

LA CONTROVERSIA HART-DWORKIN EN TORNO A LA DECISIÓN JUDICIAL

Mtro. Miguel Eduardo Morales Lizárraga*

“Sólo este hombre de los siglos, el más sabio de cuantos médicos le precedieron, demostró de intento y de hecho en sus admirables escritos que no responde al jurisperito con mayor certeza consultando al Código de las Leyes Civiles, que un médico juzgando conforme a las de la naturaleza, que puede tener muy bien conocidas y aun contar sobre ellas con mucha mayor seguridad que el otro sobre las que procedieron de humana legislación, en que no es raro hallarse disposiciones todas contrarias y si las decisiones son firmes lo son por la mayor parte mientras el legislador no manda otra cosa”.

José Ignacio Bartolache, No. 5 del Mercurio volante, miércoles 18 de noviembre de 1772.

“...hay aquí una analogía del principio de incertidumbre de Heisenberg en la física subatómica, pero en mayor escala, cuanto más profundamente sondea la conducta el observador, mayor será la alteración de la conducta debido al acto de sondeo y más dependerá su mismo significado de las clases de mediciones escogidas”.

*WILSON, Edward O. “Sobre la naturaleza humana”. FCE, México, 1997, p. 110-111.**

*Catedrático de la Facultad de Derecho UNAM

* Conviene hacer una precisión: Las relaciones de incertidumbre o indeterminación son una serie de formulaciones que realizó Werner Heisenberg en 1927, en el campo de la física subatómica o cuántica. El término más adecuado sería indeterminación (más cercano a su expresión en alemán) ya que este término denota una neutralidad y no dice si se trata de falta de determinación “objetiva” o subjetiva”, o sea, si la indeterminación es debida a la naturaleza de la cosa en sí, a la situación experimental, a la perturbación producida por los instrumentos usados para medir, y demás. La formulación coloquial reza: “cuanto más exactamente se determina la velocidad (momento) de una partícula, tanto menos exactamente puede determinarse la posición de la misma partícula y viceversa”. Este principio se brincó campantemente la no “transposición de géneros”, pasó a la filosofía (también a la analítica o del lenguaje) y a la sociología, principalmente es la formulación crítica de la Escuela de Francfort. Pasó al derecho a través del realismo sociológico norteamericano y escandinavo (La escuela escandinava y americanas del derecho, la Escuela de Francfort, el Círculo de Viena y el positivismo lógico así como la escuela de filosofía analítica inglesa, la Escuela de Copenhague, la teoría de la relatividad, son todas contemporáneas). En derecho, la indeterminación objetiva se da en la textura abierta del lenguaje jurídico, y la subjetiva en la posición que ocupa el legislador y el juzgador con respecto a este lenguaje jurídico y a los hechos o conductas que hay que regular o establecer y los hechos concretos a los que hay que aplicar el lenguaje. La solución típica para este dilema es la “hermenéutica”. *cfr.* FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Ariel, Barcelona, 1994, Tomo E-J, p. 1748-1787. También, y como podrá adivinarse del epígrafe tomado de Wilson en su pequeña introducción a la sociobiología, hay una transposición de géneros de la teoría de sistemas biológicos a la epistemología y de ahí a la sociología, como atestigua Niklas Luhmann; de ahí al derecho sólo hubo un paso. *Vid.* COLLE, Raymond. “*Bases biológicas de una revolución epistemológica: la teoría cognitiva de H. Maturana*”, en: “*Logos*”. Revista de filosofía de la Universidad La Salle, #58, México, 1992, págs. 93-111.

Resumen: Este artículo versa, como lo indica su nombre, sobre la controversia que, ante la decisión judicial sostuvieron Hart y Dworkin a través de sus escritos. Por ello empieza este artículo con un apartado resumen de los diferentes momentos de dicha controversia, a continuación, la exposición sucinta de las tesis más relevantes sobre el tema, tanto de Hart, como de Dworkin. Finalmente un pequeño balance. La tesis que se sostiene es que las teorías de Hart y Dworkin se complementan, o mejor dicho, que la tesis de Hart se fortalece con algunas tesis de Dworkin; y que la indeterminación y la discreción judicial no se pueden erradicar, por lo que resulta imprescindible siempre la justificación desde el punto de vista de los derechos del ser humano .

