

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN: A PROPÓSITO DE LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA DE RONALD DWORKIN\*

Imer B. FLORES\*\*

Los jueces jamás deben olvidar que su oficio es *ius dicere* y no *ius dare*; es decir, que su oficio es interpretar y aplicar la ley. Y no hacerla o imponerla como comúnmente se dice.

Francis BACON

Para todos los propósitos prácticos siempre habrá una respuesta correcta en la trama entretrejida de nuestro derecho.

Ronald DWORKIN

\* Versión revisada de las ponencias presentadas en el III Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, "Filosofía del derecho, praxis jurídica y transformación", México, UNAM, Facultad de Derecho, 22 de abril de 2014; I Coloquio Internacional sobre Filosofía del Derecho en Homenaje al Dr. Agustín Basave Fernández del Valle, México, Nuevo León, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, 8 de octubre de 2014; I Congreso Internacional y XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Argentina, Buenos Aires, 17 de octubre de 2014, y de la conferencia magistral dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, Panamá, Ciudad de Panamá, 14 de octubre de 2014.

\*\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM; tutor en el Posgrado en Derecho de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); reconocimientos PRIDE D y SNI III. Correo electrónico: *imer@unam.mx*. Twitter: *@imerbflores*. El autor agradece los comentarios y cuestionamientos de Rafael Aguilera, Manuel Atienza, Enrique Cáceres, Juan Cianciardo, Jorge E. Douglas Price, Rafael Estrada Michel, Jorge Giannareas, Sandra Gómora, Daniel Mendonca, Armando Padilla, Adrián Rentería, Francisco Rodríguez, Sebastián Rodríguez, Alicia Ruiz, Javier Saldaña, Salvador Sánchez, Josef Seifert, Juan M. Vega Gómez y Rodolfo Luis Vigo.

## IMER B. FLORES

---

SUMARIO: I. *A manera de introducción*. II. *Los modelos de decisión judicial*. III. *El modelo del juez Herbert (y Hans) y la tesis de las varias respuestas*. IV. *El modelo del juez Hércules y la tesis de la única respuesta correcta*. V. *A modo de conclusión*.

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Contrastar los diferentes modelos de decisión judicial, su relación con la democracia y el problema de la (in)determinación del derecho, con especial referencia a la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin es el objetivo de este texto. Así, comenzamos con un esbozo de los diferentes modelos de decisión judicial y su relación con la democracia, así como con la división de poderes y con el control de constitucionalidad; continuamos en el próximo apartado con la exposición y crítica del modelo de juez Herbert a *la* H. L. A. Hart (o Hans a *la* Hans Kelsen), el cual podemos caracterizar como activo, creativo e inventivo, pero *incompatible* con la democracia y la división de poderes; en el siguiente apartado lo confrontamos con el modelo de juez Hércules a *la* Ronald Dworkin, el cual podemos caracterizar como activo, creativo e interpretivo, pero *compatible* con la democracia y la división de poderes; finalmente, concluimos con las reflexiones de rigor.

### II. LOS MODELOS DE DECISIÓN JUDICIAL

Dentro de la tradición jurídica occidental es un lugar común afirmar, de un lado, que en los países anglosajones pertenecientes a la familia del *common law*, el derecho es caracterizado por ser una creación del juzgador, y, del otro, que en los países continentales, así como en los latinoamericanos, pertenecientes a la familia del derecho romano canónico y germánico, es caracterizado por ser una creación del legislador y, en consecuencia, el juzgador se limita y debe limitarse a aplicar e interpretar el derecho y no a hacerlo e imponerlo. Aun cuando la caracterización anterior fue o pudo ser completamente acertada en algún momento histórico, me parece que ya no lo es en la actualidad, al grado de que podemos afirmar que *era o fue* correctamente caracterizado...

Por una parte, cabe anotar que en Inglaterra ciertamente le correspondía en un comienzo a la judicatura contribuir a la “creación” del de-

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

recho, pero a partir de sus opiniones,<sup>1</sup> en tanto que al Parlamento, el control y la fiscalización del monarca. Por un lado, la Corte más alta de la judicatura era conocida formalmente como la Corte del Rey ante el rey mismo, y coloquialmente como *King's Bench* (o *Queen's Bench*, cuando una mujer es la soberana), pero que hasta antes de la creación de la Corte Suprema en octubre de 2009 le correspondía a los lores jurídicos, en la Cámara de Lores, la revisión en última instancia de los casos judiciales. Por el otro, el Parlamento es conocido formalmente todavía hoy en día como la *Crown-in-Parliament*, ya que está compuesto no solamente por las cámaras de los Comunes y de los Lores, sino también por el monarca mismo, así como que con el tiempo el Parlamento adquirió mayores atribuciones legislativas, desde la gloriosa revolución de 1688, y, en cambio, la judicatura, mayores atribuciones de control y revisión judicial.

