defecto relativamente aislado que podría subsanarse incluyendo principios junto con las reglas jurídicas como componentes de un sistema jurídico y han considerado que yo podría hacer esto sin abandonar o modificar esencialmente ninguno de los temas principales del libro. Dworkin, sin embargo, quien fue el primero en adoptar esta línea de crítica, ha insistido en que los principios jurídicos sólo podrían ser incluidos en mi teoría del Derecho a costa de abandonar sus doctrinas centrales. Si yo llegara a admitir que el Derecho consiste parcialmente en principios no podría, en su opinión, sostener coherentemente, como lo he hecho, que el Derecho en un sistema se identifica mediante criterios suministrados por una regla de reconocimiento aceptada en la práctica de los jueces o que los jueces ejerzan una facultad o discrecionalidad auténtica, aunque intersticial, en aquellos casos en que la normatividad explícita existente no consigue emitir una decisión, o que no existe una conexión necesaria importante entre Derecho y moral. Tales doctrinas no sólo son esenciales para mi teoría del Derecho, sino que se asumen a menudo como aquello que constituye el núcleo central del moderno positivismo jurídico: abandonarlas no sería, entonces, algo de poca monta.

En esta sección de mi respuesta, considero diferentes aspectos de la crítica en los que se me objeta el ignorar los principios jurídicos e intento mostrar que lo que tenga de válido esta crítica puede ajustarse sin que esto conlleve graves consecuencias para mi teoría en su conjunto. Ciertamente, confieso que en mi libro me ocupé muy poco del tópico de la adjudicación y del razonamiento jurídico y, en especial, de los argumentos relativos a lo que mis críticos denominan principios jurídicos. Coincido en que es un defecto de mi exposición el no haberme detenido en los principios.

Pero, ¿qué es exactamente lo que se me acusa de desconocer? ¿Qué son los principios y cómo difieren de las reglas jurídicas? Tal como utilizan el término los estudiosos del Derecho, los "principios" incluyen a menudo un vasto conjunto de consideraciones teóricas y prácticas, de las cuales sólo algunas serían pertinentes para los problemas que Dworkin se propone formular. Incluso si la expresión "principio" se encontrara restringida a patrones de conducta que incluyan la conducta de los jueces en la decisión de casos, hay diferentes maneras de establecer contrastes entre las reglas y este tipo de principios. No obstante, creo que todos los críticos que me han acusado de ignorar los principios coincidirían en que hay al menos dos rasgos que los diferencian de las reglas. El primero es una cuestión de grado: los principios, en relación a las reglas, son generales o no específicos, en el sentido en que a menudo lo que se consideraría como un número determinado de reglas puede ser mostrado como ejemplificación o instancia de un principio único. El segundo rasgo sería que los principios, por cuanto se refieren más o menos explícitamente a algún propósito, meta, facultad o valor, son considerados, desde cierto punto de vista, como algo que resulta deseable preservar o ser objeto de adhesión y que, por ende, no sólo suministran una explicación o racionalidad de las reglas que los ejemplifican, sino que al menos contribuyen a su justificación.

Además de estos dos rasgos relativamente incontrovertibles de amplitud y deseabilidad, desde cierto punto de vista que tiene en cuenta el papel explicativo y justificativo de los principios en relación con las reglas, habría un tercer rasgo diferenciador que, en mi opinión, es una cuestión de grado, mientras que para Dworkin, quien lo considera un asunto crucial, no lo es. La reglas, según él, operan en el razonamiento de quienes las aplican de una manera "todo o nada", en el sentido de que si una regla es válida o aplicable a un caso dado, "exige", esto es, determina

concluyentemente el resultado jurídico⁴⁷. Entre los ejemplos que ofrece de reglas jurídicas se encuentran aquellos que prescriben una velocidad máxima de 60 km p.h. en las autopistas, o las leyes que regulan la elaboración, prueba y eficacia de los testamentos, tales como la regla legal según la cual un testamento no es válido a menos de estar firmado por dos testigos. Los principios jurídicos, de acuerdo con Dworkin, difieren de estas reglas todo o nada porque, cuando son aplicables, no "exigen" una decisión, sino que señalan o apoyan una decisión, o bien enuncian una razón que puede ser eliminada en favor de otras pero que los jueces tendrán en cuenta como algo que los inclina a decidir de una manera u otra. Para abreviar, llamaré a este rasgo de los principios su carácter "no concluyente". Algunos de los ejemplos que ofrece Dworkin de estos principios no concluyentes son relativamente específicos, tales como "los jueces deben examinar en detalle los acuerdos de compra [de automotores] para determinar si el consumidor y los intereses públicos son tratados con justicia"⁴⁸; otros poseen un alcance mucho mayor, tal como "ninguna persona puede beneficiarse de su propio dolo"⁴⁹; y, de hecho, la mayor parte de las más importantes restricciones constitucionales a los poderes del Congreso de los Estados Unidos y a la legislación estatal, tales como las provisiones de las Enmiendas Primera, Quinta y Decimocuarta a la Constitución de los Estados Unidos, operan como principios no concluyentes⁵⁰. Los principios jurídicos, según Dworkin, difieren de las reglas porque tienen una dimensión de "peso"⁵¹ pero no de validez, y es por esta razón que, al entrar en conflicto con otro

47 *Ibid.*, p. 24.

48 *Ibid.*, *id.*, tomado de *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32, NJ, 358, 161 A. 2d 69 (1960) en 387, 161 A. 2d en 85.

49 *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 25-26.

50 Dworkin discute si la Primera Enmienda es una regla o un principio en *ibid.*, p. 27.

51 *Ibid.*, p. 26.

principio de mayor peso, un principio puede ser descartado y dejar de determinar una decisión; sin embargo, sobrevivirá intacto para ser utilizado en otros casos en los que pueda tener prioridad sobre algún otro principio de menor peso. Las reglas, por el contrario, son válidas o inválidas pero no poseen esta dimensión de peso; por ello, si tal como son formuladas inicialmente entran en conflicto, sólo una de ellas, en opinión de Dworkin, puede ser válida y una regla que pierda en competencia con otra debe ser reformulada de manera que resulte coherente con su rival y, por ende, inaplicable al caso dado⁵².

No veo razón alguna para aceptar este contraste radical entre principios y reglas jurídicas, como tampoco la idea de que si una regla válida es aplicable a un caso determinado, debe, a diferencia de un principio, determinar siempre su resultado. No hay razón para que un sistema jurídico no reconozca que una regla válida determina un resultado en los casos a los que es aplicable, excepto cuando hay otra regla, considerada de mayor importancia, que es aplicable también al mismo caso. Por consiguiente, una regla derrotada en competencia con otra regla en un caso determinado puede, al igual que un principio, sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se juzgue de mayor importancia que otra regla rival⁵³.

Para Dworkin, entonces, el Derecho comprende a la vez reglas todo o nada y principios no concluyentes, y no piensa que la diferencia entre ambos sea una cuestión de grado. No obstante, considero que la posición de Dworkin no es coherente. Sus primeros ejemplos implican que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios y que un principio

52 *Ibid.*, pp. 24-27.

53 Raz y Wakuchow han enfatizado este importante punto sobre el que no he llamado la atención. Véase J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", en: 81, *Yale LJ*, 823 (1972), en 832-834 y W.J. Waluchow, "Herculean Positivism", en: 5, *Oxford Journal of Legal Studies*, 187 (1985), en 189-192.

prevalecerá algunas veces y otras no cuando entra en competencia con una regla. Los casos que cita incluyen *Riggs v. Palmer*⁵⁴, donde el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo fue sostenido a pesar del claro lenguaje de las reglas legales que gobiernan las consecuencias de un testamento para excluir que un homicida herede de su víctima. Es un ejemplo del caso en que un principio prevalece sobre una regla, pero la existencia de un conflicto semejante muestra ciertamente que las reglas no poseen el carácter todo o nada, puesto que son susceptibles de entrar en conflicto con principios que prevalecen sobre ellas. Incluso si describimos tales casos, como lo sugiere en ocasiones Dworkin, no como conflictos entre reglas y principios sino como un conflicto entre el principio que explica y justifica la regla bajo consideración y otro principio, el contraste radical entre reglas todo o nada y principios no concluyentes desaparece; pues, desde esta perspectiva, una regla dejará de determinar el resultado de un caso al que es aplicable según sus términos si su principio justificativo es derrotado por otro principio. Igual cosa sucede si, como también lo sugiere Dworkin, pensamos que un principio justifica una nueva interpretación de alguna regla jurídica claramente formulada⁵⁵.

La incoherencia que resulta de sostener que un sistema jurídico consiste a la vez de reglas todo o nada y principios no concluyentes puede solucionarse si admitimos que tal distinción es una cuestión de grado. Ciertamente, puede establecerse un contraste razonable entre reglas casi concluyentes, donde la satisfacción de sus condiciones de aplicación basta para determinar el resultado jurídico con excepción de unos pocos casos —en los cuales sus dis-

posiciones pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia—, y principios por lo general no concluyentes que sólo señalan hacia una decisión pero que, con frecuencia, no la determinan.

Considero que los argumentos establecidos a partir de principios de esta índole constituyen un rasgo importante de la adjudicación y del razonamiento jurídico y que tal rasgo debiera señalarse mediante la terminología apropiada. Debemos dar crédito a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y el papel que desempeñan en el razonamiento jurídico; ciertamente fue un grave error de mi parte el no haber resaltado su fuerza no concluyente. Sin embargo, decididamente no era mi intención, al utilizar la palabra “regla”, sostener que los sistemas jurídicos comprenden únicamente reglas “todo o nada” o reglas casi concluyentes. No sólo llamé la atención (véanse pp. 130-133) a lo que denominé —quizás de manera poco afortunada— “parámetros jurídicos variables” que especifican los factores que deben tenerse en cuenta y sopesarse frente a otros, sino que traté de explicar por qué, en algunos ámbitos del comportamiento, no es apropiado reglamentar a través de parámetros tan variables como “debido cuidado”, sino más bien por reglas no concluyentes que prohiban o requieran las mismas acciones específicas en todos los casos salvo algunas excepciones extraordinarias. Por esta razón, tenemos reglas contra el homicidio y el hurto y no meramente principios que exijan el debido respeto por la vida humana y por la propiedad.

LOS PRINCIPIOS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Linaje e interpretación

Dworkin ha sostenido que los principios jurídicos no pueden identificarse mediante los criterios suminis-

54 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889); *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 23; véase también *Law's Empire*, op. cit., pp. 15 ss.

55 Para la discusión presentada por Dworkin, véase *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 22-28, y *Law's Empire*, op. cit., pp. 15-20.

trados por una regla de reconocimiento manifestada en la práctica de los jueces y que, puesto que los principios son elementos esenciales del Derecho, la doctrina de la regla de reconocimiento debe ser abandonada. Para él, los principios jurídicos sólo pueden ser identificados mediante una interpretación constructiva como miembros del conjunto único de principios que mejor se adecua a la historia institucional del Derecho establecido en un sistema jurídico y mejor lo justifican. Desde luego, ningún juez, inglés o norteamericano, ha adoptado jamás explícitamente un criterio sistémico holístico de tal amplitud para identificar el Derecho, y Dworkin acepta que ningún juez real, diferente de su juez mítico ideal "Hércules", podría realizar la proeza de construir una interpretación de todo el Derecho de su país. Sin embargo, desde esta perspectiva, la mejor manera de comprender a los jueces es como si trataran de "imitar a Hércules" en forma limitada y considerar sus decisiones de este modo, cree Dworkin, permite evidenciar "su estructura oculta"⁵⁶.

El ejemplo más famoso, bien conocido por los abogados ingleses, de la identificación de principios mediante una forma restringida de la interpretación constructiva es la formulación que ofrece Lord Atkin en el caso *Donohue v. Stevenson*⁵⁷ del "principio de vecindad" hasta entonces implícito, como aquel que subyace a varias reglas aisladas que establecen el debido cuidado en diferentes situaciones.

No encuentro plausible la idea de que en tan limitados ejercicios de interpretación constructiva la mejor manera de comprender a los jueces sea la de considerar que están tratando de imitar el enfoque sistémico holístico de Hércules. La crítica que quisiera formular ahora, sin embargo, es que la preocupación por la interpretación constructiva ha llevado a Dworkin a desconocer el hecho de que mu-

56 *Law's Empire*, op. cit., p. 265.

57 (1932) A.C. 562.

chos principios jurídicos no deben su carácter a su contenido, al que se entiende como interpretación del Derecho establecido, sino a lo que él denomina su "linaje", esto es, a la forma como han sido creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida. Tal preocupación, creo, lo ha conducido a un doble error: en primer lugar, a la creencia de que los principios jurídicos no pueden ser identificados mediante su linaje y, en segundo lugar, a la creencia de que una regla de reconocimiento únicamente puede suministrar criterios de linaje. Ambas creencias son equivocadas; la primera, porque no hay nada en el carácter no concluyente de los principios ni en sus otras características que impida el que sean identificados mediante criterios de linaje, pues es evidente que una de las disposiciones que se encuentran en una Constitución escrita o en una enmienda o una ley puede ser comprendida como algo que opera a la manera no concluyente característica de los principios, como algo que suministra razones para la decisión que pueden ser derrotadas cuando otra regla o principio presenta razones más fuertes en favor de la decisión contraria. El propio Dworkin contempla que la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, siempre y cuando el Congreso no restrinja la libertad de expresión, debe ser interpretada precisamente de esta manera⁵⁸. Por otra parte, algunos principios jurídicos, incluyendo algunos principios básicos del *Common Law*, tales como aquel según el cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo, son identificados como Derecho por la prueba de "linaje" pues han sido consistentemente invocados por los jueces en una diversidad de casos diferentes como algo que suministra razones para la decisión adoptada, que deben ser tomados en cuenta, aun cuando son susceptibles de ser derrotados en algunos casos por

58 Véase *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 27.

razones que hagan prevalecer la decisión contraria. Frente a ejemplos semejantes de principios jurídicos identificados mediante criterios de linaje, ningún argumento general que afirme que la inclusión de principios como parte del Derecho implica el abandono de la doctrina de la regla de reconocimiento sería válido. En efecto, como lo muestro más adelante, no sólo es consistente con ella sino que de hecho exige su aceptación.

Si se concede, como de seguro debe hacerse, que hay al menos algunos principios jurídicos que pueden ser "capturados" o identificados como parte del Derecho mediante criterios de linaje suministrados por una regla de reconocimiento, la crítica de Dworkin debe entonces limitarse a una tesis más modesta: que hay muchos principios jurídicos que no pueden ser capturados de esta manera porque son excesivamente numerosos, vagos o susceptibles de cambio o modificación, o bien no poseen un rasgo que permita su identificación como principios jurídicos por referencia a una prueba diferente de la de pertenecer a aquel esquema coherente de principios que mejor se adecua a la historia y a las prácticas institucionales del sistema y mejor las justifica. A primera vista, esta prueba interpretativa no parece ser una alternativa al criterio suministrado por una regla de reconocimiento sino únicamente, como lo han argumentado algunos críticos⁵⁹, una forma compleja del "positivismo suave", del criterio que identifica los principios por su contenido y no por su linaje. Es cierto que una regla de reconocimiento que contenga estos criterios interpretativos no podría, por las razones antes presentadas, asegurar el grado de certeza en la identificación del Derecho que, según Dworkin, sería deseable para un positivista. No obstante, mos-

59 Véase, por ejemplo, E.P. Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge", en: *RDCJ*, p. 3, en 16; J. Coleman, "Negative and Positive Positivism", en: *RDCJ*, p. 28; D. Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory", en: 87, *Yale Law Journal*, 415 (1977).

trar que el criterio de la prueba interpretativa hace parte de un modelo convencional de reconocimiento del Derecho seguiría siendo una buena explicación teórica de su carácter jurídico. Por consiguiente, no existe la incompatibilidad que, según Dworkin, se da entre la aceptación de principios como parte del Derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento.