Palabras Clave: Controversia, decisión judicial, tesis, teorías, derechos humanos, indeterminación.

Abstract: This article is as indicated by its name, on the controversy, the court decision against Hart and Dworkin argued through his writings. Thus begins this article with a section summary of the different moments of the dispute, then the short overview of relevant thesis on the subject, both Hart and Dworkin. The thesis argues is that the theories of Hart and Dworkin complement, or rather, that Hart's thesis is strengthened Dworkin's theses, and that indeterminacy and judicial discretion cannot be eradicated, so it is always essential justification from the point of view of human rights.

Key words: Controversy, judgments, theses, theories, human rights, indeterminacy.

1. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

Es inevitable la referencia, por lo que respecta a una aproximación en el tiempo, al trabajo de Fernando Salmerón *Sobre la moral y el derecho: Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*.² Así que para esta primera parte del presente trabajo, seguiré la dialéctica que el mismo trazó sobre este debate. En el entendido de que no es un apunte de antecedentes, sino el mismo abstract o resumen de la controversia y como tal, una introducción más específica a la misma, aunque Salmerón enfoca la controversia, como lo indica su exposición,

en la distinción entre derecho y moral. El punto de partida de la controversia lo rastrea en el escrito de Hart: *El positivismo y la separación entre derecho y moral* (1958), en el que Hart critica algunas de las tesis de los primeros positivistas analíticos, Bentham y Austin, con principal referencia a este último, pero indicando que, a pesar de que en algunos enfoques estaban equivocados, en lo sustancial y sobre todo en la caracterización de la separación del derecho y la moral, estaban básicamente en lo correcto, y que sus equivocaciones son sólo debidas a las circunstancias poco democráticas en las que estaban situados que no les permitían una generalización válida. Las tesis aquí pergeñadas, las desarrollará en el famoso *El concepto de Derecho* (1961); estos son los dos escritos sobre los que Dworkin dirigirá sus críticas en un artículo de 1967: *Is Law a System of Rules?* que aparecerá posteriormente como el famoso capítulo 2 en su libro sistemático *Los Derechos en Serio*,

²Fernando Salmerón, *Sobre la moral y el derecho: Apuntes para la historia de una controversia*. En *Ética analítica y derecho*. Fontamara, México, 2000, p. 133 y ss. También aparece el mismo artículo en Rodolfo Vázquez, Comp. *Derecho y Moral*. Gedisa, Barcelona, 1998.

de 1977. Después de la aparición de este último libro, salta Dworkin a la fama mundial y se atrae la mirada de los críticos entre los que se encontrará Hart, quien contesta a sus críticas a la vez que le hace observaciones en un artículo aparecido como lectura *Sibley* en la Universidad de Georgia: *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* de ese mismo año (y que después apareció en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy* de 1983). Dworkin responde a esas críticas depurando su teoría interpretativa del derecho en *El Imperio de la Justicia* (1986). Se diría que la respuesta de Hart a esta revisión de las ideas de Dworkin, están contenidas en el *Post scriptum al concepto del derecho*, aparecido póstumamente en 1994, en una segunda edición de su obra capital. Sin embargo, para este breve trabajo cuentan unos comentarios que hizo en vida referentes al *Imperio de la Justicia*, los hechos en la entrevista que le hace Juan Ramón de Páramo en 1988 (*Doxa 5* 1988). Y este es a grandes rasgos el curso de la controversia, de la que ahora habremos de pergeñar su contenido de manera necesariamente muy general, haciendo un esfuerzo de resumen y abstracción que no hace justicia a uno ni a otro autor, y apuntando algunas consideraciones. Empezando por Hart.

3. DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS³

Hart construye su concepto de derecho y su teoría jurídica sobre la crítica del “modelo simple de las normas”, la teoría imperativista de John Austin y Jeremy Bentham. Este modelo simple dice que las normas jurídicas las serán aquellas que expida un soberano autoridad quien es normalmente obedecido en una comunidad (en todo aquel territorio y para todas las personas a las que abarca su autoridad) y que, ante la desobediencia, éste mismo es el encargado de ejercer la coerción para forzar a su cumplimiento. Hart indica que el “modelo simple” deja sin explicar ciertos fenómenos socio jurídicos de las sociedades complejas, con relaciones más intrincadas que una sociedad que normalmente obedece a un sólo soberano en el que recaen la mayoría de los poderes y funciones. Entre estos fenómenos que el “modelos simple” deja de describir, lo está la falta de certeza acerca de cuál es norma válida del sistema y cuál no. Otro problema lo constituye el saber qué normas han cambiado y en qué sentido; finalmente, un último problema lo constituye la relajación en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas debido a la escasa presión social. “El modelo simple” está construido, en opinión de Hart, únicamente con *reglas primarias*, las cuales son pautas o criterios de

³ Principalmente en: HART. H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 99 y ss.

comportamiento, que indican cómo deben o no deben, o como pueden comportarse en determinadas circunstancias los miembros de la comunidad; imponen formas de conducta positivas, negativas y permisivas que implican movimientos físicos por parte de sus destinatarios. Pero, en una sociedad compleja, se necesitan *reglas secundarias*. Estas reglas son *reglas sobre reglas* que tienen la función de poner remedio a la falta de certeza sobre la existencia o alcance de las reglas; institucionalizan la producción normativa facilitando la creación y la revisión de las reglas; y, permiten corregir o poner remedio a los supuestos de ineficacia de las obligaciones jurídicas que se originaría en un sistema con presión social difusa. Así, la falta de certeza se remedia con la introducción de una *regla de reconocimiento*; dota de unidad y coherencia al sistema jurídico e indica cuáles son las reglas que a él pertenecen y cuál es su alcance. Es el fundamento último de legitimidad y validez de las normas. Sólo existe como una práctica compleja de los funcionarios del derecho, su existencia es una cuestión de hecho; es una regla con carácter consuetudinario; la falta de flexibilidad se remedia mediante una *regla de cambio*, que establece cuales son los procedimientos para introducir o modificar normas jurídicas; y, la insuficiencia de un modelo de presión social difusa se remedia con la *regla de adjudicación* o aplicación, que institucionaliza medios y procedimientos para afrontar la posible falta de eficacia coyuntural de las reglas primarias, y adjudica la fuerza coercitiva para hacer cumplir las normas.

4. FUENTE SOCIAL DEL DERECHO⁴

Hart hace descansar la validez de las decisiones jurídicas, no en meras opiniones, sino en formas jurídicas de vida. La autoridad del juez, consolidada en casos normales, sirve para justificar suficientemente la decisión adoptada ante un caso difícil, en el que dicha decisión lleva incorporada una mayor dosis de discrecionalidad, y hace posible el éxito de la misma amparándose en el consenso generalizado que promueve la consideración de la actividad judicial, como una actividad prudente y sometida a reglas. La regla de reconocimiento es entonces un hecho, una práctica social de los operadores de derecho, abogados, jueces, legisladores y, en mucha menor medida, la comunidad en general. No es la opinión arbitraria de un solo juez o de unos cuantos operadores jurídicos; tampoco es una regla escrita (aunque puede estarlo) que tenga un contenido discriminatorio específico.

Qué sea lo moral o lo inmoral está determinado por toda la sociedad, pues damos por sentado que estas *realidades* son de tal naturaleza que son construidas socialmente.⁵ Son construidas socialmente, porque lo que sea moral o inmoral en una

⁴ Principalmente en: HART, H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. UNAM, IJ, México, 2000, p. 55 y ss.