Por otra parte, conviene apuntar que en Francia, con la caída del *ancien régime*, la soberanía que era consustancial al soberano, *i. e.*, el rey, pasó al pueblo y como tal fue recharacterizada como soberanía popular, misma que se ejercería a través de la asamblea legislativa y que de pasada reducía el papel del juzgador a ser la *bouche de la loi* y como tal deferente al legislador. En las celebérrimas palabras de Charles Louis de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>2</sup> Como es sabido, esta caricaturización del juez como la mera boca de la ley sugiere que el papel del juzgador se limita y debe limitar a uno pasivo y aplicativo, completamente deferente a la letra de la ley y a la voluntad del legislador.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Como es sabido, en los países anglosajones las “decisiones” judiciales son mejor conocidas como —o al menos como si fueran meras— “opiniones”. Lo anterior refuerza la idea de que el oficio del juzgador no es inventar y crear el derecho, sino interpretar y aplicar el mismo, así como ser deferente al legislador. Le agradezco a Larry Solum una conversación muy esclarecedora sobre el tema.

<sup>2</sup> Charles Louis de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1993, p. 120 (título y publicación original: *De l'Esprit des Lois*, 1750).

<sup>3</sup> Véase Flores, Imer B., “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Baez*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2004, pp. 129-40, y “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, en Arriola Cantero, Juan Federico y Rojas Amandí, Víctor (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010, pp. 193-209.

## IMER B. FLORES

---

Sin embargo, desde la también célebre polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt,<sup>4</sup> sobre quién debe ser el defensor o protector de la Constitución, y sobre todo ante los excesos de las asambleas legislativas que dieron lugar a los gobiernos totalitarios del periodo de las entre guerras, mismos que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, ha quedado claro que es necesario controlar la constitucionalidad de los actos de todos los órganos o poderes.<sup>5</sup>

Cabe advertir que para Thomas Hobbes la tesis del “soberano ilimitado” se desdoblaba en dos: “el soberano es el único legislador” y, en consecuencia, “no está sujeto a las leyes civiles”.<sup>6</sup> Así, es incuestionable que en una autocracia (o monarquía) el soberano es el rey, el cual actúa por sí o por otros, en tanto que en una democracia, e inclusive en una aristocracia, el soberano es una asamblea de personas, ya sean todos o unos cuantos, los cuales actúan de manera directa o de modo indirecto a través de sus representantes.<sup>7</sup> Ahora bien, la idea de que el soberano no está sujeto a las leyes civiles que él mismo ha creado es una cuestión discutible sobre todo desde la celeberrima polémica entre el rey Jacobo I y el ministro presidente de la Bancada del Rey, sir Edward Coke, a principios del mismo siglo XVII.<sup>8</sup> Al respecto, sir Francis Bacon, quien

---

<sup>4</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (título y publicación original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1930-31); Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931 (título y publicación original: *Der Hüter der Verfassung*, 1931).

<sup>5</sup> Véase Flores, Imer B., “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXI, núm. 92, 1998, pp. 331-52, y “Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXI, núm. 93, 1998, pp. 611-37.

<sup>6</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1940, p. 218 (título y publicación original: *Leviathan. Or The Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651).

<sup>7</sup> Véase *idem*; Austin, John, “The Province of Jurisprudence Determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined & The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998, pp. 225-31 (publicación original: 1832); y Flores, Imer B., “Democracia y participación: consideraciones sobre la representación política”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, t. I, pp. 198-201.

<sup>8</sup> Véase Pound, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Boston, Beacon Press, 1921, pp. 60-1 y 74-6; y Flores, Imer B., “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism vs. Legalism”, en Wintgens, Luc J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 43-4.

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

fuera en aquel entonces el abogado general del rey, acuñaría la máxima: “Los jueces jamás deben olvidar que su oficio es *jus dicere* y no *jus dare*; es decir, que su oficio es interpretar y aplicar la ley. Y no hacerla o imponerla como comúnmente se dice”.<sup>9</sup> De igual forma, tanto John Locke como Montesquieu abogarían por la necesidad de controlar o limitar el poder.<sup>10</sup> En voz del último: “Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quien lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”.<sup>11</sup>

En este orden de ideas, somos de la opinión que el juzgador, el cual está legítimamente facultado para interpretar y aplicar el derecho, también lo está para controlar que los actos de todos los órganos o poderes, incluidos los propios, sean conforme a derecho. En otras palabras, si bien se debe limitar a interpretar y aplicar el derecho, y no a inventar y crear el mismo, su rol no se puede reducir a uno meramente pasivo y aplicativo totalmente deferente a la letra de la ley y a la voluntad del legislador, a quien tiene el deber de controlar. Al respecto, baste traer a colación el pensamiento de Gustav Radbruch:

Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como un servidor de la justicia.<sup>12</sup>

En este sentido, es posible, en primerísimo lugar, distinguir entre dos modelos de decisión judicial: uno, *activo* o *creativo* y, otro, *pasivo* o *aplicativo*. Asimismo, es posible identificar a los dos como modelos

---

<sup>9</sup> Bacon, Francis, “LVI. Sobre los deberes de los jueces”, en *Ensayos sobre moral y política*, trad. de Arcadio Roda Rivas, México, UNAM, 1974, p. 226 (título y publicación original: “LVI. Of Judicature”, en *The Essays. Or Counsels, Civil and Moral*, 1625).