El argumento presentado en los dos últimos párrafos basta para mostrar que, contrariamente a lo sostenido por Dworkin, la aceptación de principios como parte del Derecho es consistente con la doctrina de una regla de reconocimiento, incluso si la prueba interpretativa de Dworkin fuese, como él lo afirma, el único criterio apropiado para identificarlos. De hecho, es posible extraer una conclusión aún más fuerte: esto es, que es necesaria una regla de reconocimiento si los principios han de ser identificados mediante un criterio semejante. Y esto porque el punto de partida para la identificación de cualquier principio jurídico que se evidencie mediante la prueba interpretativa de Dworkin es algún campo específico del Derecho establecido al que se adecua el principio y que el principio contribuye a justificar. El uso de este criterio, por consiguiente, presupone la identificación del Derecho establecido y, para que esto sea posible, es preciso disponer de una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del Derecho y las relaciones de superioridad y subordinación que obtienen entre ellas. En la terminología de *Law's Empire*, las reglas y prácticas jurídicas que constituyen los puntos de partida para la tarea interpretativa de identificar los principios jurídicos subyacentes o implícitos constituyen "Derecho preinterpretativo"; gran parte de lo que afirma Dworkin acerca de él parece suscribir la idea de que es necesario algo muy semejante a una regla de reconocimiento que identifique las fuentes de autoridad del Derecho tal como se describe en el presente libro. La principal diferencia entre mi posición y la de Dworkin en este punto es que yo atribuyo el acuerdo general entre los jueces res-

pecto de los criterios de identificación de las fuentes del Derecho a la aceptación compartida de "reglas" que suministran tales criterios, mientras que Dworkin prefiere hablar de "consensos"⁶⁰, "paradigmas"⁶¹ y "presuposiciones"⁶² compartidos por los miembros de la misma comunidad interpretativa. Desde luego, como lo ha aclarado Dworkin, hay una importante diferencia entre un consenso de convicciones independientes, donde la concurrencia de otros no es parte de la razón que posee cada una de las partes del consenso para concurrir, y un consenso de convenciones donde sí lo es. Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada en mi libro como algo que se apoya en una forma convencional de consenso jurídico. El que se base en él parece evidente al menos en el Derecho inglés y norteamericano, pues la razón de que un juez inglés trate la legislación parlamentaria —o un juez norteamericano la Constitución— como fuente del Derecho que prevalece por sobre otras fuentes, incluye el hecho de que sus colegas coinciden en ello así como lo hicieron sus predecesores. En efecto, el propio Dworkin habla de la doctrina de la supremacía legislativa como un hecho bruto de la historia jurídica que limita el papel que pueden desempeñar las convicciones del juez⁶³ y afirma que la "actitud interpretativa no puede sobrevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan, al menos de manera general, las mismas presuposiciones" acerca de "qué cuenta como parte de la práctica"⁶⁴. Concluyo, por consiguiente, que cualesquiera que puedan ser las diferencias que subsistan entre las reglas y las "presuposiciones", "consensos" y "paradigmas" a los que alude Dworkin, su explicación de la identificación jurídica

60 *Law's Empire*, op. cit., pp. 65-66, 91-92.

61 *Ibid.*, pp. 72-73.

62 *Ibid.*, pp. 47, 67.

63 *Ibid.*, p. 401.

64 *Ibid.*, p. 67.

de las fuentes del Derecho es sustancialmente igual a la mía.

Subsisten, sin embargo, grandes diferencias teóricas entre mi posición y la de Dworkin, pues Dworkin sin duda rechazaría el tratamiento que hago de su prueba interpretativa para los principios jurídicos como la forma específica que asume en algunos sistemas jurídicos una regla de reconocimiento convencional, cuya existencia y autoridad dependen de que sea aceptada por los jueces. En su opinión, esto representaría equivocadamente y demeritaría el proyecto de una interpretación "constructiva", diseñada para mostrar el Derecho bajo su mejor aspecto moral, lo cual, para Dworkin, está implicado en la identificación del Derecho, pues no concibe su estilo de interpretación como un método de reconocimiento del Derecho requerido por una mera regla convencional aceptada por los jueces y abogados de sistemas jurídicos particulares. Por el contrario, lo presenta como un rasgo central de gran parte del pensamiento y de la práctica social diferente del Derecho, y como algo que muestra "una profunda conexión entre todas las formas de interpretación", incluyendo la interpretación tal como se entiende en la crítica literaria e incluso en las ciencias naturales⁶⁵. No obstante, incluso si este criterio interpretativo no fuese tan sólo un modelo de reconocimiento del Derecho requerido por una regla convencional y tuviese afinidades y conexiones con la interpretación tal como se entiende en otras disciplinas, el hecho es que si hay un sistema jurídico cualquiera en el que el criterio holístico interpretativo de Dworkin se utilizara realmente para identificar principios jurídicos, podría ser que en tales sistemas tal criterio esté suministrado por una regla de reconocimiento convencional. Pero puesto que no hay sistemas jurídicos reales en los que el criterio holístico se utilice plena-

65 *Ibid.*, p. 53.

mente, sino sólo sistemas como el inglés y el norteamericano donde se realizan ejercicios más modestos de interpretación constructiva, como sucede en el caso *Donohue v. Stevenson* para identificar los principios jurídicos latentes, el único problema que debemos considerar es si tales ejercicios deben comprenderse como la aplicación del criterio suministrado por una regla de reconocimiento convencional o de alguna otra manera y, de ser así, cuál es su carácter jurídico.

DERECHO Y MORAL

Derechos y deberes

Argumento en este libro que aun cuando puede haber muchas y diversas conexiones contingentes entre Derecho y moral, no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del Derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación entre Derecho y moral es que puede haber derechos y deberes jurídicos que no poseen ninguna justificación o fuerza moral. Dworkin ha rechazado esta idea en favor de la tesis —derivada, en última instancia, de su propia teoría interpretativa del Derecho—, de que debe haber al menos fundamentos morales *prima facie* para las afirmaciones acerca de la existencia de los derechos y deberes jurídicos. Por esta razón, considera la idea de que “los derechos jurídicos deben ser entendidos como una especie de los derechos morales” como un elemento “crucial”⁶⁶ de su teoría del Derecho y afirma que la doctrina positivista contraria pertenece al “mundo peculiar del esencialismo jurídico”⁶⁷, en el cual sencillamente nos es dado conocer,

66 RDCJ, p. 260.

67 *Ibid.*, p. 259.

de manera preanalítica, que pueden haber derechos y deberes sin ninguna fundamentación o fuerza. Creo que es importante, para comprender el tipo de contribución que puede brindar una filosofía del Derecho descriptiva general a esta comprensión del Derecho, ver que cualesquiera que sean los méritos de su teoría interpretativa general, la crítica que hace Dworkin de la doctrina de que los derechos y deberes jurídicos pueden estar desprovistos de fuerza o justificación moral es errada, y lo es por las siguientes razones: los derechos y deberes jurídicos son el punto en que el Derecho, junto con sus recursos coercitivos, protege y restringe la libertad individual, y confiere o niega a las personas el poder de utilizar la maquinaria coercitiva del Derecho. Por ello, aun cuando las leyes sean moralmente buenas o malas, justas o injustas, los derechos y deberes exigen atención como puntos nodales en aquellas operaciones del Derecho que son de suprema importancia para los seres humanos con independencia de los méritos morales de las leyes. No es, entonces, correcta la afirmación de que los derechos y deberes jurídicos sólo pueden tener sentido en el mundo real si hay fundamentos morales para afirmar su existencia.

Identificación del Derecho

La diferencia más fundamental en relación con las conexiones entre Derecho y moralidad, entre la teoría del Derecho desarrollada en este libro y la de Dworkin se refiere a la identificación del Derecho. Según mi teoría, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del Derecho —esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales— sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el Derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del Derecho. Por otra parte, según la teoría interpretativa de Dworkin, toda proposición jurídica que afirme que

dice el Derecho sobre un tema determinado implica necesariamente un juicio moral, puesto que, de acuerdo con su teoría interpretativa holística, las proposiciones jurídicas son verdaderas sólo si, junto con otras premisas, pueden derivarse de aquel conjunto de principios que mejor se adecuan a la totalidad del Derecho establecido y suministran su mejor justificación. Esta teoría interpretativa holística general posee, por consiguiente, una doble función: sirve para identificar el Derecho y, a la vez, para suministrar su justificación moral.

Tal era la teoría de Dworkin, brevemente sintetizada, antes de que introdujera, en *Law's Empire*, la distinción entre Derecho "interpretativo" y "preinterpretativo". Considerada como una alternativa a la teoría positivista según la cual la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados sin hacer referencia a la moral, la teoría de Dworkin, tal como fue formulada originalmente, era vulnerable a la crítica siguiente. Cuando el Derecho identificado por referencia a sus fuentes sociales es moralmente inicuo, los principios que suministran su mejor "justificación" sólo podrían ser los principios menos inicuos que se adecuaran a ese Derecho. Pero tales principios menos inicuos no pueden tener fuerza justificativa y no pueden constituir un límite o restricción moral a lo que puede considerarse como Derecho; y dado que no pueden dejar de adecuarse a cualquier sistema jurídico, por perverso que sea, la teoría que pretende identificar el Derecho por referencia a ellos no puede diferenciarse de la teoría positivista según la cual el Derecho puede identificarse sin hacer referencia alguna a la moral. Los principios que resultan moralmente razonables, de acuerdo con los parámetros de lo que Dworkin ha denominado "moral de fondo"⁶⁸, y no solamente los más razonables desde el punto de vista moral, que se

68 *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 112, 128; véase también p. 93.

adecuan al Derecho, pueden en efecto suministrar límites morales o restricciones a lo que puede considerarse jurídico. No disiento en manera alguna de esta proposición, pero es perfectamente compatible con mi tesis de que el Derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral.

Al introducir la distinción entre Derecho interpretativo y preinterpretativo, Dworkin admite que puede haber sistemas jurídicos tan perversos que ninguna interpretación de sus leyes que pudiéramos encontrar moralmente aceptable es posible. Cuando esto sucede podríamos, como él lo explica, recurrir a lo que llama "escepticismo interno"⁶⁹ y negar que tales sistemas sean jurídicos. Sin embargo, dado que los recursos de que disponemos para describir situaciones de esta índole son altamente flexibles, no es necesario llegar a esta conclusión cuando podemos decir más bien que los sistemas jurídicos, independientemente de cuán perversos sean, son Derecho en un sentido preinterpretativo⁷⁰. Por consiguiente, no estamos obligados a afirmar siquiera de las peores leyes de los nazis, que no son leyes puesto que pueden diferir de las leyes de regímenes moralmente aceptables sólo en su inicuo contenido moral, mientras que comparten con ellas muchos de los rasgos distintivos del Derecho —formas de creación del Derecho, de adjudicación y de promulgación, por ejemplo—. Es posible que haya razones suficientes en diversos contextos y con variados propósitos para desconocer la diferencia moral y afirmar, con el positivista, que tales sistemas perversos son jurídicos. A esto sólo añadiría Dworkin una especie de aditamento, manifestando su adhesión general al punto de vista interpretativo, al afirmar que estos sistemas perversos son Derecho únicamente en un sentido preinterpretativo.

Considero que el recurso a la flexibilidad del len-

69 *Law's Empire*, op. cit., pp. 78-79.

70 *Ibid.*, p. 103.

guaje y la introducción en este punto de la distinción entre Derecho interpretativo y preinterpretativo fortalece los argumentos positivistas en lugar de debilitarlos. Pues hace poco más que transmitir el mensaje de que las cosas son diferentes en una filosofía del Derecho descriptiva donde el Derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral y una filosofía del Derecho justificatoria interpretativa para la cual la identificación del Derecho implica siempre un juicio moral acerca de qué es lo que mejor justifica el Derecho establecido. Este mensaje, desde luego, no da ninguna razón al positivista para abandonar su proyecto descriptivo, y tampoco se propone hacerlo. Pero incluso este mensaje debe ser matizado, pues el Derecho puede ser tan perverso que exija un "escepticismo interno", en cuyo caso la interpretación del Derecho no implica ningún juicio moral y es preciso renunciar a la interpretación tal como la entiende Dworkin⁷¹.

Una modificación ulterior introducida por Dworkin en su teoría interpretativa incide de manera importante en la explicación que da de los derechos jurídicos. Dentro de la teoría holística que inicialmente formula, la identificación del Derecho y su justificación se tratan ambas como derivadas de aquel conjunto único de principios que mejor se adecua a la totalidad del Derecho establecido y mejor la justifica. Tales principios tienen entonces, como lo he dicho, una doble función. Pero puesto que el Derecho establecido en un sistema puede ser tan perverso que haga imposible una interpretación justificativa general de sus leyes, Dworkin ha señalado que estas dos funciones pueden separarse, dejando sólo principios jurídicos identificados sin hacer referencia a la moral. Sin embargo, tal normatividad no puede establecer ningún derecho que tenga la fuerza moral *prima facie* que Dworkin atribuye a todos los derechos jurídicos.

71 *Ibid.*, p. 105.

No obstante, como el mismo Dworkin lo reconoce más tarde, incluso cuando un sistema es tan perverso que no es posible una interpretación moral o justificativa del Derecho en su totalidad, puede haber, sin embargo, situaciones en las que sea posible atribuir con propiedad a los individuos al menos derechos con fuerza moral *prima facie*⁷². Esto sucedería cuando el sistema contiene leyes —aquellas relativas a la formación y obligatorio cumplimiento de los contratos, por ejemplo— que no se ven afectadas por la maldad general del sistema y es posible que los individuos se hayan basado en tales leyes al planear sus vidas o al disponer de sus propiedades. Para atender a situaciones semejantes, Dworkin matiza su idea inicial de que los derechos y deberes jurídicos con fuerza moral *prima facie* deben derivarse de una teoría interpretativa general del Derecho y reconoce que tales situaciones constituyen, con independencia de su teoría general, "razones especiales" para adscribir derechos jurídicos provistos de alguna fuerza moral a los individuos.

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL⁷³

El conflicto directo más radical entre la teoría del Derecho expuesta en este libro y la de Dworkin surge de mi afirmación según la cual, en cualquier sistema jurídico, habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez ha de llegar a una decisión y no, como lo sostuvo alguna vez Bentham, negar su jurisdicción o referir los aspectos no reglamentados por el Derecho exis-

72 *Ibid.*, pp. 105-106.

73 Una versión alternativa del párrafo inicial de esta sección aparece en una nota final.

tente a la legislatura para que decida sobre ellos, el juez debe ejercer su "discrecionalidad" y "legislar" para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el Derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita.

Este modelo del Derecho, como algo parcialmente indeterminado o incompleto y del juez como quien llena los vacíos al ejercer una discrecionalidad limitada que crea Derecho, es rechazado por Dworkin, quien lo considera como una representación errada tanto del Derecho como del razonamiento jurídico. En efecto, sostiene que lo que es incompleto no es el Derecho sino la versión que de él ofrecen los positivistas, y que esto es así resultará evidente de su propia explicación "interpretativa" del Derecho como algo que incluye, además del Derecho "explícito" establecido identificado por referencia a sus fuentes sociales, principios jurídicos "implícitos" que son aquellos que mejor se adecuan o son más coherentes con el Derecho explícito y suministran su mejor justificación. Desde este punto de vista interpretativo, el juez nunca tiene ocasión de apartarse del Derecho y ejercer la facultad de creación de Derecho para llegar a una decisión. Es entonces a estos principios implícitos, junto con sus dimensiones morales, a los que debe recurrir el juez en aquellos "casos difíciles" en los que las fuentes sociales del Derecho no determinan la decisión.

Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que "limitan" sus "opciones" de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni

nuevos códigos. Sus facultades son entonces "intersticiales" y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas. No obstante, habrá puntos en los cuales el Derecho establecido no determina una decisión como correcta, y para decidir aquellos casos en los que tal cosa sucede, el juez debe ejercer la facultad de crear el Derecho. Sin embargo, no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho y que pueden diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles.

Dworkin formula tres críticas principales en contra de la posición anterior, según la cual los jueces pueden ejercer una facultad discrecional restringida para solucionar casos que el Derecho no regula por completo. La primera afirma que tal explicación es una falsa descripción del proceso judicial y de lo que hacen los jueces con los "casos difíciles"⁷⁴. Para mostrarlo, Dworkin recurre al lenguaje utilizado por los jueces y abogados cuando describen la tarea del juez, y a la fenomenología de la toma de decisiones judiciales. Se dice que los jueces, al decidir los casos, y los abogados que los presionan a decidir a su favor, no hablan de que el juez "haga" la ley, incluso en casos inéditos. Aun en el más difícil de tales casos, el juez a menudo no es consciente de que haya, como lo sugiere el positivista, dos estadios completamente diferentes en el proceso de decisión: uno en el cual el juez primero encuentra que la legislación existente no determina la decisión en ningún sentido, y otro en el que se aparta de la ley existente para crear Derecho para las partes *de novo* y *ex post facto* según lo que considera mejor. Por el contrario, los abogados

74 *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 81; *Law's Empire*, op. cit., pp. 37-39.

se dirigen al juez como si estuviese siempre preocupado por hallar y hacer cumplir el Derecho existente y el juez habla como si el Derecho fuese un sistema sin vacíos en el cual hay una solución para cada caso que él debe descubrir, no inventar.

No hay duda de que la conocida retórica del proceso judicial apoya la idea de que en un sistema jurídico desarrollado no hay casos desprovistos de regulación jurídica. Pero ¿qué tan en serio debemos tomar esto? Hay, desde luego, una larga tradición europea y una doctrina de la separación de poderes que dramatiza la distinción entre el Legislador y el Juez, en la cual se insiste en que cuando la ley existente es clara, el Juez es meramente el "portavoz" de una ley que él no crea ni moldea. Sin embargo, es importante distinguir el lenguaje ritual utilizado por los jueces y abogados al decidir los casos judiciales de sus afirmaciones generales más reflexivas acerca del proceso judicial. Jueces de la talla de Oliver Wendell Holmes y Cardozo en los Estados Unidos o Lord Reid en Inglaterra, así como una legión de abogados, tanto aquellos dedicados a la academia como al litigio, han insistido en que hay casos que el Derecho no regula por completo, en los que al juez le corresponde una tarea ineludible aunque "intersticial" y que, en lo que respecta al Derecho, muchos casos podrían ser decididos en cualquier sentido.

Una consideración principal puede ayudarnos a explicar la reticencia a aceptar que los jueces, en algunas ocasiones, hacen y aplican el Derecho y elucida también los rasgos principales que diferencian la creación de la ley por parte del legislador y del juez. Es ésta la importancia que típicamente atribuyen los jueces cuando deciden casos no regulados a los procedimientos por analogía, para asegurarse de que el Derecho nuevo que están creando, aun cuando es Derecho nuevo, es coherente con los principios o razones subyacentes reconocidos como fundamentados en el Derecho existente. Es cierto que cuando hay leyes o precedentes indeter-

minados o cuando el Derecho explícito es mudo, los jueces no abandonan sus libros de Derecho y comienzan a legislar sin ulterior guía del Derecho. Muy a menudo, al decidir tales casos, citan algún principio general o un propósito o meta generales, que un ámbito amplio y pertinente del Derecho existente ejemplifica o desarrolla, y que señala hacia una respuesta determinada para el caso difícil en cuestión. Éste es, en efecto, el núcleo mismo de la "interpretación constructiva" que constituye un rasgo tan prominente de la teoría de la adjudicación de Dworkin. Pero aun cuando este procedimiento ciertamente lo difiere, no elimina el momento de la creación judicial de Derecho, puesto que en cualquier caso difícil pueden presentarse diferentes principios que sustentan analogías rivales y el juez debe decidir entre ellos, apoyado, como cualquier legislador escrupuloso, en su buen juicio acerca de qué es lo mejor y no en un orden establecido de prioridades prescritas por la ley. Únicamente si para todos estos casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica de Derecho no sería solamente diferido sino eliminado.

Las otras críticas que formula Dworkin contra mi explicación de la discrecionalidad jurídica no sólo la consideran descriptivamente falsa sino como una posición que suscribe una forma de creación de Derecho antidemocrática e injusta⁷⁵. Los jueces por lo general no son elegidos y, en una democracia, se afirma, sólo los representantes elegidos por el pueblo debieran detentar la facultad de legislar. Hay muchas respuestas a esta crítica. El que a los jueces les sean confiadas facultades legislativas para solucionar los conflictos cuya regulación no está prevista en el De-

75 *Ibid.*, pp. 84-85.

recho puede ser considerado como un precio que hay que pagar para evitar la inconveniencia de recurrir a métodos alternativos de regularlos, tales como referirlos a la legislatura; y tal precio puede considerarse menor si los jueces se ven restringidos en el ejercicio de estas facultades y no pueden diseñar códigos ni amplias reformas, sino únicamente reglas para solucionar los problemas específicos que surgen de casos particulares. En segundo lugar, la delegación de facultades legislativas limitadas al ejecutivo es un rasgo conocido de las modernas democracias y una delegación semejante al poder judicial no parece constituir una amenaza mayor para la democracia. En ambas formas de delegación, una legislatura elegida normalmente detendrá un control residual y puede rechazar o enmendar cualquier ley subordinada que encuentre inaceptable. Es cierto que cuando, como sucede en los Estados Unidos, los poderes legislativos se encuentran limitados por una Constitución escrita y los jueces detentan extensos poderes de revisión, es posible que una legislatura "democráticamente elegida" no pueda revertir una pieza de legislación jurídica. El control democrático último sólo puede garantizarse a través de la engorrosa maquinaria de la enmienda constitucional. Es éste el precio que hay que pagar por las restricciones jurídicas al gobierno.

Dworkin formula la acusación ulterior de que la legislación judicial es injusta y la condena como una forma de legislar retroactiva o *ex post facto* a la que, desde luego, comúnmente se considera injusta. Pero las razones para considerar la legislación retroactiva como injusta es que frustra la justificada expectativa de quienes, al actuar, se han basado en el supuesto de que las consecuencias jurídicas de sus actos estarán determinadas por lo que se conoce del Derecho establecido en el momento de sus actos. Tal objeción, sin embargo, incluso si procede en contra de un cambio o el desconocimiento judicial de una ley claramente establecida, no parece pertinente en ab-

soluto en casos difíciles puesto que se trata de casos en los cuales el Derecho ha regulado de manera incompleta y en los que no hay un conocimiento del Derecho claramente establecido que justifique expectativas⁷⁶.

76 *Nota del Editor.* Éste es un párrafo inicial para el capítulo de la discrecionalidad judicial que no fue descartado por Hart. "A lo largo de sus extensos escritos acerca de la adjudicación, Dworkin ha mantenido constantemente su opinión en contra de la discrecionalidad de los jueces en el sentido de que tengan poder para crear Derecho en casos que el derecho vigente no contempla. Dworkin estableció que, aparte de algunas excepciones triviales, tales casos no existen ya que como lo establecería en forma célebre, siempre hay una 'respuesta correcta' para cada asunto acerca de lo que es el Derecho en cualquier punto que pueda emerger en un caso.

No obstante esta apariencia de estabilidad en la doctrina, en su posterior introducción de las ideas interpretativas en su teoría jurídica y en su reivindicación acerca de que todas las proposiciones jurídicas son interpretativas en el sentido adjudicado por él a esta expresión, Dworkin definió —como Raz habría de anotarlo por primera vez— el sentido último de esta posición en forma cercana a la mía, al reconocer que las cortes tienen y frecuentemente ejercen una discrecionalidad para la creación del Derecho. Con anterioridad a la introducción de las ideas interpretativas en su teoría del Derecho, parecía haber una gran diferencia entre nuestras perspectivas acerca de la adjudicación, porque la primera negación que hizo Dworkin de la discrecionalidad judicial en un sentido estricto, y su insistencia acerca de que siempre hay una respuesta correcta, estaban asociadas con la idea de que el papel del juez cuando decidía casos era *discernir* y *aplicar* el derecho vigente. Sin embargo esta visión inicial, que por supuesto difiere de mi perspectiva acerca de que el juez al decidir casos frecuentemente ejerce la discrecionalidad judicial no figura en..."

CÓMO EL DERECHO SE PARECE A LA LITERATURA

Ronald Dworkin

Intentaré demostrar aquí que la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación y esto no sólo cuando un abogado interpretará un documento, una ley o un código específico sino de manera general. El derecho, así concebido, es una cuestión profusa y profundamente política. Abogados y jueces no pueden evitar lo político tal y como lo entiende, en términos generales, la teoría política. No obstante, las leyes, el derecho, tampoco son un asunto de política personal o partidista, y una crítica del derecho que no entienda esta diferencia ayudará muy poco en la comprensión del problema y servirá muchísimo menos como guía. Propongo pues, que podemos mejorar nuestra comprensión del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en particular en la literatura. También sospecho que el derecho, cuando sea mejor entendido, nos otorgará un mejor entendimiento de lo que la interpretación significa en general.

El problema principal de la jurisprudencia analítica es el siguiente: ¿qué sentido debe dársele al texto de la ley? Con esto quiero decir las muchas interpretaciones y aseveraciones que los abogados hacen al informar sobre lo que la ley es respecto a esto o aquello. El contenido de la ley puede ser muy abstracto y general, como la ley aquella en la que se afirma que, en los Estados de la Unión, es decir, en los Estados Unidos, cuando se trate de proveer con servicios básicos a sus ciudadanos, no se puede discriminar racialmente. O dicho contenido puede también ser más o menos concreto como aquel mandato en el que se establece que quien acepta un cheque en el curso normal de una negociación, sin previo aviso de irregularidad alguna por parte del titular, está en su derecho de cobrarlo contra el girador. Por último, puede también ser muy concreto, como aquella proposición en la que se establece que el señor X debe pagar la suma de \$1.150 dólares por daños y perjuicios ocurridos sobre el señor Y, al resbalar éste frente a la resbalosa acera del primero, ocasionando fractura de cadera. En cada uno de los casos surge un interrogante. ¿Sobre qué trata el contenido de ley? ¿Qué demonios hace que una ley sea cierta o falsa?

—▷ La pregunta surge porque los enunciados de la ley parecen ser descriptivos —suelen tratar sobre cómo son las cosas frente a la ley y no sobre cómo deberían ser— y, sin embargo, ha sido sumamente difícil establecer de manera precisa qué es lo que describen. Los juristas positivistas consideran que, en efecto, las proposiciones jurídicas son integralmente descriptivas: pedazos de historia. Para ellos una proposición jurídica sólo es cierta en el caso de que un hecho, de alguna manera legislativo, haya tenido lugar, de lo contrario no. Esto, aparentemente funciona muy bien en casos en extremo sencillos. Si la asamblea legislativa del estado de Illinois promulga que "Ningún testamento será válido sin la

presencia de tres testigos", entonces la proposición jurídica de que un testamento en Illinois necesita tres testigos parecería ser cierta sólo en virtud de ese suceso histórico.

Pero en casos más complicados dicho análisis se derrumba. Considérese la proposición de que un plan específico de discriminación positiva —que no ha sido aún puesto a prueba en una Corte— sea constitucionalmente válido. Si esto es cierto, no lo es únicamente en virtud del texto de la Constitución y de previas decisiones tomadas en alguna Corte, porque entre abogados sensatos, que conocen bien la Constitución y los historiales de las cortes, aun entre ellos, podrían no estar de acuerdo en que dicha proposición sea necesariamente cierta. (Es más, tengo mis dudas respecto a la validez del análisis positivista incluso en el caso sencillo del testamento, pero ese es un asunto distinto que aquí no interesa.)

—▷ ¿Qué otras opciones surgen? Una sería suponer que toda proposición jurídica polémica, como la del plan de discriminación positiva, no es para nada descriptiva sino más bien expresión de lo que su vocero quisiera que la ley fuese. Otra opción, más ambiciosa, sería la siguiente: las proposiciones polémicas son intentos por describir alguna ley natural u objetiva que existe en virtud de una verdad moral antes que en virtud de una decisión histórica. En ambos casos se necesitarían varias declaraciones jurídicas para llegar a hacer una mera evaluación que no fuera descriptiva: una de dos, la formulación expresaría la preferencia del vocero —su posición política personal— o lo que éste cree que son los requisitos necesarios que constituyen los principios de una moral política ideal. Ninguno de los dos caminos es convincente porque alguien que afirma que un plan de discriminación positiva —aún no probado en una corte— es constitucional, lo que está haciendo es describir la ley como es antes de como quisiera o cree que, en el mejor de los mundos posibles, debería ser. Puede incluso llegar a decir que el plan es constitucional

a su pesar y que cree que, de acuerdo con la mejor teoría moral, no debería serlo.

Existe otra alternativa mejor: las proposiciones jurídicas no son meras descripciones de la historia del derecho, en un sentido literal, ni tampoco son simples evaluaciones de alguna manera separadas de dicha historia. Son siempre interpretaciones de la historia jurídica, con elementos tanto descriptivos como valorativos, pero distintas de ambas. Esta sugerencia la aceptarán, por lo menos en primera instancia, muchos abogados y filósofos del derecho. Están acostumbrados a decir que las leyes son una cuestión de interpretación. Ahora, esto es cierto pero sólo porque, quizá, entienden el término interpretación de alguna manera específica. Cuando una ley —o la Constitución— no es clara en algún punto, ya sea porque un término crucial resulte vago o una oración ambigua, entonces los abogados dicen que la ley debe interpretarse y proceden a aplicar lo que ellos llaman “técnicas de interpretación jurídica”. Casi toda la literatura que existe asume que la interpretación de un documento específico es una cuestión de descubrir lo que sus autores —quienes legislan o los delegados a una asamblea constitucional— quisieron decir al utilizar los términos que utilizaron. Sin embargo, los abogados admiten en muchísimos casos que el autor no tuvo ni ésta ni aquella intención y que aun en otros casos es simplemente imposible descubrir la intención. Otros toman posiciones más escépticas. Afirman que siempre que un juez pretende haber descubierto la intención detrás de algún párrafo de legislación, lo único que está haciendo es levantar una cortina de humo detrás de la cual el juez impone su punto de vista personal sobre lo que considera que la ley debería ser.