⁵ Vid. BERGER, Peter y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. 11ª reimp. Amorrortu, Buenos Aires, 1993.

comunidad, lo será del resultado de la suma de acciones valorativas socialmente trascendentes de un grupo de individuos.

Así como en una comunidad humana general lo que es moral se construye precisamente de manera social o comunitaria, en una comunidad humana particular, como la científica, lo que sea o no científico está determinado o construido por dicha sociedad en su conjunto. Las explicaciones científicas son mecanismos generativos, es decir, son proposiciones de los procesos que dan origen a los fenómenos por explicar como resultado de su operar y *son aceptados como tales en la comunidad científica (intersubjetividad)*, en tanto satisfacen, con otras condiciones el criterio de validación de las explicaciones científicas que dicha comunidad ha establecido.⁶ Es cierto que existen descripciones de fenómenos que serán mejores que otras y que los criterios de validez “establecidos” de la comunidad científica podrán rechazar esas mejores descripciones por considerarlas fantasiosas, disparatadas o aberrantes (míticas o metafísicas).

En la comunidad –científica o no-jurídica sucede lo mismo, sobre todo entre

⁶ En este sentido es crucial la teoría crítica: “... el hecho básico en que insiste la teoría crítica, es decir, el de que su sujeto es un individuo real, relacionado con otros individuos, miembro de una clase y en conflicto con otras; y de que su objeto está en constante cambio”. FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía. op. cit.* Tomo. Q-Z, p. 3477. También *vid.* FEYERABEND, P. K. *Adiós a la razón.* Tecnos, Madrid, 1992.

los operadores del derecho que describe Hart. Una proposición jurídica, por ejemplo, será aceptada y acatada cuando es *reconocida* como válida, además de revestida de autoridad por la propia aceptación que de ella se hace. La comunidad jurídica tiene a la regla de reconocimiento como criterio de validez para decidir qué es derecho y qué no lo es. Y ese criterio de validez se construye, al igual que en la comunidad científica o en la sociedad en general, *intersubjetivamente*, socialmente. No son arbitrariedades o completamente la discreción de un juez. Este criterio de validez o regla de reconocimiento, es muy importante a la hora de las decisiones judiciales, ya que es en esta actividad, donde el ejercicio de la interpretación es mayor. El juez tiene que interpretar tanto los hechos como el derecho que aplicará, así como, auxiliado de la regla de reconocimiento, sabrá si ese derecho que aplicará, es efectivamente derecho, y es válidamente aplicable al caso o los hechos concretos que está juzgando.

5. LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE (JURÍDICO)⁷

Esta actividad compleja de interpretación, está relacionada a su vez con una característica de la complejidad del derecho como de cualquier otro lenguaje. Esta característica del lenguaje es que está compuesto por signos, o centros de

⁷ HART, H. L. A. *El concepto del derecho. op. cit.* p. 155 y ss.

significación, y significaciones, o lo que se quiere comunicar. Esencialmente todo lenguaje es un código y esencialmente todo código está sujeto a la interpretación, no pudiendo variar mucho ésta con relación al mensaje que se intentó comunicar si el mensaje es claro, y pudiendo variar mucho si no lo es. Es lo que se llama la textura abierta del lenguaje o su “porosidad”, y es una de las características que permiten al lenguaje, o más bien a los usuarios de un lenguaje, construir cosas y comunicarlas.

La textura abierta del lenguaje (y del derecho) significa que las palabras tienen “porosidad”, que están abiertas a diversas interpretaciones dentro de un cierto margen. Igualmente en el lenguaje del derecho, implica un margen de apreciación que atribuye a los jueces una potestad de elección. Este margen está definido por lo que es un núcleo de certeza, aquello que sabemos ciertamente que significa una palabra, y una penumbra de duda, aquello que podemos interpretar de lo que significa. Estos elementos, núcleo de certeza y penumbra de duda crean ese margen, esa *posibilidad de vaguedad*. La discrecionalidad la ejercen los aplicadores del derecho, fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general. Sin embargo no son decisiones arbitrarias, sino regladas; tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales.