<sup>10</sup> Cfr. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955 (título y publicación original: *Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, And His Followers are Detected and Overthrown. The Latter is an Essay Concerning The True Original, Extent, and End of Civil-Goverment*, 1698); Montesquieu, *op. cit.*

<sup>11</sup> Montesquieu, *op. cit.*, p. 114.

<sup>12</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 123-4 (título y publicación original: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948).

## IMER B. FLORES

---

extremos y como tales, en principio, viciosos. De tal suerte, es posible recaracterizar, de un lado, al *pasivo* o *aplicativo* como un modelo de *determinación radical*, al grado que hay una respuesta predeterminada para todos los casos, la cual el juez aplica de manera pasiva y que podemos caricaturizar como una “jurisprudencia mecánica”,<sup>13</sup> y, del otro, al *activo* o *creativo* como un modelo de *indeterminación radical*, al grado que hay una infinidad de respuestas para cada caso, las cuales el juez crea de modo activo y que podemos caricaturizar como una “jurisprudencia gastronómica”.<sup>14</sup> No obstante, también es posible identificar dos modelos intermedios y como tales, en principio, virtuosos: por un lado, la *indeterminación moderada*, al grado que hay una respuesta determinada para los casos fáciles y varias respuestas indeterminadas para los casos difíciles;<sup>15</sup> y, por el otro, la *determinación moderada*, al grado que hay respuestas no (pre)determinadas sino determinables, a partir de los materiales jurídicos (pre)existentes, para todos los casos sean fáciles o difíciles (y hasta locos o trágicos).<sup>16</sup>

Como es sabido, la indeterminación moderada es equiparada al modelo de juez Herbert (y de juez Hans), en cambio la determinación moderada, al modelo de juez Hércules. Al respecto, consideramos que ambos son modelos activos o creativos, pero el de Herbert es inventivo (legislativo o cuasi-legislativo) y como tal incompatible con la democra-

---

<sup>13</sup> Pound, Roscoe, “Mechanical Jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, vol. 8, núm. 8, 1910, pp. 605-23.

<sup>14</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 36 (hay versión en español: *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992).

<sup>15</sup> Véase Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941 (hay versión en inglés: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2002; título y publicación original: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934); *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979 (hay versión en inglés: *Pure Theory of Law*, 2a. ed., trad. de Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967; título y publicación original: *Reine Rechtslehre*, 1960); Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (título y publicación original: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961); Flores, Imer B., “H. L. A. Hart's Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 5, 2011, pp. 147-73.

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, “Casos difíciles”, trad. de Javier Esquivel, *Cuadernos de crítica*, núm. 14, 1981, pp. 5-82 (título y publicación original: “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, 1975, pp. 1057-1109); *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons y rev. trad. de Gustavo Maurino, México, Fondo de Cultura Económica, 2014 (título y publicación original: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011).

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

cia y la división de poderes, en tanto que el de Hércules es interpretativo y como tal compatible con la democracia y la división de poderes.

El problema, como veremos a continuación, es que el modelo de juez Herbert de decisión judicial, al asumir la tesis de la indeterminación moderada, presupone una forma de discreción fuerte o inventiva, la cual implica que los jueces en algunos casos acaban o tienen que acabar por inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo, o bien al cambiar o cuasi-legislar el derecho existente; con ello, el juzgador violenta la democracia y la división de poderes, al invadir la competencia del legislador y usurpar una función que no le corresponde. En cambio, el modelo de juez Hércules para la decisión judicial, al asumir la tesis de la determinación moderada y la tesis de la única respuesta correcta, presupone que los jueces siempre acaban o tienen que acabar por interpretar el derecho preexistente y no inventar un derecho nuevo; con lo cual el juzgador no invade la competencia del legislador ni usurpa una función que no le corresponde y, en consecuencia, no viola la democracia ni la división de poderes.