La interpretación como instrumento de análisis jurídico es mucho menos frecuente cuando se trata del derecho consuetudinario, aunque aun allí no esté ausente del todo. Supongamos que la Corte Suprema del estado de Illinois hubiera decidido, hace varios

años, que un conductor irresponsable que atropelló a un niño, era responsable del daño moral que sufrió la madre de la criatura que presenció el accidente, y que esto cobija también a la tía que supo del accidente. Ahora pensemos en una tía que demanda a otro conductor irresponsable por daños y perjuicios morales cuando supo, gracias a una llamada telefónica, del accidente, ocurrido a cientos de millas de distancia, en el que su sobrina había sido arrollada. ¿Tiene la tía el derecho a ser compensada por el daño? Los abogados suelen decir que éste es un problema que consiste en interpretar, de manera correcta, la sentencia original. ¿Acaso, entonces, la teoría jurídica sobre la que se respaldó el primer juez al tomar su decisión sobre la madre que presenció el accidente, cobija también a la tía que supo del accidente por teléfono? De nuevo, muchos escépticos señalan que es muy improbable que el primer juez tuviera en mente una teoría lo suficientemente elaborada como para decidir también en el caso de la tía, de manera que el segundo juez, aquél que “interpreta” la sentencia primera, lo que en efecto hace es crear, sobre la marcha, nueva legislación de la manera que él o ella considera la mejor.

La idea de interpretación no puede servir para dar cuenta, de un modo general, de la naturaleza o el valor de verdad de una proposición jurídica... a menos que se separe completamente de cualquier asociación relativa a la intención o sentido que hubiera podido tener un vocero específico. De lo contrario se convertiría en otra versión más de la tesis positivista que sostiene que las proposiciones jurídicas no son más que decisiones por escrito tomadas en el pasado por personas o instituciones. Si la interpretación pasa a conformar la base de una teoría diferente y más viable sobre las proposiciones jurídicas, debemos entonces desarrollar una explicación más global sobre qué es la interpretación. Esto significa que los abogados no deben seguir tratando la interpretación jurídica como una actividad *sui generis*. Debemos es-

tudiar la interpretación como una actividad general, como un modo de conocer, ocupándose de otros contextos que dicha actividad conlleva.

A los abogados les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo —salir de Guatemala para meterse en Guatepeor— ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes. Sin embargo, precisamente por eso los abogados deberían conocer dichos debates. No todas las batallas que se han librado entre la crítica literaria han sido edificantes y a veces ni siquiera inteligibles, pero se han defendido muchas más teorías de la interpretación en la literatura que en el derecho, y aquí se incluyen teorías que ponen en entredicho la distinción llana entre la descripción y la evaluación que tanto ha debilitado la teoría del derecho.

LITERATURA

La hipótesis estética

Para que los abogados puedan sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria, es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva. En esta sección intentaré decir cuál es esta perspectiva. (Preferiría que lo que aquí se afirma sobre la literatura no provocara polémica entre los académicos de esa disciplina, aunque me temo que sí la provocará.) Los estudiantes de literatura realizan muchos trabajos bajo títulos como “interpretación” y “hermenéutica” y unos y otros casi siempre también los llaman “descubrir el sentido de un texto”. Sólo me interesa incidentalmente algo que dichos estudiantes hacen y que consiste en intentar descubrir el sentido en el que algún autor utilizó tal palabra o frase. Me interesan, por el contrario, los razonamientos que ofrecen alguna in-

terpretación sobre el sentido de una obra en su conjunto. Estas disquisiciones algunas veces se convierten en aseveraciones sobre algún personaje: que Hamlet en verdad amaba a su madre, por ejemplo, o que en realidad la odiaba, o que en verdad no hay ningún fantasma y éste no es más que una manifestación esquizofrénica de Hamlet. Otras veces se trata de aseveraciones sobre los acontecimientos que subyacen al argumento: que Hamlet y Ofelia eran amantes antes de iniciarse la pieza —o que no lo eran—. Con mayor frecuencia nos ofrecen de manera directa hipótesis sobre el “punto”, o el “tema”, o el “sentido y significado” o el “tono” de la pieza en conjunto: que Hamlet trata sobre la muerte, por ejemplo, o sobre las distintas generaciones o sobre política. Tales interpretaciones quizá tengan una función práctica. Pueden servir de guía a un director que piensa hacer un nuevo montaje de la obra, por ejemplo. Pero también pueden tener una importancia más general, como ayudarnos a entender de mejor manera aspectos importantes de nuestro entorno cultural. Ahora, por supuesto que ciertas dificultades que pueden surgir sobre el sentido que tiene una palabra en el texto, inciden sobre asuntos más globales. Pero, estos últimos, finalmente, tratan del significado de la obra como un todo más que del significado de una frase específica.

Los críticos no coinciden en la forma de responder a tales preguntas. Quiero, en lo posible, no tomar partido sino intentar aprehender los desacuerdos de un modo lo suficientemente general para intentar describir en qué no coinciden. Mi sugerencia aparentemente banal —que he llamado la “hipótesis estética”— es la siguiente: lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura —o voz o dirección, o actuación— es capaz de revelarnos el texto como una verdadera obra de arte. Distintas teorías y escuelas de interpretación no están de acuerdo con esa hipótesis porque asumen muy diferentes teorías normativas, preceptivas, respecto a qué es la li-

teratura y para qué sirve y qué hace que una obra literaria sea mejor que otra.

Casi con seguridad, esta sugerencia, con todo y su aparente debilidad, será rechazada por muchos académicos porque, dirán, confunde la crítica con la interpretación, o de cualquier modo, porque resulta relativista a ultranza y por lo tanto se trataría de un trabajo escéptico que, en el fondo, lo que hace, es negar la posibilidad de hacer interpretación. En efecto, la hipótesis estética puede no ser más que reformular de nuevo una teoría ahora en boga en la que se dice que, como la interpretación es la que crea la obra de arte y esto sólo desde el punto de vista o dogma de una comunidad de críticos específica, entonces sólo existen interpretaciones de poemas o novelas o piezas de teatro específicas, pero ninguna es mejor que otra. Con todo, la hipótesis estética no es tan desmañada, ni tan débil ni tan irremediablemente relativista como puede parecer en un primer momento.

Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar "la obra" como la mejor obra de arte que "puede ser". El énfasis en la obra, se hace para señalar la diferencia entre explicar una obra de arte y simplemente convertirla en otra obra distinta. Quizá Shakespeare hubiera podido escribir una mejor pieza utilizando las mismas fuentes que usó, y que en esa mejor pieza el héroe hubiera sido un hombre más decidido para la acción. De esto no se desprende que el *Hamlet* que en efecto escribió, en realidad trate de un hombre decidido para la acción. Es obvio que una teoría de la interpretación debe contener una subteoría sobre lo que constituye la identidad de una obra de arte para que le sea posible ver la diferencia entre interpretar y simplemente cambiar, trastocar la obra. (Cualquier teoría útil sobre dicha identidad será polémica, de modo que esta sería la manera obvia en la que los desacuerdos respecto a la interpretación, van a depender de desacuerdos más generales contenidos en una teoría estética.)

Todas las teorías de interpretación contemporáneas parecen utilizar como parte de su respuesta al requisito arriba mencionado, la idea de un texto canónico —o partitura en el caso de la música, u objeto físico único en el caso de casi todo el arte plástico—. Dicho texto establece una estricta limitación en lo que a su identidad concierne: todas las palabras allí contenidas deben ser tenidas en cuenta y ninguna puede cambiarse para así hacer de ella —la obra— una supuesta mejor obra de arte. (Por aceptada que esta limitación sea, no es tan inexorable. Un chiste, por ejemplo, no deja de ser el mismo chiste aunque se cuente de distintas maneras, ninguna de ellas canónica. Una interpretación del chiste escogerá una manera particular de contarle y puede, incluso, ser completamente original, todo para resaltar su punto clave, "real", o para develar por qué es en "verdad" gracioso.) De manera que el modo de interpretación que asume cualquier crítico se verá afectado por sus creencias teóricas respecto a la naturaleza y a la necesidad de un texto canónico —o no—.

Un modo o estilo interpretativo también se verá afectado o incidido por los conceptos que el intérprete tenga sobre la coherencia o la integridad en el arte. Una interpretación no podrá aumentar la importancia de una obra de arte si hace que gran parte del texto que la compone resulte irrelevante, o si mucho de lo que ocurre en ella resulta accidental o si muchos tropos o cuestiones de estilo parecen desintegrados y respondiendo a estándares aislados de lo que se considera escribir bien. De aquí que, de la hipótesis estética, no se desprende que porque una novela filosófica tenga más valor estético que una novela de misterio, entonces una novela de Agatha Christie sea en realidad un tratado sobre la muerte. Una interpretación así, fracasa no sólo porque una novela de Agatha Christie, tomada como un tratado sobre la muerte, sería un tratado muy pobre y con menos valor que una buena historia de misterio, sino por que esta interpretación hace estragos con la no-

vela: excepto una o dos frases en toda la novela, todas las demás devenirían irrelevantes al supuesto tema; la organización, el estilo, las figuras retóricas no serían las apropiadas para una novela filosófica sino para un género completamente distinto. Con todo, algunos libros originalmente ofrecidos al público como novelas de misterio o policíacas —incluso pensadas como tales por los mismos autores—, han sido en efecto “reinterpretadas” como algo de mayor pretensión. El interés de la crítica actual por Raymond Chandler es un ejemplo. Pero que esta reinterpretación funcione en el caso de Chandler y no en el de Christie ilustra las limitaciones o exigencias de la coherencia y la integridad.

Existe, sin embargo, mucho espacio para la discusión entre los críticos respecto a lo que se puede considerar como unidad o coherencia, respecto a qué tipo de unidad sería deseable y cuál irrelevante o no deseable. ¿Sí se puede hablar en verdad de una ventaja cuando se le pide al músculo de la lengua del lector que al leer un poema o una narración, “imite” los movimientos y/o direcciones que le exige el texto tal y como está expresado en el poema o la narración? ¿Acaso la coherencia mejora agregando un elemento más a toda la coordinación? ¿Será una ventaja cuando ocurre que ciertas conjunciones y los finales de los versos se arreglan de modo que el lector, mientras “negocia” con el poema, va elaborando suposiciones y lecturas contradictorias que harán que, al terminar su lectura, lo que comprende sea muy distinto de lo que comprendió en tanto avanzaba en la lectura? ¿Le agrega esto otra dimensión de complejidad a la unidad del todo, o será más bien que pone en peligro tal unidad porque una obra literaria debería ser capaz de mantener su significado e importancia al ser sometida a una segunda lectura? Distintas escuelas interpretativas surgirán y desaparecerán contestando a estas preguntas, que es precisamente lo que la hipótesis estética propone.

Las grandes diferencias entre las distintas escue-

las son menos sutiles porque no tratan estos aspectos *cuasi* formales del arte sino más bien su función o asunto como arte en sí, de manera más amplia. ¿Se puede decir que la literatura —en principio o de manera sustancial— tiene un núcleo cognoscitivo? ¿Se trata de mejor arte cuando éste es de alguna manera instructivo, cuando aprendemos de él algo sobre el modo de los hombres o el mundo? De ser así y si el psicoanálisis es verdad —excusen la manera tan cruda de plantearlo—, entonces una interpretación psicoanalítica de una obra literaria podría mostrar por qué se trata de un arte que cumplió —o no— con éxito su cometido. ¿Será bueno el arte en tanto logre comunicar su susodicho cometido con éxito en un sentido sencillo? En este caso entonces la buena interpretación se centraría en las intenciones del autor porque la comunicación no puede llamarse exitosa a menos de que exprese lo que quien habla quiere expresar. ¿O más bien, será que el arte es bueno cuando expresa en un sentido distinto, en tanto sea capaz de estimular o informar las vidas de quienes se acercan a él? En este caso entonces la interpretación colocaría al lector —o escucha o espectador— en el primer plano. Desde esta perspectiva la lectura de la obra sería lo más importante.

Las teorías estéticas no existen aisladas de la filosofía, la psicología, la sociología, y la cosmología. Un creyente probablemente tenga una teoría sobre el arte distinta de la de un agnóstico. Hemos visto además cómo las más recientes teorías críticas subrayan lo muy susceptible que es la interpretación frente a lo que se entiende por significado, referente y otros aspectos técnicos de la filosofía del lenguaje. Pero la hipótesis estética no pretende ni asume que cualquier persona que interprete literatura tenga una teoría estética completa y conscientemente desarrollada. Ni que todo aquel que interprete debe estar suscrito a una de las escuelas aquí reseñadas de manera escueta. A mi modo de ver, los mejores críticos niegan la existencia de una única función o propósito

en el arte. Una novela o una pieza de teatro pueden ser valiosas de muchísimas maneras, algunas de las cuales aprehendemos al leer, o ver, o escuchar sin que medie una previa reflexión abstracta sobre lo que el buen arte debiera ser.

Con todo, quienquiera que interpreta una obra de arte cuenta con algunas opiniones de naturaleza teórica acerca de la identidad, la coherencia y otros aspectos formales de la obra de arte, así como con algunos conceptos más específicamente preceptivos sobre lo que es bueno en el arte. Ambas creencias o preconcepciones están detrás del juicio de que ésta o aquella lectura es más apropiada que otra para beneficio del texto. Tales opiniones o creencias no tienen porqué estar articuladas, pueden ser "tácitas". Esto no las hace menos genuinas —ni meras "reacciones"— ya que su fuerza en acción la puede percibir cualquier lector o crítico no sólo en una única circunstancia interpretativa aislada sino en cualquier número de estas circunstancias. Además, porque en efecto circulan y son capaces de convencer.

Todo esto no afecta para nada la queja mayor que anticipé contra la hipótesis estética: que es trivial. Obvio que se podría decir que distintos modos de interpretación descansan sobre distintas teorías respecto a lo que el arte debiera ser, para qué sirve y qué lo convierte en buen arte. El asunto es tan banal, que bien podría plantearse al contrario: las distintas teorías estéticas provienen de distintas teorías interpretativas. Si alguien considera que la estilística es fundamental para la interpretación, pensará que una obra de arte es mejor porque integra enunciación, pronunciación y tropo. Si alguien está muy interesado en la deconstrucción, hará caso omiso del referente en el sentido convencional de la palabra y considerará que no tiene mayor importancia al dar cuenta del lenguaje. Esta exposición de mi hipótesis tampoco ayudará en manera alguna a arbitrar entre las distintas teorías interpretativas ni a refutar los cargos que se le pueden hacer de nihilista o relativista.

Por el contrario, como lo que la gente considera que lo que hace que el arte se constituya en buen arte es por naturaleza algo subjetivo, la hipótesis estética no tiene la menor esperanza de rescatar objetividad alguna en la interpretación excepto, quizás, entre aquellos que piensen de manera parecida, lo que no ayuda mucho.

Sin lugar a dudas la hipótesis estética resulta banal en más de una manera importante: tiene que ser abstracta para poder dar cuenta de las amplias discrepancias que existen entre las muchas teorías... pero quizá no sea tan débil después de todo. La hipótesis tiene la importancia de haber incidido en que a las teorías interpretativas académicas ya no se les considere como lo que con frecuencia ellas mismas alegan ser, a saber, análisis de la idea misma de la interpretación, sino más bien como posibles candidatas para dar la mejor respuesta posible a la pregunta sustantiva que la interpretación plantea. Así, la interpretación se convierte en un concepto detrás del cual las distintas teorías son conceptos rivales. De aquí se desprende que en realidad no existe una diferencia radical —sino sólo una en el nivel de abstracción—, entre ofrecer una teoría de la interpretación y ofrecer la interpretación de una obra de arte específica. Es más, la hipótesis niega que existan las distinciones contrastadas que algunos académicos han cultivado. Ya no existe una división tajante entre la interpretación, concebida como descubrir el significado real de una obra, y la crítica, entendida como algo que evalúa su éxito o importancia. Alguna diferencia persiste, claro, porque no es lo mismo decir qué tan buena puede llegar a ser una obra específica y decir qué tan bueno es hacer eso. Sin embargo, en ambos casos se hace un juicio de valor a la obra de arte.