6. SEPARACIÓN DERECHO/MORAL⁸

Hart apuesta por la separación conceptual entre el derecho y la moral lo que implica que su teoría jurídica sea *neutra*, descriptiva y no *evaluativa*. La moralidad será, en última instancia, un elemento extra jurídico e intra individuo para que él mismo decida si obedece o no lo que es derecho en su comunidad. Hart mismo afirma que por más autoridad que posea el sistema oficial, sus exigencias deben someterse, al final, a un examen moral. El derecho pretende proporcionar reglas perentorias independientes de contenido, lo que quiere decir, que pretende que los destinatarios de la norma no se detengan a valorar si el contenido de las mismas es moralmente bueno o malo, sino que cumplan perentoriamente con lo dispuesto, pudiendo valorar lo que quieran antes, durante o después, pero sin que esas valoraciones determinen su actuar, que ya está determinado por la norma que exige ser cumplida. Esto puede ser válido para el individuo común, pero no lo es para los jueces o los operadores jurídicos que decidirán en un conjunto de práctica social, que es derecho y que no lo es. Toca el turno a Dworkin.

7. EL MODELO DE LAS NORMAS⁹

⁸ HART. H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*. *op. cit.* p. 49 y ss. Vid. DE PÁRAMO, Juan Ramón. *Entrevista a H. L. A. Hart*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 5, 1988, p. 346 y ss.

Lo primero que hace notar Dworkin es que el derecho no son sólo reglas, sino que incluyen directrices políticas y sobre todo, principios. Las directrices son tales porque contienen objetivos sociales, metas que son benéficas para la sociedad. Los principios son patrones que constituyen una exigencia de justicia o equidad. En el modelo de reglas, el derecho es visto como exhaustivo; cuando al juez se le presenta un caso, buscará de entre las reglas la que se aplica al caso concreto y, en caso de no hallarla expresamente formulada, buscará de entre los precedentes, que no son más que otro tipo de reglas; mirará la actuación de otros jueces y determinará si las reglas que aplicará al caso son o no compartidas o reconocidas por la comunidad del derecho, tendrá cierta discreción al actuar y, en última instancia, deberá desechar el caso (Kelsen). Pero esto según Dworkin deja en indefensión a quien acude a los tribunales a pedir derecho y justicia. El juez debe mirar desde la mejor perspectiva moral posible y acudir a las directrices políticas y a los principios que ya están allí, construidos y aceptados socialmente por la comunidad entera; en caso de conflicto entre directrices y principios o entre principios, el juez debe ponderar, pero nunca tendrá discrecionalidad pues la respuesta ya está dada por el sistema. El derecho es exhaustivo y coherente en todos los casos y, sobre todo, en los casos difíciles donde se acude a los principios, mismos que no son otros que los derivados consecuentemente de las libertades

individuales. Dworkin propone tratar a todo individuo como una persona moral, con derechos morales. Conviene hacer una precisión sobre los principios y las reglas: éstas son de *todo o nada*, exigen que se obedezcan, y ante la contradicción entre reglas de un mismo sistema, una de ellas será inválida, pues la luz de los principios iluminará a la que sea válida; los principios en cambio piden adhesión, de ellos no se sigue mecánicamente una respuesta, siempre es posible que concurren otros principios aun contrarios, pero que no se invaliden unos a otros sino que exijan ser aplicados analógicamente según medida. La cuestión de validez de las reglas está determinada por otras reglas,

8. LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA¹⁰

En el caso del positivismo incluyente de Hart (incluyente pues indica que el derecho puede incluir principios morales si los sanciona con forma de norma jurídica) no hay una única respuesta correcta a cada caso difícil, y es probable que un juez decida en un sentido y otro en otro, produciéndose la contradicción de tesis. Esto otorga discrecionalidad al juez y con la discrecionalidad y capacidad de elección, un cierto margen de creación de derecho. Dworkin indica que esto no es correcto, pues se rompen los principios más básicos y caros de una sociedad democrática sustentada en las libertades individuales y

⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2002, p. 61 y ss.

