

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 inexequibles 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 collisionan. Ésta es la fuente de dificultad fundamental en la sentencia sobre la dosis personal de estupefacientes. En segundo lugar, en algunos casos no existe ninguna norma aplicable, es decir, hay una laguna en el sistema jurídico. Estos casos se resuelven por medio de mecanismos de integración, como la analogía¹⁴². En tercer lugar, aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto. Esta circunstancia explica la autorización excepcional al juez para acudir a la equidad como criterio de decisión. Por último, es posible que el juez o tribunal haya establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso considere necesario modificar. Dado que por razones de consistencia —integridad, en sentido dworkiniano— el juez o tribunal debe se-

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

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-

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 syllogismo 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 inconsitu-

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 demostrar 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 inexequibilidad 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 bien¹⁵². 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

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-

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).

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, *Lau'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 completitud 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 enumera 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 ce una prerrogativa individual, ésta no puede ser llamada coherentemente "derecho". *Ibid.*, *id.*

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

La teoría del derecho como integridad, para Dworkin, diluye dos dilemas derivados del positivismo. En primer lugar, deja sin fundamento la dicotomía entre descubrimiento y creación judicial del derecho. El juez hace las dos cosas y no hace ninguna al decidir un caso. Dworkin explica esta afirmación asimilando la historia del derecho a la elaboración de una novela en 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 definitiva, la posibilidad de distinguir entre casos fáciles y difíciles.

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 fáciles. 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-

puesta correcta en el derecho y, recientemente, la ha extendido explicitamente 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

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.

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 legitimizar 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 François Ost y Michel van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruselas, Bruylants, 1989; Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun*, París, Seuil, 1994.

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

que el autor se ha propuesto en su libro. La teoría del Derecho de Hart es una teoría de la justificación, y la teoría del Derecho de Dworkin es una teoría de la evaluación. La teoría del Derecho de Hart es una teoría de la evaluación, y la teoría del Derecho de Dworkin es una teoría de la justificación. La teoría del Derecho de Hart es una teoría de la evaluación, y la teoría del Derecho de Dworkin es una teoría de la justificación.

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