La objetividad es otro asunto. Para mí, establecer si se pueden afirmar como verdaderos o falsos, válidos o inválidos, los juicios que hacemos sobre el arte, es una pregunta abierta. Este asunto hace parte del problema filosófico más amplio respecto a la objetivi-

dad, cuestión hoy por hoy muy debatida, tanto por la ética como por la filosofía del lenguaje y nadie que estudie el caso del juicio estético en sí, puede tomar una posición al respecto. Por supuesto que ninguna valoración estética de importancia puede ser "demostrada" como verdadera o falsa. Es imposible crear los argumentos que sostengan cualquier interpretación dada de manera que ésta sea universalmente acatada, ni siquiera entre los entendidos. Si esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que los juicios estéticos son subjetivos —que no se pueden demostrar— entonces son subjetivos. Pero esto no implica, por lo tanto, que ninguna teoría normativa, preceptiva, sobre el arte pueda ser mejor que otra ni que una teoría no pueda ser la mejor hasta ahora generada.

La hipótesis estética invierte —para bien, pienso yo— una conocida estrategia. E.D. Hirsch, por ejemplo, arguye que sólo una teoría como la suya puede hacer de la interpretación algo objetivo y darle validez a las interpretaciones particulares. Tal aseveración me parece un error en dos sentidos próximos. La interpretación es una empresa, una institución pública y no es correcto, por lo tanto, asumir a priori que las propuestas claves de cualquier empresa, por pública que sea, tengan que tener validez. Tampoco es correcto asumir demasiado respeto a lo que la validez en tales empresas debería ser —por ejemplo, si la validez exige como requisito la posibilidad de que se pueda demostrar. Me parece mejor proceder, en este caso, de manera más empírica. Se debiera, antes que nada, estudiar una serie de actividades en las que la gente asume que tiene buenas razones para decir lo que dice y que considera son ciertas de manera general y no sólo en lo que va de uno a otro punto de vista individual. Entonces se podría juzgar qué estándares acepta esta gente, en la práctica, al pensar que poseen razones de esta índole.

Tampoco el asunto de la reversibilidad —que una teoría estética puede depender de una interpretación y viceversa— puede utilizarse como argumento con-

tra la hipótesis estética. No defendiendo aquí ninguna explicación específica en cuanto a cómo la gente puede llegar a tener ya sea teorías interpretativas o estéticas, sólo alego algo sobre las conexiones en el modo de argumentar entre tales teorías sin importar de dónde surjan. Claro que aun al nivel en el que polemizan o discurren, ambas teorías se refuerzan mutuamente. Esto da pie para dudar sobre cualquier teoría que trate sobre qué constituye un objeto en arte, ya que todo lo que dicha teoría genere es una teoría de la interpretación a todas luces tonta. Mi punto es precisamente que la conexión es recíproca, de manera que cualquier persona que salga a defender una aproximación particular al problema de la interpretación, estaría obligado a recurrir a aspectos más generales de una teoría estética, esté consciente de ello o no. Y esto puede ser cierto aunque lo contrario, hasta cierto punto, también lo sea. Quiero agregar que sería un error considerar este hecho de la mutua dependencia como algo que ofrece, en sí mismo, cualquier razón que dé cabida para hablar sobre escepticismo o relativismo en lo que concierne a la interpretación. Ésta parece ser la esencia de frases como "la interpretación crea el texto", pero, de manera inmediata, no hay más implicaciones escépticas en la idea de cómo debería comportarse aquello que consideramos una obra de arte, en relación a lo que consideramos que debe ser la interpretación de una obra de arte, que la idea análoga de que lo que consideramos que debe ser un objeto debe ajustarse a nuestra teoría del conocimiento... siempre y cuando agreguemos, en ambos casos, que la conexión sigue siendo cierta en el caso contrario.

La intención del autor

La prueba de fuego de la teoría estética no reside pues, en su capacidad para defenderse de estos ataques sino en su capacidad explicativa y, muy particularmente, en su capacidad crítica. Si coincidimos

en que las teorías interpretativas no son análisis autónomos de lo que significa interpretar algo sino que más bien se basan y dependen de teorías preceptivas del arte, debemos entonces aceptar que son vulnerables a los reclamos que se le puedan hacer a la preceptiva en la que estas teorías interpretativas descansan. A mí, ciertamente, me parece que las más acendradas y dogmáticas de las teorías que defienden la intención del autor son vulnerables en el sentido que acabo de exponer. Estas teorías tienen que suponer, respecto a esta hipótesis, que lo que tiene valor en una obra de arte, lo que debería conducirnos a valorar una obra más que otra, está restringido a lo que quiera que fuera, en algún estrecho y limitado sentido, la intención del autor al poner lo que allí puso. Tal alegato presupone, como ya lo dije, que el arte debe entenderse como una forma de comunicación del tipo vocero-auditorio. Pero aun esta sospechosa tesis termina, tras un breve examen, contradiciendo el presupuesto.

Los intencionalistas objetarían lo anterior. Insistirán en que su teoría de la interpretación no es un informe sobre lo que tiene valor en un libro, un poema o una pieza teatral sino sólo una explicación de aquello que un libro, poema o pieza particular significa, y que debemos de antemano entender lo que algo significa antes de entrar a decidir si la cosa tiene valor y dónde reside dicho valor. También objetarán que jamás han dicho que sólo la intención del autor, "en algún estrecho y limitado sentido", sea relevante al establecer el significado de su obra.

En la primera de estas objeciones, la teoría de la intención del autor se presenta no como el resultado final de la hipótesis estética —es decir, no como la mejor teoría interpretativa dentro de los parámetros que estipula tal hipótesis— sino más bien como su rival, una mejor teoría sobre qué es lo que es una interpretación. Sin embargo, resulta en extremo difícil entender la teoría de la intención autorial como rival de cualquier índole de la hipótesis que aquí se

trata. ¿Cuál es la pregunta que se propone contestar mejor? Con toda seguridad no alguna pregunta sobre el lenguaje corriente o siquiera alguna sobre el significado técnico de las palabras "sentido" o "interpretación". Un intencionalista no puede suponer que todos sus críticos y a quienes él mismo critica, cuando usan la palabra "interpretación" en efecto quieren significar el descubrimiento de la intención del autor. Tampoco puede aducir que lo que él reivindica describe de manera precisa lo que todo miembro de la hermandad de críticos realiza siempre que se hable de la "interpretación". De ser así, sus críticas y polémicas devenirían innecesarias. Pero, si su teoría no es semántica ni empírica en estos sentidos, ¿qué clase de teoría es?

Supongamos que un intencionalista nos contesta: "Dicha teoría señala un asunto muy importante en las obras literarias, fundamentalmente, ¿qué quiso el autor que su obra fuera? Una cuestión a todas luces importante, aun en el caso de que dicha importancia sea preliminar a otras cuestiones igual o más importantes sobre su significado y valor. De hecho, se trata de aquello que la mayoría de la gente, durante mucho tiempo, ha dado en llamar una interpretación. Sin embargo, el nombre que le den no importa, siempre y cuando se reconozca la importancia de la actividad misma y se sobreentienda que, en principio, los académicos estarían en capacidad de producir respuestas correctas y objetivas a la pregunta que la misma actividad plantea".

Tal respuesta se puede reducir a lo siguiente: nos es posible descubrir la intención de un autor, lo que tenía en mente —por lo menos sacar conclusiones probables al respecto— y es importante hacerlo, además, por otras razones y propósitos de tipo literario.

Pero, ¿por qué importante? ¿Qué otros propósitos? Cualquiera que sea la respuesta, asumirá que todo valor o significación en el arte estará de alguna manera ligado a la intención del autor por la sencilla

razón de que eso fue lo éste tuvo en mente. De lo contrario, ¿para qué evaluar lo que tal tipo de interpretación proclama ser una obra de arte? Con todo, la aseveración de que este modo de interpretación sea importante descansa en una teoría estética preceptiva muy discutida; no en una observación preliminar imparcial de alguna evaluación coherente. Ninguna teoría interpretativa viable sostiene que la intención del autor sea siempre irrelevante. Algunas veces, incluso, se constituye en el centro del asunto como, por ejemplo, surge cuando se plantea el problema de qué quiso decir Shakespeare cuando escribió *hawk* distinto de *handsaw*. Sin embargo, esto no quita lo polémico que sigue siendo el que debemos saber si Shakespeare pensaba que Hamlet era un hombre cuerdo, o era un loco que se pretendía furioso para decidir qué tan buena es su pieza teatral. El intencionalista, con toda seguridad, cree que sí necesitamos saberlo y precisamente por esto su teoría interpretativa no es un rival de la hipótesis estética sino antes bien un pretendiente al trono que ella detenta.

Quizá mi segunda objeción contra las teorías intencionales resulte más interesante. Para los intencionalistas el estado mental del autor es crucial para la interpretación. Pero no entienden bien, hasta donde yo veo, ciertas complejidades en dicho estado mental: en primer lugar, no alcanzan a ver cómo las intenciones “para” con una obra y lo que se “cree” o “piensa” que debe ser una obra son elementos que interactúan. Estoy pensando en una experiencia que debe ser muy común para cualquier persona que intente crear algo y es la de, de pronto, ver “en” ella —la obra— algo que no sabía que estaba allí y no había visto antes. Esto suele expresarlo —aunque no muy bien— aquel cliché frecuente entre los autores de que sus personajes parecen tener vida propia. A continuación un ejemplo de la literatura popular, en palabras de John Fowles:

Cuando Charles abandonó a Sarah al borde del acantilado, le ordené que volviera inmediatamente a Lyme Regis. Pero no lo hizo. De manera arbitraria dio media vuelta y se dirigió a la granja. Ah, pero, dirá usted, vamos amigo —lo que realmente quiero decir es que mientras escribía se me pasó por la mente que quizá fuera más inteligente hacerlo entrar a la granja, tomarse un vaso de leche... y volver a encontrarse con Sarah— conste que yo soy el mejor testigo posible —pero la idea a mí me pareció que provenía de Charles, no de mí. No es sólo que él ya tiene para entonces mucha autonomía y debo respetarla. Se trata más bien de irrespetar los planes cuasi divinos que yo tenía preparados para él... esto, claro está, si quiero que Charles sea real, de verdad.

De hacer caso a esta descripción, lo que ocurrió es que Fowles cambió de parecer sobre el curso que “debía” seguir la historia en *La mujer del teniente francés* mientras la escribía. Pero quizá también pudo cambiar de parecer respecto al meollo de la novela muchos años después, como se rumorea que en efecto ocurrió después de que él mismo viera la versión cinematográfica de su novela. Quizá viera las motivaciones de Sarah de modo muy distinto tras leer el guión de Harold Pinter o después de ver a Meryl Streep actuando en su papel: Pinter y Streep estaban interpretando su novela y una o ambas interpretaciones pudieron haber ocasionado otro cambio más en la interpretación que de su propia obra tenía Fowles. Quizá me equivoque al suponer que esto ocurre con frecuencia, pero con seguridad ocurre con suficiente frecuencia y me parece importante ser claros en cuanto a qué es lo que ocurre cuando esto ocurre.

El intencionalista quiere que optemos entre dos posibilidades. O el autor de pronto se da cuenta de que preexistía una “intención subconsciente” que sólo hasta ahora descubre, o cambió su intención a posteriori. Ninguna de las dos me satisface. Aquí el subconsciente corre el peligro de entrar en combustión espontánea a menos de que supongamos una tercera evidencia, distinta a la nueva visión del autor, para que nos sugiera que había tenido una aún más temprana intención subconsciente. No quiero decir

con esto que todos los rasgos en una obra de arte, de los que su autor no está consciente, sean accidentes del azar. Por el contrario. Si una novela resulta a la vez más interesante y más coherente si asumimos que los personajes tienen motivos distintos a los que el novelista pensó cuando escribía —o si los tropos y el estilo de un poeta tienden a reforzarse a sí mismos de manera que el poeta no pudo percatarse mientras los escribía—, en ese caso, la causa de todo esto debe descansar en el talento del artista. Hay mucho misterio por resolver en la psicología del acto creador. Pero suponer unas intenciones subconscientes sin otro respaldo de los que cualquier psicoanalista exigiría, me parece que no resuelve ningún misterio y que no da ninguna explicación. Sin embargo, esto tampoco es crucial para el problema, porque haya o no tenido Fowles la intención subconsciente de hacer a Charles o a Sarah distintos a lo que creía tener diseñados en su “plan cuasi divino”, sus últimas decisiones y opiniones no consisten ni se basan en ningún descubrimiento de tal intención anterior. Surgen al confrontar, no su ser anterior sino la obra que ya produjo.

Así como ninguna nueva idea que Fowles se haga sobre sus personajes —como nos lo sugiere la segunda hipótesis intencionalista—, tampoco será una nueva intención diferenciada. No se trata de una intención respecto a qué tipo de personaje debía crear porque —en este caso— se trata de una opinión o creencia sobre qué tipo de personajes creó. Tampoco es una intención sobre cómo deben los demás entender el libro, aunque pueda implicar —o no— alguna expectativa en esa línea.

Fowles cambió su visión mientras escribía su libro, pero lo hizo, como él mismo insiste, confrontando el texto que ya había escrito, tratando a sus personajes como si fueran de verdad, reales en el sentido de que podía desligarlos de su plantilla original, en pocas palabras, interpretando él mismo su obra y no mediante una exploración en las profundidades subconscientes de un plan anterior o descubriendo

un nuevo plan. Ciertamente que cambió una vez más su visión después de ver la película, lo que de nuevo, no fue el descubrimiento en retrospectiva de una nueva intención ni el redescubrimiento de una más vieja. Fue otra interpretación.

Un autor es capaz de desligar sus intenciones y preceptos originales de lo que en efecto ha escrito, es capaz de tratarlo como un objeto en sí. También es capaz de llegar a conclusiones nuevas sobre su trabajo respaldándose en juicios estéticos, por ejemplo: que su libro, después de una lectura de alguna manera distinta a la que tuvo en mente mientras lo escribía, no sólo le resulta más coherente sino que le parece un mejor análisis de temas aun más importantes.

Creo que este hecho es muy significativo por varias razones, pero por el momento sólo quiero hacer énfasis en una. Cualquier descripción de lo que quiera que fuera la “intención” de Fowles cuando se dispuso a escribir *La mujer del teniente francés*, debe incluir dentro de ella —la intención— la de producir algo susceptible de ser tratado de tal manera por él y por otros, es decir, la intención de crear algo independiente de su intención. Cito de nuevo a Fowles, y de nuevo, antes como testigo que en razón de su metafísica: “Una sola cosa compartimos todos nosotros [los novelistas]: *queremos crear mundos tan reales como, pero distintos de, el mundo tal cual es.* O fue. Por eso es que no podemos planificar... También sabemos que un mundo genuinamente creado tiene que ser autónomo respecto a su creador”.

Sospecho que considerar algo que uno mismo ha producido como una novela, un poema o una pintura antes que como una simple serie de proposiciones o señales, “depende” de que se le considere como algo que puede ser desligado e interpretado en el sentido que acabo de señalar. Las intenciones de los autores no cumplen una simple función conjuntiva como la que desempeña una lista de mercado para quien va de compras, sino que están estructuradas de manera que, entre más conscientes sean las intenciones, por

ejemplo, las intenciones respecto a las motivaciones de un personaje particular en una novela, más contingentes serán en lo que concierne a opiniones interpretativas cuya solidez varía dependiendo de lo que produce y que puede cambiar radicalmente de tiempo en tiempo.