¹⁰ *cfr.*, Alius Arnio, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 8, 1990, p. 32.

protectora de la justicia social: se rompe con el principio de irretroactividad de la ley y con el principio de separación de poderes. Si el juez posee discreción y rango, aunque sea poco, de creación del derecho, está enmendándole la plana al poder legislativo, el cual debe tener en exclusiva el poder de creación del derecho, pues sólo el tiene una legitimidad democrática (sólo el en relación al judicial, pues el ejecutivo también tiene representación democrática y ello porque el detenta la fuerza coactiva). Se rompe el principio de división de poderes, pero peor aún, un poder que no tiene legitimación democrática está creando derecho *ex post facto*. Esto quiere decir que crea derecho aplicable al caso concreto después de que ha ocurrido el hecho por lo que lo aplica con retroactividad. Esto se evita con la tesis de la única respuesta correcta que ya está ahí en el sistema.

9. INTEGRIDAD¹¹

Más que exhaustivo y coherente, el derecho tiene *integridad*, misma que está dada por el poder de cohesión o concatenamiento que tienen los principios respecto de todo el sistema. Esta integridad es una integridad del tipo moral, como cuando se dice de los individuos que son individuos íntegros porque actúan conforme a principios. En este sentido, los principios son siempre los derivados de los derechos individuales, y un principio siempre ha de prevalecer inclusive frente a una directriz política, pues, para que

ésta última se a derecho, no habrá de pasar por encima del derecho individual, ni aun en caos de mejor conveniencia para la comunidad (p.e. en el caso de expropiación de la propiedad privada por causa de utilidad pública, se deja a salvo el derecho individual al estipular una indemnización previa y justa)

Frente a la regla de reconocimiento que postula Hart, Dworkin le opone “la mejor perspectiva moral posible”; la regla de reconocimiento, al ser ella misma regla, está diseñada sólo para reconocer las reglas válidas de un sistema. La mejor perspectiva moral posible obliga al juez a hallar una única solución correcta al caso concreto (y difícil), por lo que no hay tal discrecionalidad. Esta perspectiva moral, de moralidad política, para completar, viene dada por los precedentes, tanto como por los principios y valores y las directrices políticas dados dentro de una sociedad en un tiempo y lugar determinados. Los jueces, al aplicarlos, aplican derecho vigente y no lo crean. El uso de la fuerza en este esquema debe estar plenamente justificado desde esta postura de moralidad. Y de eso trata precisamente la teoría integradora del derecho o interpretadora del mismo, la integridad del derecho y la función moral de los principios son justificaciones de la validez del mismo sistema y sus normas. La teoría de Dworkin, es descriptivo evaluativa.

Los principios siempre prevalecerán, pues encarnan derechos, y estos justifican el sistema y la aplicación de una u otra norma en el caso concreto, como única respuesta posible. Frente a una directriz política e inclusive frente a una norma en estricto

¹¹ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, 2005, p. 164 y ss.

sentido, el principio siempre ganará en la aplicación, como ya explicamos arriba, lo que hace que las normas sean “derrotables”.¹² Dentro de este modelo de normas propuesto por Dworkin, cabe distinguir entre cuatro tipos de derechos, a saber: 1. Los que él llama derechos de fondo, y que son justificaciones para las acciones políticas en lo abstracto; 2. Los derechos institucionales, que proporcionan una justificación para las decisiones de una institución política específica; 3. Derechos abstractos, que son metas políticas en lo general, que no indican cómo debe valorarse o sobreponerse casuísticamente ante otras metas políticas; y, 4. Derechos concretos, que son metas políticas definidas o precisadas y que expresan el peso que tienen en contra de otras metas políticas en determinadas circunstancias.