### III. EL MODELO DEL JUEZ HERBERT (Y HANS) Y LA TESIS DE LAS VARIAS RESPUESTAS

Como hemos visto en algún otro lugar,<sup>17</sup> en relación con los problemas del razonamiento jurídico, en general, y de la interpretación (y adjudicación) jurídica, en particular, Hart<sup>18</sup> adopta, análogamente a Kelsen,<sup>19</sup> una versión moderada de la tesis de la indeterminación, la cual es tanto *epistémica* como *sistémica*. Me permito recordar que para el jurista austriaco, tal indeterminación deriva principalmente de la “estructura jerárquica —o gradación— del orden jurídico”,<sup>20</sup> mientras que para el filósofo-jurístico británico, tal indeterminación deriva principalmente de la “textura abierta del lenguaje”.<sup>21</sup> Más aún, la estrategia de Hart se asemeja adicionalmente a la doctrina del “término medio” de Aristóteles.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Véase Flores, “H. L. A. Hart’s Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered...”, *cit.*, pp. 147-73.

<sup>18</sup> Véase Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 155-91.

<sup>19</sup> Véase Kelsen, *La teoría pura del derecho...*, *cit.*, pp. 126-45, y *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 349-56.

<sup>20</sup> Kelsen, *La teoría pura del derecho...*, *cit.*, p. 126.

<sup>21</sup> Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 159.

<sup>22</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954, p. 38.

## IMER B. FLORES

---

Esta estrategia es bastante explícita a lo largo de la obra de Hart y se vuelve auto-evidente al poner atención al título del capítulo VII de *El concepto del derecho*, *i. e.* “Formalismo y escepticismo ante las reglas”,<sup>23</sup> y al subtítulo “La pesadilla y el noble sueño”, de su conferencia magistral Sibley “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana”,<sup>24</sup> los cuales permiten a Hart situarse en el centro “virtuoso” entre los extremos “viciosos” representados no solamente por el formalismo y el antiformalismo, *i. e.* el escepticismo ante las reglas, sino además por el realismo, *i. e.* la pesadilla (o “demasiado malo para ser recordado”) y el idealismo, *i. e.* el sueño noble (o “demasiado bueno para ser verdad”).

Cabe recordar que Hart llega a la conclusión de que alguna forma de discreción (*i. e.* elección) es inevitable. Para ese propósito, introduce por primera vez el ejemplo de “No [se admiten/permiten] vehículos en el parque”<sup>25</sup> en su celeberrima polémica con Lon L. Fuller;<sup>26</sup> y, después lo reintroduce en su también célebre libro:

Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección.<sup>27</sup>

De esta forma, Hart considera que la (in)determinación es una “cuestión de grado”: el derecho es determinado en el *centro* o *núcleo* e indeterminado en la *penumbra*. En palabras de Hart, tal y como fue-

---

<sup>23</sup> Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 155.

<sup>24</sup> Véase Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 327 (título y publicación original: “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, p. 969, y reproducido en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983).

<sup>25</sup> Véase Hart, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, trad. de Genaro R. Carrió, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64 (título y publicación original: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629).

<sup>26</sup> Véase Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-72.

<sup>27</sup> Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 159.

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

ron introducidas originalmente en la conferencia magistral Holmes en 1957:

Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados “vehículos” a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos —tales como “vehículo” en el supuesto que considero— tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquéllas. Tiene que haber un *núcleo de significado* establecido, pero también habrá una *penumbra* de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables.<sup>28</sup>

Y, al final del capítulo VI, “Los fundamentos de un sistema jurídico”, de su obra maestra *El concepto del derecho*:

Todas las reglas importan [*sic*] reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla posible es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de *certeza* y una *penumbra de duda*, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un *halo de vaguedad* o “*textura abierta*”...<sup>29</sup>

Como ya mencionamos, esta estrategia le permite a Hart situarse aparentemente en algún lugar en el centro virtuoso entre dos extremos viciosos: 1) formalismo y anti-formalismo, *i. e.* escepticismo ante las reglas, y 2) realismo, *i. e.* la pesadilla, e idealismo, *i. e.* el sueño noble. Al respecto, me permito recordar, la caracterización del formalismo y del anti-formalismo, *i. e.* escepticismo ante las reglas:

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar

<sup>28</sup> Hart, “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, *cit.*, pp. 25-6.

<sup>29</sup> Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 152-3.

## IMER B. FLORES

---

los diversos tipos de razonamientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente.<sup>30</sup>

Por cierto, la representación es igualmente aplicable al realismo (*i. e.*, la pesadilla) y al idealismo (*i. e.*, el sueño noble):

[H]e retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Sueño Noble: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra.<sup>31</sup>

Mi argumento es que la “textura abierta del lenguaje” permite a Hart colocarse, aparentemente, en algún término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos, al abogar por una indeterminación moderada, *i. e.*, el derecho es a veces determinado y otras veces indeterminado, y al cuestionar tanto una determinación radical, *i. e.*, el derecho siempre es determinado o nunca indeterminado, como una indeterminación radical, *i. e.*, el derecho siempre es indeterminado o nunca determinado. Sin embargo, al caracterizar el ejercicio de la discreción o elección —requerido para enfrentar la indeterminación moderada— como legislativo, la posición de Hart coincide con uno de los extremos, *i. e.*, Escila, el mal menor, pero falla en alcanzar el término medio, al sugerir que en esos casos, los jueces legislan, lo cual equivale a una violación al principio de división de poderes.