Podríamos quizá aislar el conjunto completo de las creencias y opiniones interpretativas que un autor tiene en un momento dado —por ejemplo cuando envía sus galeras finales a la imprenta— y declarar, de manera solemne, que tales creencias, en su concreción óptima, definen lo que la novela es o significa. Pero aun en el caso de que —equivocadamente— llamemos este conjunto particular de creencias “intenciones”, estaríamos, al escogerlas, ignorando otro tipo o nivel de intención que es la de crear una obra cuya naturaleza o significado no está definido así, porque se trata de una obra de arte. Por esto mismo considero que la escuela intencional del autor, tal como la entiendo, pone a girar el valor del arte dentro de una perspectiva estrecha y limitada de lo que quiera que sea la intencionalidad del autor.

DERECHO Y LITERATURA

La cadena legislativa

Quizá estos comentarios a vuelo de pájaro sobre la interpretación literaria hayan dejado la impresión de que existe una distinción demasiado tajante entre el papel que juega el artista al crear su obra y aquel que cumple más tarde el crítico al interpretarla. El artista no puede crear sin ir interpretando a medida que trabaja. Además, como lo que tiene en mente es producir una obra de arte, debe tener, aunque sea de manera tácita, una teoría sobre porqué lo que produce es arte y porqué será como tal —como obra de arte— mejor gracias a este giro de su pluma, pincel o cincel, antes que este otro.

El crítico, por su parte, crea al tiempo que interpreta. Además, aunque está obligado o restringido de alguna manera por la naturaleza de su trabajo, en sí ya predefinido por las partes más académicas y formales de su particular teoría estética, el aspecto práctico de su sentido artístico está comprometido con la responsabilidad que tiene de decidir qué perspectiva o qué lectura hará posible mostrar la obra que tiene en frente como una mejor obra de arte. Aun así, existe una diferencia entre interpretar al tiempo que se crea y crear al tiempo que se interpreta y por lo tanto una marcada diferencia entre el artista y el crítico.

Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico, lo que me obliga a mostrar cómo esta diferencia entre artista y crítico puede desvanecerse bajo ciertas circunstancias. Imaginemos un grupo de novelistas que ha sido llamado a realizar un proyecto y que éstos se sortean el orden en el que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor en seguida enviará al siguiente para que éste escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada. Cada uno de ellos o ellas tendrá que decidir cómo son los personajes “realmente”; qué motivaciones los guían; qué asunto o tema trata la novela en marcha; qué tanto contribuye tal o cual recurso o figura para lograr dicho propósito y si tal elemento debe prolongarse o pulirse o podarse o incluso ser abandonado para así poder adelantar la novela en esta dirección antes que en esta otra. Debe tratarse de una interpretación de un tipo que no esté atada a la intencio-

nalidad porque, por lo menos para todos los novelistas después del segundo, ya no existe un único autor cuyas intenciones pueda intérprete alguno considerar decisivas porque así lo establecen las reglas del juego.

De hecho, algunas novelas han sido escritas de este modo —entre ellas la novela pseudopornográfica *Naked Came the Stranger*—, aunque con un propósito iconoclasta. Ciertos juegos de mesa para los días lluviosos en la campiña inglesa poseen una estructura similar. Sin embargo, en mi ejercicio imaginario, se espera que los novelistas asuman con seriedad su responsabilidad y que reconozcan su deber de crear, hasta donde les sea posible, una única novela unificada y coherente antes que una serie de cuentos breves y autónomos con personajes que llevan los mismos nombres.

Tal vez se trate de una tarea irrealizable. Quizá el proyecto esté condenado a producir no sólo una novela mala sino que ni siquiera produzca una novela, ya que la más aceptada teoría estética requiere de un autor único, o si se trata de más de uno, cada uno debe tener algún control sobre el conjunto. Pero, ¿qué ocurre con las leyendas y los chistes? No quiero extenderme sobre esto porque lo único que me interesa es subrayar que la tarea tiene sentido, que cada uno de los novelistas que conforman la cadena alcanza a entender más o menos lo que se espera de él o ella, sin importar las reservas que puedan guardar sobre el valor o el carácter de lo que está por producirse.

Decidir en derecho casos difíciles se parece un poco a este extraño caso literario. El parecido resulta mucho más evidente cuando un juez pondera y se pronuncia en casos relativos al derecho consuetudinario, es decir, cuando ninguna norma escrita juega un papel importante en el asunto jurídico y la discusión gira en torno a qué principios o normas jurídicas “subyacen” o “están detrás” de las decisiones tomadas por otros jueces en el pasado. En ese caso, cada

juez es como uno de los novelistas en la cadena. Él o ella debe repasar y leer lo que otros jueces han dictaminado en el pasado no sólo para saber qué han dicho, ni su estado mental al pronunciarse sino para llegar a establecer su parecer sobre lo que los otros jueces, en conjunto, han “realizado”, tal y como cada uno de nuestros novelistas se fue formando una opinión sobre qué era la novela hasta ese momento escrita. Cualquier juez obligado a pronunciarse en un pleito encontrará, si busca bien, los registros de muchísimos casos relativamente parecidos y sobre los que se ha pasado sentencia a través de décadas y a veces hasta centurias por parte de otros jueces con estilos y filosofías políticas distintas, durante períodos de distinta ortodoxia procedimental y distintas convenciones jurídicas. Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.

El juez, en el caso hipotético antes mencionado que trataba sobre el daño moral de la tía, debe decidir cuál es el tema central no sólo del precedente de la madre que presenció el accidente, sino de todos los accidentes, incluyendo el que precedía, como un todo. Puede verse obligado a escoger, por ejemplo, entre las dos teorías aquí expuestas sobre el “sentido” o “significado” de la cadena de decisiones. De acuerdo a la primera, los conductores irresponsables deben responder ante quienes su comportamiento en

toda probabilidad es posible que cause daño físico, pero en efecto deben responder ante ellos por cualquier perjuicio —físico o moral— que en efecto hayan causado. De ser este el principio correcto, entonces la diferencia crucial entre ese primer caso y el de la tía sólo consiste en que la tía no estaba en peligro de sufrir daño físico y por lo tanto no puede exigir compensación. Ahora, si se tiene en cuenta la segunda teoría, los conductores irresponsables deben responder por cualquier daño que, de manera razonable, hubiera podido preverse si hubieran pensado en las posibles consecuencias de su comportamiento con anterioridad. De ser este el principio correcto, entonces la tía puede exigir compensación. Todo gira en torno a si es lo suficientemente previsible que una criatura tenga parientes, distintos a sus padres, que puedan sufrir un trauma emocional cuando sepan del accidente. El juez a cargo del caso de la tía debe decidir cuál de los dos principios es la mejor "lectura" de la cadena de decisiones que él, además, debe continuar.

¿Acaso es posible decir, de alguna manera general, cuál es el desacuerdo que existe entre aquellos que no llegan a un consenso respecto a cuál es la mejor manera de interpretar los procedimientos judiciales anteriores? He dicho que la interpretación literaria busca mostrar cómo la obra en cuestión puede verse en su mejor luz en tanto obra de arte, y por lo tanto —dicha interpretación— debe cuidar de rasgos formales de unidad, identidad y coherencia así como consideraciones sustantivas de valor artístico. Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico porque el derecho no es una labor artística. La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto socia-

les como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el estado o cualquier combinación posible entre estos elementos. (Esta caracterización es en sí misma una interpretación, por supuesto, pero permisible ahora porque resulta relativamente imparcial.) Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho, debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando —o mostrando— el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio.

Sabemos del razonamiento paralelo hecho sobre la literatura, que esta descripción de la interpretación en derecho no le da licencia a cada juez para encontrar en la historia de la doctrina jurídica lo que quiera que él o ella cree que debe encontrar. Lo mismo debe decirse respecto a la diferencia entre interpretación e ideal. El deber de un juez es interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor. Ciertas dimensiones de ajuste marcarán algunas restricciones. No existe, por supuesto, ningún algoritmo que pueda resolver cuándo tal interpretación se ajusta o no lo suficientemente bien a la historia en consideración. Siempre que un estatuto o una constitución o cualquier otro documento jurídico haga parte de la doctrina del derecho, el significado que el vocero le dé a un asunto jugará un papel. Pero la opción respecto a cuál de los varios y distintos sentidos posibles que pueden estar detrás de la intención del vocero o de la legislación es el correcto, no puede remitirse a la intención particular de nadie y debe ser decidida, por quienquiera que esté encargado, como un asunto de teoría política. En el caso del derecho consuetudinario la cuestión del ajuste es más compleja. Cualquier hipótesis particular sobre el punto central de una serie de decisiones —"estas decisiones establecen el principio de que nadie puede reclamar compensación por daño moral si no estaba cerca de la zona donde pudo ocurrir el daño físico en persona"— es muy probable que encuentre, si no ejemplos

tajantes por el contrario en casos anteriores, por lo menos encontrará discursos o argumentos que parecen sugerir lo contrario. De modo que cualquier concepción interpretativa útil debe contener una doctrina que dé margen para el error —así como la debe tener la teoría interpretativa de cualquiera de los novelistas que conforman la cadena. Algunas veces un razonamiento jurídico acatará de manera explícita tales errores: “En tanto que los casos de A *versus* B y C *versus* D pudieran haber resuelto lo contrario, estaban, a nuestro parecer viciados y por lo tanto no serán tenidos en cuenta aquí”. A veces la norma y doctrina del precedente no da cabida a esta aproximación tan cruda y requiere del como: “se estableció que, en E *versus* F, tal y cual, pero el caso dio lugar a problemas muy especiales y debe por lo tanto permanecer como un caso aislado en sí mismo”, lo que no es tan poco sincero como en un principio puede parecer.

Esta flexibilidad puede dar la impresión de menoscabar la diferencia sobre la que quiero insistir, a saber, la que existe entre la interpretación en estricto sentido y una decisión nueva, limpia, que hace *tabula rasa* sobre lo que la ley debería ser. Con todo, no se puede negar la existencia de esta limitante primordial. Lo que cualquier juez considere que es el meollo o la función esencial de la ley, elemento sobre el que dependerán todos y cada uno de los aspectos de su peculiar manera de acercarse a una interpretación, incluirá o implicará, de alguna manera, una concepción sobre la integridad y coherencia de la ley como institución y esta concepción a su vez guiará, dentro de ciertos límites, su manera de entender el ajuste a la ley. En otras palabras, sus convicciones respecto a cuánto, cómo y qué partes de la ley anterior deben ser relevantes al elaborar su interpretación. El paralelo con la interpretación literaria sigue siendo válido en este caso.

No debe dejar de verse, sin embargo, que sin importar cuál sea la teoría particular que un juez consi-

dere adecuada, ésta no podrá nunca generar una interpretación única. (La diferencia entre casos fáciles y difíciles en derecho quizá sea precisamente la diferencia entre aquellos de interpretación única y aquellos de interpretación plural.) Así como dos lecturas distintas de un poema pueden, cada una por su lado, encontrar suficiente respaldo en un único texto para mostrar su unidad y coherencia, así dos principios distintos pueden encontrar argumentos suficientes en los casos del pasado para satisfacción de cualquier teoría viable y apropiada. En tal caso, el peso de la teoría política jugará un papel decisivo. (Al igual que las consideraciones más sutanciales sobre el mérito artístico.) De manera sucinta, en el caso de la legislación sobre accidentes, por ejemplo, la interpretación en la que se considera que el conductor irresponsable debe responder ante aquellos que sufrieron perjuicio sustancial y previsible, es probablemente una mejor interpretación, aunque sólo lo sea porque enuncia un principio de justicia más sólido que algún principio que haga la diferenciación entre daños físicos y morales, u otro que haga depender la posibilidad de una demanda por perjuicios morales de la cantidad de peligro físico en la que pudo estar el demandante. (Quisiera agregar que este problema, entendido como un problema de moral política, es muy complejo y que muchísimos jueces y abogados distinguidos han tomado uno y otro partido.)

Podemos resumir el asunto así: los jueces desarrollan su particular enfoque respecto a la interpretación jurídica, construyendo y refinando una teoría política sensible a aquellos asuntos sobre los que la interpretación dependerá en los casos particulares. Esto lo llaman su filosofía jurídica o del derecho. Incluirá tanto rasgos estructurales como los que se elaboran para suplir el requisito general de cómo una interpretación debe ajustarse a la doctrina histórica así como afirmaciones de peso sobre fines sociales y principios de justicia. Así las cosas, la opinión de cualquier juez sobre cuál es la mejor interpretación,

será el resultado de creencias que otros jueces pueden o no compartir. Si un juez considera que el propósito fundamental de un sistema jurídico, la meta a la que debe servir, es de naturaleza económica, entonces verá en el historial de casos de accidentes una estrategia para minimizar los costos en general de tales accidentes. Otros jueces, que encuentren lo anterior como una pésima visión del derecho, no verán en el historial del pasado nada parecido a esa estrategia sino, más bien, quizá, un intento por fortalecer la moral convencional en lo que a la culpa y la responsabilidad concierne. Si insistimos en la importancia de un alto grado de neutralidad al describir la interpretación jurídica, creo que no se puede hacer una descripción más concreta que la que aquí hemos realizado.

La intención autorial en el derecho

Quiero más bien considerar varias objeciones que podrían hacerse, no a los detalles de mi razonamiento, sino a su tesis fundamental de que la interpretación en el derecho es esencialmente política. Dejo a un lado, por lo tanto, la objeción general ya mencionada: que tal manera de entender el derecho lo convierte, de manera irremediable e irreductible, en un problema subjetivo, una mera cuestión de qué es lo que un juez particular considera mejor o que depende de lo que tomó en el desayuno. Para algunos abogados y académicos del derecho lo anterior no constituye para nada una objeción sino sólo los gérmenes de una sabiduría escéptica sobre el derecho. Pero sí es fundamental a mi razonamiento aquello de que, la diferencia tajante entre la descripción y la evaluación sobre el que dicho escepticismo se asienta —la diferencia entre simplemente encontrar el derecho “ahí” en la historia o inventarlo todo de nuevo— no tiene lugar aquí ya que la interpretación es algo distinto en ambos casos.

Por tanto, quisiera repetir algunas de las observa-

ciones que hice sobre la subjetividad y la objetividad en la interpretación literaria. En el recuento que hice sobre la interpretación en el derecho no hay ninguna razón clara para poner en duda la bondad de una interpretación respecto a otra, ni que pueda haber una que sea mejor que todas. Que esto sea así, tiene que ver más con problemas filosóficos generales que no le son peculiares ni a la literatura ni al derecho. Y nos vendría muy bien, al considerar estos problemas generales, hacerlo sin empezar con ideas fijas y preconcebidas sobre las condiciones necesarias y suficientes de la objetividad —como por ejemplo que ninguna teoría del derecho puede ser sólida y sensata, a menos de que logre convencer a una piedra—. Mientras tanto podemos, razonablemente, buscar desarrollar distintos niveles de una concepción del derecho por y para nosotros mismos, para llegar a una interpretación de una práctica importantísima y que nos parezca, a la vez una interpretación correcta en lo que al derecho concierne y correcta también como una interpretación de este tipo.