10. JUEZ HÉRCULES Y EL DERECHO COMO “NOVELA”¹³

En realidad, y hay que decirlo, las tesis de Dworkin no son tan novedosas como pareciera, lo que es novedoso es como se refiere a ellas y como las presenta. Dworkin habla de un juez ideal, al que llama Dworkin,

quien es totalmente imparcial y sin errores, que puede elevarse por encima de sus propias pasiones y colocarse en la perspectiva moral mejor para cada caso. Es un juez que puede vislumbrar la única respuesta correcta a través de su intuición de lo implícito a través de lo explícito del sistema jurídico. Este juez, a diferencia del súper juez Hércules del realismo sociológico pero inspirado en él, no crea derecho, no hace lo que se le da la gana ante la irracionalidad del sistema. Precisamente porque el sistema es racional y coherente, el juez Hércules de Dworkin tiene siempre una respuesta. Además, por si hiciera falta, dentro del sistema está la determinación del pasado sobre el presente. El juez no tiene discrecionalidad, pues aun en los casos difíciles donde es complicado determinar las premisas y sus contenidos, el juez está determinado por los precedentes de sus predecesores, tal y como si se escribiera una “novela” colectiva y en serie. El siguiente redactor o novelista, no puede salirse del argumento trazado por los anteriores redactores. El símil no es muy afortunado, ya sabemos lo dados que son los novelistas a matar a sus personajes cuando no hallan soluciones a los problemas.

11. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Conviene ahora hacer un ciertamente incompleto balance de esta controversia, no en el sentido de si uno ganó o no, o quien tiene la razón. Es cierto que Dworkin tiene más puntos débiles y que sus teorías a veces no están bien argumentadas, que le falta una apertura descriptiva mayor y menor evaluación y justificación. Sus detractores exageran sus defectos y matizan sus

¹² Cfr. Ángeles Ródenas, *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 24, 2001. p. 69 y ss.

¹³ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*. *op. cit.*, p. 238 y ss.

aportaciones indicando inclusive que no ha aportado nada nuevo.¹⁴

La aportación más grande de Hart es el análisis lingüístico del derecho y la nueva fundamentación del positivismo jurídico en sus tres tesis principales: 1. Diferencia específica; 2. separación conceptual derecho y moral; y 3. Fuentes sociales del derecho. Tiene la virtud de incorporar de una manera coherente las principales tesis sociológicas del derecho a su positivismo, matizándolas y sin llegar a las exageraciones realistas. Tiene la virtud de señalar la textura abierta del derecho y la indeterminación del lenguaje junto con la discrecionalidad moderada de los jueces, e inclusive de los legisladores, quienes no pueden prever más allá de su contexto. Supera al positivismo Kelseniano, pero se queda corto en una cosa: para él, el derecho sigue siendo cuestión sólo de normas. Y en esto es en dónde Dworkin tiene su mayor aportación al introducir principios al concepto de derecho. La aportación de Dworkin de los principios y de las directrices, da una mejor idea de cómo funcionan las normas, da cuenta de que una

teoría, por descriptiva y neutra que sea, siempre tendrá algo de valorativo, de evaluación e intentará autojustificarse. Dworkin es un mejor conocedor de la naturaleza humana en este sentido. Sabe que la principal función –inclusive lógica– del pensamiento humano es la operación de juzgar y argumentar, evaluar y justificar. Todo el tiempo la mente humana está haciendo eso y no se escapa de ello ni durmiendo. Dworkin derriba el mito de la falacia naturalista y vuelve a unir al derecho y la moral, unión que siempre ha estado ahí, y que sólo había sido separada conceptualmente. El error más grave de Dworkin es querer fundamentar todo el sistema sólo en los principios de los derechos individuales, tomando en cuenta sólo su contexto. No sabe Dworkin o no lo incluye por lo menos que una buena teoría y filosofía de los derechos humanos, con sus tres generaciones bien orquestadas como cualidad estructural del ser humano pudieron haberle ayudado mucho mejor. Los derechos individuales no pueden pensarse sin los sociales y mucho menos sin los de solidaridad. Para que haya unos tiene que haber los otros.