En pocas palabras, Hart afirma que una “actividad judicial creadora” es requerida para enfrentar la indeterminación moderada y ésta ciertamente implica discreción, pero el problema es que él equipara “creativo” a “legislativo” y “discreción judicial” a “legislación judicial”.<sup>32</sup> En voz de Hart:

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente... que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>31</sup> Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana...”, *cit.*, p. 348.

<sup>32</sup> Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 167.

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción ‘mecánica’, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos... En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de “legislativa” a tal actividad judicial.<sup>33</sup>

En lo personal no tenemos problema en aceptar que los jueces realizan una “actividad judicial creativa” no sólo al crear una norma individualizada que es aplicada al caso concreto, sino también al crear, al mismo tiempo, un criterio o precedente de interpretación que puede ser aplicado a casos futuros.<sup>34</sup> Sin embargo, rechazamos que dicha “actividad judicial creativa” constituya o tenga que constituir necesariamente una actividad “legislativa” o “cuasi-legislativa”. Por cierto, Hart caracteriza erróneamente “dos tipos de actividad creativa o legislativa”:

Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente *restringiendo la regla* extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que si lo fue, quedó abierta. Este proceso de “distinguir” el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por la ley o por un precedente previo. Hacer esto es *ampliar la regla*.<sup>35</sup>

De igual forma, admitimos que tanto la *restricción* como la *ampliación* de la norma son producto de una “actividad judicial creativa” re-

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 252-3.

<sup>34</sup> En realidad, las legislaturas, especialmente en los países del *common law*, delegan una autoridad limitada a las cortes al grado de que pueden ser descritos como sistemas de derecho creado por los jueces, a través de sus opiniones judiciales por la vía de la interpretación, pero no necesariamente constituyen una legislación judicial y como tal no implican una violación a la democracia y a la división de poderes.

<sup>35</sup> Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 168.

## IMER B. FLORES

---

sultante de la interpretación de una norma preexistente, pero negamos que sea equiparable a la creación legislativa de una norma nueva o al cambio cuasi-legislativo de la norma existente. En ambos casos, *i. e.*, tanto en la restricción como en la ampliación, ya hay una norma existente, cuyo alcance es restringido o ampliado mediante la interpretación, pero la norma no es creada ni cambiada de la nada y como tal no es un acto de legislación o cuasi-legislación. De forma similar, argüimos que en los casos donde hay lagunas jurídicas a ser colmadas o llenadas, el juez ejercita ciertamente una “actividad judicial creativa”, la cual no es inventiva sino interpretativa para declarar el derecho existente o, más precisamente, para cubrir las lagunas con material jurídico preexistente, incluidos principios y objetivos o propósitos. Lo que es más, cuando los tribunales anulan una decisión previa, me parece que no crean necesariamente un derecho nuevo ni cambian el derecho existente, pero reconocen una equivocación previa en la interpretación del derecho al corregir o enmendar la misma con su opinión.<sup>36</sup>

No obstante, la respuesta de Hart en el *Postscript* acerca de la “discreción judicial” insiste en que los jueces tienen poderes creadores de derecho y, en consecuencia, considera que es una forma de “legislación judicial”:

[E]n cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> No negamos que haya un cambio en el estado de las cosas, pero afirmamos que es correctivo de una interpretación previa equivocada y que como tal no es inventivo sino interpretativo.

<sup>37</sup> Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 54 (título y publicación original: “Postscript”, en *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994).

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

Y, además, sugiere que dichos poderes legislativos son “intersticiales”:

Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan* sus *opciones*, restricciones de las cuáles [*sic*] una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador.<sup>38</sup>

La parte de la réplica de Hart referente a las “restricciones” lo posiciona en realidad muy cerca de Kelsen —e incluso de Duncan Kennedy—. <sup>39</sup> Sin embargo, la insistencia de Hart sobre la naturaleza de dichos poderes de creación del derecho como intersticial, pero legislativa todavía, pone a Hart de nuevo sobre los hombros de Holmes: “En cualquier sistema jurídico moderno debe haber muchas ocasiones en las cuales el derecho establecido fracasa para dictar una decisión en un sentido o en el otro, al grado tal que si las cortes tienen que decidir tales casos ellas deben ejercer un poder creativo «intersticial» limitado, o «discreción»”.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>39</sup> De hecho, Kennedy —en un intento de separarse a sí mismo y al movimiento de estudios críticos jurídicos del movimiento del realismo jurídico estadounidense— ha insistido que la indeterminación que él tiene en mente no es radical, pues la adjudicación implica tanto “libertad” como “restricción”, con lo cual se trata de acercar a la tesis de la indeterminación moderada tanto de Hart como de Kelsen. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999 (título y publicación original: “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, pp. 518-62); y “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, 2008, pp. 363-85 (título y publicación original: “A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation”, en *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora, Colorado, The Davies Group, 2008; también hay una versión anterior en Cáceres, Enrique *et al.* (eds.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 371-83).

