

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, 1983. 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, París, Fondo de Cultura Económica, 1990; Kenneth M. Holland (edit.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Nueva York, St. Martin's Press, 1991; Boaventura de Sousa Santos et al., *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, Oporto, Afrontamento, 1996.

- 3 Carrió participó directamente en el debate anglosajón, defendiendo a Hart de las críticas de Dworkin, e inició en Argentina la discusión sobre el tema. Véase Genaro Carrió, "Professor Dworkin's Views on Legal Positivism", en: *Indiana Law Journal*, 55 (1979) y *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970. Igualmente, Carlos Santiago Nino 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 juridización de temas sensibles de la vida social, como la protección de los derechos fundamentales mediante recursos y acciones especiales— fue la ocasión propicia para el surgimiento de debates profundos sobre la interpretación constitucional y los poderes de los tribunales constitucionales. La juridización de la Constitución —antes considerada esencialmente un programa político— dio lugar a una crisis de la concepción tradicional del derecho constitucional y del derecho en 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 haya recogido la tesis de Dworkin sobre la interpretación de las cláusulas

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-

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

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

Finalmente, es necesario hacer una precisión metodológica. Una de las características más interesantes de la disputa estudiada es la disposición que tienen ambos autores para poner a prueba sus tesis en casos concretos. Tanto Hart como Dworkin toman ejemplos de las jurisdicciones inglesa y norteamericana —especialmente de casos constitucionales decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos— para demostrar la consistencia de sus afirmaciones. Esto es especialmente cierto en el caso de Ronald Dworkin, quien creó para ello dos jueces ficticios —Hércules y Herbert— que resuelven los litigios a partir de las teorías dworkiniana y hartiana, respectivamente⁷. 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 estupeficientes, 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 Vladimir 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 comprensiva 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

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

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.

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 cargo?²¹; ¿cómo se explica el hecho de que existan normas que limitan las potestades legislativas del soberano?²²; ¿cómo es posible que existan normas emanadas de la costumbre y no de un acto explícito de legislación?²³; ¿de qué manera encajan en el modelo propuesto las normas que no imponen sanciones sino que otorgan potestades a los individuos para regular jurídicamente sus relaciones sociales, como las relativas a la formación de los contratos y el otorgamiento de testamentos?²⁴ 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 equívoca por dos razones. En primer lugar, el mismo hecho de hablar de la validez de la norma básica causa confusión, porque la validez se predica sólo de las normas situadas por debajo de ella.

Sólo necesitamos la palabra "validez", y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta 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 traten con respeto a los mayores —v.gr. obedeciéndoles regularmente o hablándoles con un lenguaje y en un tono moderados—, o el que los conductores se detengan ante un semáforo en rojo. Si el observador no examina los motivos por los cuales las personas se conducen de esta manera, puede afirmar que existe una reiteración en el comportamiento de los miembros del grupo, esto es, un hábito, pero no podrá distinguirlo del hábito de ir de paseo los 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.

*estar obligado a tenerla
obligación*

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

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.

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

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 contraargumentación, 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), reimpreso como capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*.

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

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

cultades de las tesis dworkinianas, particularmente la ampliación del concepto de derecho para incluir principios justificativos y la afirmación de la existencia de una respuesta correcta en los casos difíciles.

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

En la segunda conferencia, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*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.