Veamos pues con más detalle una última y distinta objeción: que mi hipótesis política sobre la interpretación jurídica, al igual que la hipótesis estética sobre la interpretación artística, no da cuenta adecuada de la intención autorial. Que no ve o no tiene en cuenta el hecho de que la interpretación en derecho es simplemente una cuestión de ir descubriendo lo que varios actores del proceso jurídico —delegados constitucionales, miembros del Congreso y asambleas legislativas, jueces y funcionarios administrativos— tenían en mente. De nuevo, es muy importante ver lo que aquí está en juego. La hipótesis política le da cabida al problema de la intención autorial como una concepción de la interpretación, una concepción que arguye que la mejor teoría política le otorga a la intención de legisladores y jueces en el pasado un papel decisivo en la interpretación. Visto así, la teoría de la intención autorial no cuestiona la hipótesis política sino que antes bien respaldada su autoridad. Si

esta objeción constituye en verdad una objeción al razonamiento hasta ahora expuesto, entonces, lo que arguye, debe entenderse de otro modo, proponiendo, por ejemplo, que el "significado" mismo de la interpretación en derecho requiere sólo que dichas intenciones oficiales sean tenidas en cuenta o por lo menos que exista un consenso entre los abogados con tal efecto. Ambos alegatos son tan tontos como los alegatos paralelos sobre la idea o la práctica de la interpretación en el arte.

Supongamos, por lo tanto, que en efecto concebimos la teoría de la intención autorial como una concepción antes que como una explicación de la interpretación jurídica. Así, la teoría parece reposar sobre tierra más firme, como ya lo había sugerido, cuando la interpretación es interpretación de un texto jurídico canónico como lo es una cláusula de la Constitución, o una sección de ley, o la disposición de un contrato o un testamento. Pero así como señalamos que la intención de un novelista es un asunto complejo y estructurado de modo que avergonzaría a una teoría de la intención autorial simplista en literatura, debemos ahora señalar que la intención de quien legisla es compleja de manera similar. Supóngase que un delegado a una asamblea constituyente opta por una cláusula que garantiza la igualdad de trato sin distinción de raza en asuntos que atañen los intereses fundamentales de la persona... pero que considera que la educación no es un interés fundamental y que, por lo tanto, considera que la tal cláusula no hace de los colegios racialmente segregados algo inconstitucional. Podemos distinguir aquí una intención abstracta y otra concreta: el delegado pretende prohibir la discriminación en lo que quiera que sean intereses fundamentales pero también intenta no prohibir los colegios segregados. No se trata de intenciones diferenciadas y aisladas. Podríamos decir que nuestras descripciones describen la misma intención de maneras distintas. Ahora, lo que sí es muy importante es cuál descripción acepta como canónica una

teoría sobre la intencionalidad legislativa. Si aceptamos la primera descripción, entonces un juez que quisiera respaldar las intenciones del delegado, pero que considera que la educación es un asunto de interés fundamental, encontrará la segregación inconstitucional. Si aceptamos la segunda, no encontrará inconstitucional la segregación. La opción entre las dos descripciones no puede hacerse mediante más reflexiones sobre lo que quiera que la intención sea en verdad. La opción debe tomarse decidiendo sobre una de las dos descripciones, aquélla que sea más adecuada en virtud de una mejor teoría sobre lo que es una democracia representativa o algún otro terreno decididamente político. (Podría agregar que no ha surgido aún ningún argumento convincente para considerar en favor de las intenciones más concretas de un delegado, y que esto es de la mayor importancia siempre que se trate de discusiones sobre si la "intención original" de los artífices debe suprimirse, por ejemplo, la discriminación racial o la pena de muerte.)

Cuando se consideran los problemas interpretativos en relación al derecho consuetudinario, la teoría de la intención autorial resulta aun peor favorecida. Y no se trata de un simple problema probatorio. Quizá podamos descubrir qué tenían "en mente" todos los jueces que sentenciaron en casos de accidentes en un momento dado en nuestra historia jurídica. Podríamos quizá también descubrir —o especular— algo sobre las explicaciones psicodinámicas, o económicas, que pudieran informar el porqué cada juez pensó lo que pensó. Sin duda el resultado de toda esta investigación —o especulación— se convertiría en una masa de datos psicológicos en esencia distinta para cada uno de los jueces incluidos en el estudio, y podría dársele cierto orden a toda esta información, tal vez, únicamente mediante sumarios estadísticos en cuanto a la proporción de jueces que, en un período histórico, probablemente opinaba qué cosas y estaba sujeta a qué influencias. Pero esta masa de

información, aun domesticada por la suma estadística, no sería de más ayuda para el juez que intenta dilucidar la pregunta de hasta dónde lo pueden llevar todas esas sentencias previas, tomadas en su conjunto, que lo que sería la información paralela de uno de los eslabones en nuestra cadena de novelistas intentando decidir cuál era la novela que los novelistas anteriores habían escrito entre todos. Dicho juicio, en cada caso, requiere de una nueva interpretación que no será el resultado exclusivo de una grosera investigación histórica ni la expresión nueva e ingenua, *tabula rasa*, de cómo las cosas debieron ser.

Un juez que creyese en la importancia de discernir la intención autorial, buscaría eludir este problema seleccionando un juez particular —o grupo pequeño de jueces— en el pasado —por ejemplo aquellos jueces que más recientemente dictaminaron sobre un caso parecido al suyo o el caso que él encuentre más parecido— y se preguntaría qué jurisprudencia sería la que dicho juez o grupo de jueces querían sentar para el futuro. Así, estaría tratando a los jueces anteriores como personas que sientan legislación y todo se convertiría en una invitación para que entraran a juzgar los problemas que surgen de la interpretación de normas tipificadas incluyendo el problema muy grave que acabamos de percibir. Pero aun así, no lograría escamotear los problemas especiales de la arbitración cuando se trata del derecho consuetudinario, porque el juez que implementara esta teoría de la interpretación, tendría que asumir que él mismo podría buscar sólo las intenciones de tal juez particular o jueces anteriores, que él mismo seleccionó... cosa que no puede hacer a menos que considere todo el asunto como el culmen de la práctica jurídica —no sólo las intenciones de “otro” juez, o jueces, anteriores— y que esto es lo que los jueces en su posición deben hacer.

LA POLÍTICA EN LA INTERPRETACIÓN

Si mis aseveraciones respecto al papel que la política juega en la interpretación jurídica son razonables, entonces sería de esperar que encontrásemos opiniones decididamente liberales o radicales o conservadoras, no sólo en cuanto a cómo deberían ser nuestra Constitución y nuestras leyes sino en cuanto a lo que ya son. Y esto es justamente lo que encontramos. La interpretación de la cláusula que protege la igualdad en la Constitución de los Estados Unidos ofrece muchísimos ejemplos gráficos. No puede existir ninguna interpretación útil de lo que esta cláusula significa, independiente de alguna teoría sobre qué se entiende por igualdad política y hasta qué punto la justicia requiere de la igualdad. Es más, los últimos cincuenta años de legislación constitucional han sido una exploración justamente de estos asuntos de moral y ética política. Abogados conservadores han alegado sin tregua —aunque no con igual consistencia— en favor de un tipo de interpretación de esta cláusula del tipo intencional, y han acusado a otros que utilizaron otro tipo de interpretación con resultados más ecuanímenes, de haberse inventado la ley antes que interpretarla. Sin embargo, no eran más que disputas con las que pretendían ocultar el papel que sus convicciones políticas personales jugaban en su haber optado por el estilo interpretativo. Los grandes debates sobre la cláusula que protege la igualdad hubieran sido muchísimo más iluminantes si sólo se hubiera aceptado de modo más general que recurrir a la teoría política no constituía una corrupción de la interpretación sino que hacía parte de lo que toda interpretación significa.

¿Acaso debiera la política jugar un papel comparable en la interpretación literaria o artística? Ya nos hemos acostumbrado a la idea de una política de la interpretación. Stanley Fish, en particular, ha promulgado una teoría de la interpretación que presupone que los debates entre las escuelas rivales de inter-

pretación literaria tienen más carácter político que polémico-discursivo: profesores rivales buscando liderazgo. Y por supuesto, hoy por hoy, es una vieja verdad establecida en la sociología de la literatura, y no sólo en la contribución marxista a esta disciplina, que el modo o la moda en el arte de la interpretación siempre ha sido muy sensible a, y expresa en sí misma, estructuras políticas y económicas más amplias. Esas importantes observaciones son externas: tocan las causas del surgimiento de ésta o aquella manera de enfocar la literatura y la interpretación.

Varios de los ensayos que fueron leídos en la conferencia para la que se preparó inicialmente éste, discutían estos problemas. Pero ahora nos interesa más una cuestión interna, más la política en la interpretación que la política de la interpretación. ¿Hasta qué punto pueden principios morales políticos contarse como razonamientos válidos para una interpretación particular de una obra particular o como enfoque general al problema de la interpretación estética? Existe un sinnúmero de posibilidades y muchas de ellas viven como parásitos de algunas de las teorías expuestas en estos ensayos. Se dijo que nuestro compromiso con el feminismo o que nuestra lealtad para con la nación o nuestro descontento con el surgimiento de la Nueva Derecha tenía que influir en nuestra manera de evaluar y apreciar la literatura. En efecto fue una opinión más o menos generalizada —aunque no unánime— durante la conferencia, la de que a la crítica profesional le fallaba algo si no le prestaba atención a tales asuntos políticos. Pero si nuestras convicciones en lo que atañe estos problemas políticos específicos pueden contribuir a dilucidar qué tan buena es una novela o un poema o una pieza de teatro, entonces también tienen que pesar al decidir, entre distintas interpretaciones particulares de dichas obras, cuál es la mejor interpretación. O por lo menos debieran pesar si lo que aquí digo tiene sentido.

No es posible tampoco explorar una conexión me-

nos directa entre la teoría estética y la política. Cualquier teoría estética exhaustiva debe contener, en su centro, algún tipo de tesis epistemológica, alguna serie de puntos de vista sobre las relaciones perdurables entre la experiencia, la autoconciencia y la percepción o formación de valores. De otorgarle al auto-descubrimiento algún papel en el arte, se necesitaría entonces una teoría de la identidad personal lo suficientemente adecuada como para establecer con claridad las fronteras que separan a un individuo de su circunstancia y de otros individuos, o por lo menos, para negar la existencia de tales fronteras. Parecería probable también, que cualquier teoría exhaustiva sobre la justicia social, deberá echar raíces en convicciones de ésta o similar naturaleza. El liberalismo, por ejemplo; que le da gran importancia a la autonomía, quizá dependa de una visión muy particular sobre el papel que los juicios de valor juegan en la vida de la gente. Quizá se apoye en la tesis de que las convicciones de las personas en lo que a los valores concierne, son en efecto, creencias susceptibles de discusión y cambio antes que simplemente los constituyentes de la personalidad fijados por causas genéticas y sociales. Y cualquier teoría política que le otorgue importancia a la igualdad, también requiere de presupuestos sobre las fronteras entre las personas, porque debe distinguir entre tratar a las personas como iguales y simplemente hacer de ellas personas distintas.

Quizá sería un proyecto razonable el de, por lo menos, averiguar si existen o no fundamentos filosóficos particulares compartidos por específicas teorías políticas y estéticas para que así pudiéramos hablar con propiedad sobre una estética liberal o marxista o perfeccionista o totalitaria, por ejemplo. Que existan problemas y preguntas en común, apenas si nos garantizaría esto, por supuesto. Se necesitaría ver, por ejemplo, si sí es posible rastrear el liberalismo, como lo han supuesto muchos filósofos, a un fundamento epistemológico único y diferenciado, distinto al de

otras teorías políticas y luego preguntarse si tal fundamento podría proyectarse hacia una teoría estética y, allí, producir ella misma un estilo de interpretación claro y distinto. No sé si tal proyecto pueda tener éxito. Sólo comunico mi impresión de que la política, el arte y el derecho se unen, de alguna manera, en la filosofía.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA DE H.L.A. HART

- "The Ascription of Responsibility and Rights", en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49 (1948-49), pp. 171-194.
- "Is There Knowledge by Acquaintance?", en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol. 23 (1949), pp. 69-90.
- "Law and the Modern Mind". Revisión crítica del libro de J. Frank, *Mind*, en: *Philosophical Review*, 60 (1951), pp. 268-270.
- "A Logician's Fairy Tale", en: *Philosophical Review*, 60 (1951), pp. 198-212.
- "Signs and Words (On J. Holloway, 'Language and Intelligence')", en: *Philosophical Quarterly* (1952), pp. 59-62.
- Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953. Hay trad. de G. Carrió, en: *H.L.A. Hart, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138.
- "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)", en: *American Journal of Comparative Law*, 2 (1953), pp. 355-364.
- "Justice", en: *Philosophy*, 28 (1953), pp. 348-352.
- "Introduction". Introducción a *The Province of Jurisprudence Determined* (de J. Austin), Weindenfeld and Nicholson, Londres, 1954, pp. VII-XXI.

"Theory and Definition in Jurisprudence", en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol. 29 (1955), pp. 239-264.

"Crítica" del libro de A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, en: *Philosophy*, 30 (1955), pp. 369-373.

"Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer", en: *University of Pennsylvania Law Review*, 105 (1957), pp. 953-975.

"Legal and Moral Obligation", en: A.I. Melden (edit.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958, pp. 82-107.

"Positivism and the Separation of Law and Morals", en: *Harvard Law Review*, 71 (1958), pp. 593-629.

"Inmorality and Treason", en: *Listener* (30 de julio de 1959), pp. 162 ss.

"Scandinavian Realism", en: *Cambridge Law Journal* (1959), pp. 233-240.

Causation in the Law, en colaboración con A.M. Honoré, Clarendon Press, Oxford, 1959.

The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, 1961. Hay trad. cast. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

"Bentham (Lecture on a Mastermind)", en: *Proceedings of the British Academy*, 48 (1962), pp. 297-320.

"Kelsen Visited", en: *UCLA Law Review*, 10 (1963), pp. 709-728.

Law, Liberty and Morality, Stanford University Press, California, 1963.

Crítica a Lon L. Fuller: "The Morality of Law", en: *Harvard Law Review*, 78 (1965), pp. 1.281-1.296.

"Beccaria and Bentham", en: *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Academia delle Scienze di Torino, Memorials of the Academy Series, No. 4-9, Turín, 1966.

"Bentham on Sovereignty", en: *The Irish Jurist*, Vol. 2 (1967), pp. 327-335.

"Problems of Philosophy of Law", en: *Encyclopedia of Philosophy*, editada por P. Edwards, Macmillan and Free Press, Nueva York, 1967, Vol. 6, pp. 264-276.

Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford, 1968.

"Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", en: M.K. Munitz y H.E. Kiefer (edits.), *Ethics and Social Justice*, State University of New York Press, Albany, 1968-1970, pp. 171-199. Hay trad. al castellano en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VII (1974), pp. 105-140.

Introducción, notas críticas e índice a Jeremy Bentham: *An*

Introduction to the Principles of Morals and Legislation y Of Laws in General, The Athlone Press, Londres, 1970.

"Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", en: *Ihering's Erbe*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pp. 68-78.

"Bentham's 'Of Laws in General'", en: *Rechtstheorie*, 2 (1971), pp. 55-66.

"Bentham on Legal Powers", en: *Yale Law Journal*, 81 (1972), pp. 799-822.

"Abortion Law Reform; the English Experience", en: *Melbourne Law Review*, 8 (1972), pp. 388-441.

"Bentham on Legal Rights", en: *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2a. serie, editada por A.W.B. Simpson, Oxford University Press, Oxford, 1973, pp. 171-201.

"Bentham and the Demystification of the Law", en: *The Modern Law Review*, 36 (1973), pp. 2-17.

"John Austin", en: *Encyclopedia Britannica*, 15th ed., 1974, Vol. II, pp. 772-773.