<sup>40</sup> Hart, H. L. A., “Introduction”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 6.

## IMER B. FLORES

---

El hecho de que sea intersticial y limitado no cancela que sea legislativo o cuasi-legislativo.<sup>41</sup> Como se pueden imaginar, nuestro sentir es que Hart —al apelar a una forma de discreción que equipara lo creativo a lo legislativo o cuasi-legislativo— pierde una importante distinción y me parece que estamos en peligro si también la perdemos de vista. La distinción que tengo en mente es entre una “actividad judicial creativa”: “interpretativa” e “inventiva” (“legislativa” o “cuasi-legislativa”), las cuales corresponden a una forma “débil” y “fuerte” de discreción;<sup>42</sup> *i. e.*, entre la discreción débil para interpretar el derecho (existente) —e inclusive los principios y objetivos o propósitos implícitos— a ser aplicado al caso concreto, y la discreción fuerte para inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo, o bien al cambiar o cuasi-legislar el derecho existente.

Después de todo, Hart admite:

[L]os jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objeto o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o anunciando una solución determinada, en qué cuestiones, para el caso difícil que surge.<sup>43</sup>

Al respecto, habría que reconsiderar el ejemplo de Hart de “No [se admiten/permiten] vehículos en el parque”. Baste imaginar que un día un chico, llamado Freddie, quien lo único que quiere hacer es andar en bicicleta, llega a un parque con ésta y es prevenido de hacerlo por la autoridad, *i. e.*, el cuidador del parque o un policía, quien le señala la prohibición. Supongamos que su madre, la señora Mercury, impugna la decisión en su nombre y alcanza un punto en el que un juzgador, con autoridad final, debe resolver la disputa. Es claro que la palabra “vehículos” es vaga, pero las bicicletas son típicamente incluidas en los vehículos, pero no es claro si la prohibición incorpora a las bicicletas o no. ¿Qué esperamos que haga el juzgador, que se ponga a interpretar o a inventar

---

<sup>41</sup> Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana...”, *cit.*, p. 332.

<sup>42</sup> Si bien estoy consciente que Dworkin introdujo la distinción entre dos formas de discreción “débil” y “fuerte”, me voy a distanciar de su versión para tratar de desarrollarla en una forma consistente con la de Hart y con una verdadera posición intermedia o término medio. Véase Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., en *Cuadernos de Crítica*, núm. 5, 1977, pp. 5-54 (título y publicación original: “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, pp. 14-46).

<sup>43</sup> Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, p. 58.

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

el derecho? En otras palabras: ¿esperamos que el juzgador actúe como si fuera el legislador para crear (o legislar) el derecho nuevo o para cambiar (o cuasi-legislar) el derecho existente? O bien, ¿esperamos que el juzgador aplique (e interprete) el derecho preexistente y para tal efecto apele no sólo a los principios sino también a los objetivos o propósitos? Alternativamente: ¿esperamos que el juzgador ejercite una discreción fuerte caracterizada como inventiva (y legislativa) para ir en cualquier dirección?, o bien, ¿esperamos que ejercite una discreción débil concebida como interpretativa para ir en busca de la solución prevista por el derecho? En mi opinión, esperamos que el juzgador ejercite una discreción débil e interpretativa al apelar no sólo a los principios sino también a los objetivos o propósitos. En ese sentido, ante la pregunta abstracta cuál es o cuáles son los objetivos o propósitos que se persiguen con la prohibición, en mi opinión, el juzgador determinará que el objetivo o propósito es la protección de los usuarios del parque de ciertas formas de vehículos que pueden causarles un daño o representen un peligro o riesgo innecesario. Ahora bien, ante la pregunta concreta de si un chico que anda en bicicleta puede causarles un daño o representar un peligro o riesgo innecesario, o bien, si el hecho de andar en bicicleta es compatible o no con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar. Así, podemos suponer que el juzgador determinará que el andar en bicicleta *per se* no causa un daño ni representa un peligro o riesgo innecesario, pues es compatible con los demás usuarios, quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar, y, por esa razón, concluiría que *prima facie* la prohibición “No [se admiten/permiten] vehículos en el parque” no aplica a las bicicletas.