Finalmente Dworkin yerra en una cosa muy importante, y que los demás filósofos analíticos ya han tomado (de la física y la matemática) muy en cuenta de manera muy seria. No evito la tentación de citar la formulación coloquial del teorema de Gödel (íntimamente relacionado con el principio de relaciones de indeterminación de Heisenberg que mencionamos en la larga primera nota): “Toda formulación axiomática

¹⁴ Un detractor bastante virulento es HABA, Enrique P. *Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El Bluff Dworkin*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 24, 2001, p. 165-201. Quien hace notar que en especial a lo que concierne a los principios como o no como normas integrantes del sistema jurídico (y del concepto de derecho), tenemos a SALMERÓN, Fernando. *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*. op. cit. p. 155, nota 25, sobre la controversia Bobbio-Crissafulli vs E. Betti.

y consistente incluye proposiciones indecibles”. Lo que quiere decir que: “Si un sistema es consistente, entonces es incompleto, y si el sistema es completo, entonces es inconsistente”¹⁵.

Si el derecho es consistente, tendrá que ser un sistema abierto, con márgenes de discrecionalidad y de indeterminación. Si un sistema cerrado, será inconsistente. Lo que le da consistencia es el propio ser humano, y los propósitos para los que un buen derecho está hecho, es decir, su protección y desarrollo, como se individual, social y humano. Es por eso que los márgenes de discrecionalidad e incertidumbre merecen y deben de tener una justificación adecuada con base a los principios que sostienen la vida y libertad humana (y no sólo los derechos individuales). Hart ha ganado la partida, pues finalmente es mejor conocedor aun que Dworkin de la naturaleza limitada, libre y siempre en expansión del ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

ARNIO, Alius. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 8, 1990, p. 23-38.

¹⁵ Alfredo Careaga, *El teorema de Gödel*. En *Hipercuadernos de divulgación científica*. Dirección general de divulgación científica, UNAM, mayo 2002. p. 10. http://www.dgdc.unam.mx/Assets/pdfs/teorema_godel.pdf#search='careaga%20godel'

BERGER, Peter y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. 11ª reim. Amorrortu, Buenos Aires, 1993.

CALSAMIGLIA, Albert. *¿Por qué es importante Dworkin?* En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 2, 1985, p. 159-165.

CALSAMIGLIA, Albert. *El concepto de integridad en Dworkin*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 12, 1992. p. 155-176.

CARDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*. UNAM-IIJ, México, 2005.

CAREAGA, Alfredo. *El teorema de Gödel*. En *Hipercuadernos de divulgación científica*. Dirección General de Divulgación científica, UNAM, mayo 2002. http://www.dgdc.unam.mx/Assets/pdfs/teorema_godel.pdf#search='careaga%20godel'

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. 2ª reim. Gedisa, Barcelona, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 5ª reim. Ariel, Barcelona, 2002.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Ariel, Barcelona, 1994.

FEYERABEND, Paul. K. *Adiós a la razón*. Tecnos, Madrid, 1992.

HABA, Enrique P. *Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El Bluff Dworkin*. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho, No. 24, 2001. p. 165-201.

HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

HART, H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. UNAM, IIJ, México, 2000.

RÓDENAS, Ángeles. *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación*

judicial de normas. En *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 24, 2001. p. 63-83.

SALMERÓN, Fernando. *Ética analítica y derecho*. Fontamara, México, 2000.

Nota: Los artículos tomados prestados de la revista *Doxa*, lo son de la página de Internet de la Biblioteca española “Biblioteca Cervantes Virtual”:

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/hemeroteca.shtml>