"1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy", en: *New York University Law Review*, 51 (1976), pp. 538 ss. Hay trad. de R. Tamayo y A. Ortiz, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Inv. Jurídicas, año XI, No. 33 (1978).

"Bentham and the United States of America", en: *The Journal of Law and Economics*, Vol. XIX (1976), pp. 547-567.

"American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream", en: *Georgia Law Review*, 11 (1977), pp. 969-989.

"Utilitarianism and Natural Rights", en: *Tulane Law Review*, 53 (1979), pp. 663-680. Hay trad. de J. R. de Páramo, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 1 (1981), pp. 147-168.

"Between Utility and Rights", en: A. Ryan (edit.), *The Idea of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1979, pp. 77-98. Hay trad. cast. de M.D.G. Soler, F. Laporta y L. Hierro, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense*, No. 58 (1980), pp. 7-28.

"El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. por L. Hierro, F. Laporta, y J.R. de Páramo, en: *Sistema*, 36 (1980), pp. 3-18.

"Natural Rights: Bentham and J.S. Mill", en: *New York Review of Books*, Vol. XXVII (1980). Hay trad. de J.R. de Páramo, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 3 (1984).

"Comands and Authoritative Legal Reasons", en: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 243-268.

Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Clarendon Press, Oxford, 1982.

Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon Press, Oxford, 1983.

"Comment" (a R. Dworkin, "Legal Theory and the Problem of Sense"), en: R. Gavison (edit.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 35-42.

"Postscript" a *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994. pp. 238-276.

BIBLIOGRAFÍA DE RONALD DWORKIN

"Judicial Discretion", en: *The Journal of Philosophy*, 60 (1963).

"Does Law have a Function? A Comment of the Two-Level Theory of Decision", en: 74 *Yale Law Journal* (1965). (Previamente impreso bajo el título de "Wasserstorm: The Judicial Decision", en: 75 *Ethics* 47 [1964].)

"Philosophy, Morality and Law - Observations prompted by Professor Fuller's Novel Claim", en: *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965).

"The Elusive Morality of Law", en: *Vanderbilt Law Review*, 10 (1965).

"Lord Devlin and the Enforcement of Morals", en: *Yale Law Journal* (1966). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*, 1977.)

"The Case for Law - A Critique", en: *Valparaiso Law Review*, 35 (1967).

"The Model of Rules", en: *University of Chicago Law Review*, 35 (1967). (Reimpreso bajo el título de "Is Law a System of Rules?", en: Summers [edit.], *Essays in Legal Philosophy*, 1968; y como el Capítulo 2 de "The Model of Rules I", en: *Taking Rights Seriously*, 1977. También en: Dworkin [edit.], *The Philosophy of Law*, 1977).

"There Oughta Be a Law", en: 10 *New York Review of Books*, 5 (1968).

"On Not Prosecuting Civil Disobedience", en: 10 *New York Review of Books*, 11 (1968). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"Morality and the Law", en: 12 *New York Review of Books*, 10 (1969). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"Taking Rights Seriously", en: 15 *New York Review of Books*, 11 (1970). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*, 1977, y en: Simpson A.W.B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1973.)

"Rights and Interests", en: 16 *New York Review of Books*, 4 (1971).

"The Jurisprudence of Richard Nixon", en: 18 *New York Review of Books*, 8 (1972). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"Americans at Table", en: *The Times* (Londres) (23 de mayo de 1972).

"Safeguards in Court", en: *The Times* (Londres) (3 de julio de 1972).

"Social Rules and Legal Theory", en: 81 *Yale Law Journal* (1972). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment", en: 48 *Indiana Law Journal* 329 (1972).

"Did Mill Go Too Far?", en: 21 *New York Review of Books*, 17 (1974). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"A View of U.K.: Reports of Immanent Death Are Greatly Exaggerated", en: *Sunday Times* (Londres) (11 de mayo de 1975).

"The Law of the Slave-Catchers", en: *The Times Literary Supplement* (5 de diciembre de 1975).

"Hard Cases", en: 88 *Harvard Law Review* (1975). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously*.)

"The Original Position", en: Norman, Daniels (edit.), *Reading Rawls: Critical Studies of A Theory of Justice*, Nueva York, Basic Books, 1975.

"Justice Accused", en: *Times Literary Supplement* (9 de enero de 1976).

"The DeFunis Case: The Right to go to Law School", en: 23 *New York Review of Books* (1976). (Reimpreso en: *Taking Rights Seriously* como "Reverse Discrimination".)

"The DeFunis Case: An Exchange", en: 23 *New York Review of Books*, 12 (1976).

"Journalists' Right to a Fair Trial", en: *The Times* (30 de noviembre de 1976).

"Why Bakke Has No Case", en: 24 *New York Review of Books*, 18 (1977). (Reimpreso en: *A Matter of Principle* como "Bakke's Case: Are Quotas Unfair?".)

"Social Sciences and Constitutional Rights - The Consequences of of Uncertainty", en: 6 *Journal of Law and Education* (1977). (También publicado como "Social Sciences and Constitutional Rights", en: 41 *The Educational Forum*, 1977.)

"Seven Critics", en: 11 *University of Georgia Law Review* 1 (1977).

"What Moral Philosophies can Learn from the Law", en: 7 *University of Maryland Law Forum* 115 (1977).

"No Right Answer?", en: *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977. (Reimpreso bajo "Is There Really No Answer in Hard Cases?", en: *53 University of New York Law Review*, 1978; y en: *A Matter of Principle*.)

"The Bakke Decision: Did It Decide Anything?", en: *24 New York Review of Books*, 13 (1978). (Reimpreso en: *A Matter of Principle* como "What Did Bakke Really Decide?")

"The Bakke Case: An Exchange", en: *24 New York Review of Books*, 21-22 (1978).

"Soulcraft", en: *25 New York Review of Books*, 15 (1978).

"The Rights of Myron Farber", en: *25 New York Review of Books*, 16 (1978). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"The Rights of M.A. Farber: An Exchange", en: *New York Review of Books*, 19 (1978).

"Liberalism", en: Stuart Hampshire, *Public and Private Morality*, Massachussets, Harvard University Press, 1978. (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Political Judges and The Rule of Law", en: *Maccabean Lecture in Jurisprudence*, 64 *Proceedings of The British Academy* (1978). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Some Views of Mrs Thatcher's Victory", en: *26 N-Y Review of Books*, No. 11 (1979).

"How to Read The Civil Rights Act", en: *26 New York Review of Books*, 20 (1979). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"How to Read The Civil Rights Act: An Exchange", en: *27 New York Review of Books*, 8 (1980).

"Is The Press Losing the First Amendment?", en: *New York Review of Books*, 19 (1980). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Is Wealth a Value?", en: *9 Journal of Legal Studies* (1980). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Why Efficiency?", en: *8 Hofstra Law Review* (1980). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

Dworkin, Ronald (comp.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987. Hay. trad. cast. *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

"Dissent on Douglas", en: *28 New York Review of Books*, 2 (1981).

"An Exchange on William O. Douglas", en: *New York Review of Books*, No. 9 (1981).

"Let's Give Blacks a Head Start", en: *The Times* (12 de diciembre de 1981).

"Do We Have a Right to Pornography?", en: *1 Oxford Journal of Legal Studies* (1981). (Reimpreso en: *A Matter of Princi-*

ple y, bajo el título de "Rights as Trumps", en: Waldron, J. (edit.), *Theories of Rights*, Oxford, OUP, 1984.)

"The Forum of Principle", en: *56 New York University Law Review* (1981). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Principle, Policy, Procedure", en: *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres, Butterworths, 1981.

"What is Equality? Part II: Equality of Resources", en: *10 Philosophy and Public Affairs* (1981).

"Natural Law Revisted", en: *34 University of Florida Law Review* (1982).

"Law as Interpretation", en: *9 Critical Inquiry* (1982).

"What Liberalism Isn't", en: *29 New York Review of Books*, 21-22 (1983).

"In Defense of Equality", en: *1 Social Philosophy and Policy* (1983).

"Why Liberal Should Believe in Equality?", en: *29 New York Review of Books*, 1 (1983). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"To Each His Own", en: *30 New York Review of Books*, 6 (1983). (Reimpreso en: *A Matter of Principle*.)

"Spheres of Justice: An Exchange", en: *30 New York Review of Books*, 12 (1983).

"A Reply by Ronald Dworkin", en: Marshall Cohen (edit.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1983

Moral Pública y Privada, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

"Reagan's Justice", en: *31 New York Review of Books*, 17 (1984).

Los Derechos en Serio, Barcelona, Ariel, 1984.

"Reagan's Justice: An Exchange", en: *31 New York Review of Books*, 2 (1985).

"Art as a Public Good", en: *9 Art and the Law* (1985).

"The High Cost of Virtue", en: *32 New York Review of Books*, 16 (1985).

"Law's Ambition for Itself", en: *71 Vanderbilt Law Review* (1985).

A Matter of Principle, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

"A New Link in the Chain", en: *74 California Law Review* (1986).

"Report from Hell", en: *33 New York Review of Books*, 12, 1986.

Law's Empire, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

"The Press on Trial", en: *34 New York Review of Books*, 3 (1987).

"Time's Settlement", en: *34 New York Review of Books*, 4 (1987).

"Time's Rewrite", en: *34 New York Review of Books*, 6 (1987).

"Plea for a Philosopher", en: *New York Times* (22 de julio de 1987).

"The Bork Nomination", en: *34 New York Review of Books*, 13 (1987). (También en: *9 Cardozo Law Review* [1987].)

"Reckless Disregard: An Exchange", en: *34 New York Review of Books*, 14 (1987).

"The Bork Nomination: An Exchange", en: *34 New York Review of Books*, 15 (1987).

"From Bork to Kennedy", en: *34 New York Review of Books*, 20 (1987).

"Legal Theory and the Problem of Sense", en: R. Gavison (edit.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, 1987.

"What Is Equality? Part III: The Place of Liberty", en: *73 Iowa Law Review* (1987).

Philosophical Issues in Senile Dementia, Office of Technology Assessment, US Congress, US Government Printing Office, 1987.

"What Is Equality? Part IV: Political Equality", en: *22 University of San Francisco Law Review* (1987).

"Devaluating Liberty", en: *17 Index on Censorship*, 8 (1988).

"The New England", en: *35 New York Review of Books*, 19 (1988).

El Imperio de la justicia, Barcelona, Gedisa, 1988.

"The Great Abortion Case", en: *36 New York Review of Books*, 11 (1989).

"The Future of Abortion", en: *36 New York Review of Books*, 14 (1989).

"Liberal Community", en: *California Law Review* 77, 3 (1989).

A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting, Londres, Chatto & Windus, 1990.

The Tanner Lectures on Human Values XI, Salk Lake City, University of Utah Press, 1990.

"Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court", en: *Alberta Law Review*, 28 (1990).

"Bork's Jurisprudence", en: *University of Chicago Law Review* (1990).

Ética Privada e Igualitarismo Político, Barcelona, Paidós, 1990.

"The Right to Death", en: *38 New York Review of Books*, 5 (1991).

"A Harmful Precedent", en: *28 Index on Censorship*, 4 y 5 (1991). (Reimpreso bajo el título de "No News is Bad News for Democracy", en: *The Times* [27 de marzo de 1991].)

"The Reagan Revolution and The Supreme Court", en: *38 New York Review of Books*, 13 (1991).

"Jurisprudence and Constitutional Law", en: *Encyclopedia of The American Constitution*, 1991.

"Pragmatism, Right Answers and True Banality", en: *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, CO, Westview Press, 1991.

"La Cour Supreme", en: *Pouvoirs*, 1991.

Ética Privada e Igualitarismo Político, Barcelona, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

Life's Dominion, Nueva York, Vintage Books, 1994. Hay trad. cast., *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1995.

Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

"Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy & Public Affairs*, 25 (1996).

BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL DEBATE HART-DWORKIN

ABRAMSON, Jeffrey, "Ronald Dworkin and the Convergence of Law and Political Philosophy", en: *Texas Law Review*, 65 (1987).

ALTMAN, Andrew, "Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin", en: *Philosophy and Public Affairs*, 15 (1986).

ANDERSON, Scott W., "Surveying the Realm: Description and Adjudication in Law's Empire", en: *Iowa Law Review*, 131 (1987).

BODENHEIMER, Edgar, "Hart, Dworkin and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", *Georgia Law Review*, 11 (1977).

BURTON, Steven J., "Ronald Dworkin and Legal Positivism", en: *Iowa Law Review*, 109 (1984).

CALSAMIGLIA, Albert, "Ensayo sobre Dworkin" —prólogo a la edición española de *Los derechos en serio*—, Barcelona, Ariel, 1984. *

—, "El derecho como integridad", en: *Racionalidad y eficacia del derecho*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política 24, 1993.

CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

—, "Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", en: *Indiana Law Journal*, 55 (1979).

COHEN, Marshall (edit.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman & Allanheld, 1983.

COLEMAN, Jules, "Negative and Positive Positivism", en: Cohen (edit.), pp. 28-47.

DENVIR, John, "Professor Dworkin and an Activist Theory of Constitutional Adjudication", en: *Albany Law Review*, 4 (1980).

DONATO, James, "Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation", en: *Stanford Law Review*, 40 (1988).

FINNIS, John, "On Reason and Authority in Law's Empire", en: *Law and Philosophy*, 6 (1986).

FISCHER, H. William, "Dworkin's Right Answer Thesis: A Statistical Regression Coherence Model", en: *Iowa Law Review*, 159 (1987).

GAVISON, R. (edit.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

GREENAWALT, Kent, "Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges", en: *Columbia Law Review*, 75 (1975).

—, "Policy, Rights and Judicial Decision", en: Cohen (edit.), pp. 88-118

GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, Stanford, Stanford University Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press, 1996, capítulo 5.

HUTCHINSON, Allan y John WAKEFIELD, "A Hard Look at Hard Cases", en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2 (1982), p. 86.

KRESS, Kenneth, "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions", en: *California Law Review*, 72 (1984).

— y Scott W. ANDERSON, "Dworkin in Transition", en: *The American Journal of Comparative Law*, 37 (1989).

LAPORTA, Francisco, "Ética y derecho", en: Victoria Camps (edit.), *Historia de la ética*, Madrid, Crítica, 1989, Tomo 3.

MCCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

—, "Dworkin as a Pre-Benthamite", en: Cohen (edit.), pp. 182-204.

MOORE, Michael, "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?", en: *Stanford Law Review*, 41 (1989).

MUNZER, "Right Answers, Preexisting Rights, and Fairness", en: *Georgia Law Review*, 11 (1977).

MURPHY, Cornelius F., *Descent into Subjectivity - Studies of Rawls, Dworkin and Unger in the Context of The Modern Thought*, New Hampshire, Longwood Academic, 1990.

NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, pp. 145-174.

PÁRAMO, Juan Ramón de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

RAMOS, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989.

RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", en: *Yale Law Journal*, 81 (1972).

—, "Authority, Law and Morality", en: *The Monist*, 68 (1985).

—, "Dworkin: A New Link in the Chain", en: *California Law Review*, 74 (1986).

SARTORIUS, Rolf, "Social Policy and Judicial Legislation", en: *American Philosophical Quarterly*, 8 (1971).

SCHAUER, Frederick, "Easy Cases", en: *Southern California Law Review*, 58 (1985).

SMITH, M.B.E., "Rights, Right Answers, and the Constructive Model of Morality", en: *Social Theory and Practice* 3-4, Vol. 2 (1980).

SOPER, Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en: Cohen (edit.), pp. 3-27.