Tomar la distinción seriamente implica que los jueces en lugar de ejercer una “discreción fuerte” y ponerse a inventar (*i. e.*, legislar y cuasi-legislar), opten por ejercer una “discreción débil” y se pongan a interpretar mediante la apelación no sólo a principios, sino también a objetivos y propósitos. El problema para Hart —y sus seguidores— es que esta posición intermedia o término medio, interpretación creativa, *i. e.*, “discreción débil e interpretativa”, entre los dos extremos representados por la interpretación no-creativa, *i. e.* aplicación deductiva o mecánica, y la legislación (judicial) creativa, *i. e.*, “discreción fuerte e inventiva (y legislativa)”, hacen eco de la “interpretación constructiva” de su archienemigo, como Hart mismo admite:

Esto realmente constituye el verdadero núcleo de una ‘interpretación constructiva’, la cual es un rasgo tan característico de la teoría de la judi-

## IMER B. FLORES

---

cación de Dworkinúm [sic]. Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no la elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consciente, en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho. Sólo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación judicial no sería meramente diferida, sino eliminada.<sup>44</sup>

### IV. EL MODELO DEL JUEZ HÉRCULES Y LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Cabe recordar que al igual que “el modelo de los mandatos” de John Austin<sup>45</sup> fue el blanco de H. L. A. Hart,<sup>46</sup> quien lo confronta con “el modelo de las reglas”, éste fue, a su vez, el objeto del ataque de Ronald Dworkin, quien lo enfrenta con “el modelo de los principios”. Lo anterior con la publicación original de su celeberrimo “¿Es el derecho un modelo de reglas?”,<sup>47</sup> y sobre todo de la colección de sus primeros ensayos en *Los derechos en serio*.<sup>48</sup>

Al respecto, Dworkin afirma que el positivismo jurídico concibe al derecho como un modelo o sistema de y para reglas, pero alega que el derecho es mucho más, pues abarca otros patrones jurídicos que no funcionan como reglas sino como principios. En sus palabras:

Mi estrategia se organizará alrededor del hecho de que cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos subjetivos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros problemas con estos conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente como prin-

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 58-9.

<sup>45</sup> Véase Austin, “The Province of Jurisprudence Determined”, *cit.*; y “The Uses of the Study of Jurisprudence”, en *loc. cit.*, nota 7 (publicación original: 1863; y hay versión en español: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981).

<sup>46</sup> Véase Hart, *El concepto de derecho*, *cit.*

<sup>47</sup> Véase Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *cit.*

<sup>48</sup> Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984 (título y publicación original: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press y London, Duckworth, 1977; y 2a ed., 1978).

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

principios, políticas, y otros tipos de patrones [*principles, policies, and other sorts of standard*]. El positivismo, argumentaré, es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas... En general, usaré el término “principios” en sentido genérico, para referirme al conjunto total de estos patrones diferentes de las reglas”... Llamo una “política” a esa clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político, o social de la comunidad... Llamo “principio” al patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>49</sup>

Así, Dworkin cita los casos *Riggs v. Palmer* (también conocido como el caso *Elmer*)<sup>50</sup> y *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*<sup>51</sup> para evidenciar que los juristas no solamente usan los principios además de las reglas sino además utilizan los principios para derrotar a las reglas. Asimismo, procede a distinguir las reglas de los principios. De un lado:

Las reglas son aplicables a la manera de “todo o nada”. Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión... [U]na regla puede tener excepciones. Las reglas del béisbol: si el bateador ha tenido tres *strikes*, está *out*... el bateador que ha recibido tres *strikes* no está *out* si el receptor suelta la bola en el tercer *strike*.<sup>52</sup>

Del otro:

Los principios tienen una dimensión de la que las reglas carecen la dimensión del peso o importancia...<sup>53</sup>

De igual forma, advierte:

Si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no es regla válida [aplicable]. La decisión de cuál es válida [aplicable] y cuál debe ser abandonada o reconstruida debe hacerse apelando a consideraciones que van más allá de las reglas mismas. Un sistema jurídico puede regular tales conflictos por medio de otras reglas, que den preferencia a la regla emitida por la autoridad más alta [*lex superior*], o a la emitida más recientemente [*lex posterior*], o la regla más específica [*lex specificae*], o algo por

<sup>49</sup> Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *cit.*, pp. 18-9.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 20-1.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 25.

## IMER B. FLORES

---

el estilo [*lex loci*]. Un sistema jurídico puede también dar preferencia a la regla apoyada en los principios más importantes [*in dubio pro homine/personae/reo*].<sup>54</sup>

Las reglas son absolutas: aplican o no (todo o nada); y los principios son no-absolutos o relativos (por su peso o importancia su aplicación depende o varía de caso a caso, y por lo mismo se requiere de alguna forma de balanceo o ponderación).<sup>55</sup>

Ahora bien, Dworkin, en su “Casos difíciles”, critica las tesis tanto de la indeterminación como de la discreción judicial, al grado tal que para él hay respuestas correctas e inclusive una respuesta correcta en los casos más difíciles.<sup>56</sup> Cabe aclarar que para Dworkin no es meramente deseable ni posible sino, además, necesaria la determinación en el derecho: en el mundo de lo descriptivo y contingente puede haber infinidad de respuestas deseables o posibles en el derecho, pero en el mundo de lo prescriptivo-normativo y necesario no solamente hay sino además debe haber una respuesta correcta.<sup>57</sup> Aun cuando el derecho aparece como indeterminado, resulta que es y debe ser determinado —o mejor dicho determinable— como veremos un poco más adelante.

Antes de proseguir, cabe recordar que Dworkin critica no sólo a las dos partes de la teoría jurídica dominante, la teoría del positivismo jurídico, es decir, descriptiva de qué es el derecho (*is*), y la teoría del utilitarismo, esto es, prescriptiva de qué debe ser el derecho (*ought to be*), sino también a la pretensión de que ambas son independientes entre sí. De tal guisa, su juicio se centra en tres aspectos: 1) la reducción del derecho a las reglas; 2) la identificación de éstas no por su contenido sino por la forma en que son creadas o aplicadas, y 3) la caracterización de que cuando hay un caso que no está cubierto claramente por una regla, no resta sino permitir que el juez ejerza su discreción.

Al respecto, es menester destacar las razones principales por las que Dworkin está en contra de esta última tesis, *i. e.*, la discrecionalidad judicial. En primerísimo lugar, él alega que la discreción judicial violenta principios fundamentales del Estado de derecho y presenta el siguiente argumento:

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>55</sup> Véase Flores, Imer B., “Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 7, 2013, pp. 83-113.

<sup>56</sup> Véase Dworkin, *op. cit.* nota 16.

<sup>57</sup> Flores, Imer B., “The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answers”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 9, enero-diciembre de 2015, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2538310](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538310).

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” es decir que su caso “cae” bajo una regla jurídica válida que le exige que haga o se abstenga de hacer algo (Decir que alguien tiene un derecho subjetivo, o tiene un poder jurídico de algún tipo, o un privilegio jurídico o inmunidad, es afirmar de un modo abreviado, que otros tienen real o hipotéticamente la obligación jurídica de actuar o abstenerse de actuar en ciertas maneras tocantes a él). En ausencia de dichas reglas jurídicas válidas, no existe obligación jurídica. Se sigue entonces, que cuando el juez decide un litigio ejercitando su discreción, él no está haciendo efectiva una obligación jurídica respecto a ese litigio.<sup>58</sup>

Lo anterior implica que el juez, al ejercer su discreción en casos difíciles, no aplica el derecho existente, sino que actúa *como si* fuera el legislador al grado de crear un derecho nuevo o bien cambiar el derecho existente, y peor aún puesto que lo hace *ex post facto*. Lo anterior constituye una clara violación no solamente de los principios de división y/o separación de poderes y de irretroactividad de la ley, sino además de principios más abstractos, tales como la certeza o seguridad, generalidad, legalidad y normatividad. Por el contrario, Dworkin alega que el juzgador al apelar a los principios subyacentes no solamente aplicaría el derecho preexistente o al menos ya existente, y no tendría que crear derecho nuevo ni cambiar el derecho existente, sino además llegaría a la única respuesta correcta para toda cuestión jurídica, aun en los casos más difíciles y hasta locos o trágicos.

Por ende, al enfilarse su propuesta teórico-práctica contraponen a la teoría jurídica dominante su teoría liberal del derecho fundada en los derechos y/o principios. De este modo, presenta: 1) la tesis de los derechos y/o principios; 2) la tesis de la conexión y/o vinculación del derecho y la moral, y 3) la tesis de la determinación del derecho. Por supuesto que las tres tesis son muy controvertidas y han sido duramente criticadas por los representantes del positivismo jurídico porque abiertamente ponen en duda y rechazan algunos de sus aspectos centrales, tales como la primacía y prioridad de las reglas, la separación del derecho y la moral, y la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

De las réplicas de Dworkin a sus críticos se desprenden tesis reforzadas: 1) la preexistencia y preeminencia de los derechos y/o principios; 2) la objetividad tanto del derecho como de la moral, y 3) la preexistencia de una respuesta correcta e incluso de una única respuesta correcta para cada caso. En relación con la primera, cabe recordar que los derechos y/o principios no sólo existen con anterioridad —preexistencia— tal

<sup>58</sup> Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, *cit.*, p. 11.

## IMER B. FLORES

---

como queda de manifiesto en el caso *Riggs vs. Palmer*, sino también cuentan con una primacía sobre las reglas —preeminencia— que permite considerarlos como ‘trumps’, *i. e.*, la carta o juego que “mata todo”.

En el proceso de defender la tesis de la única respuesta correcta,<sup>59</sup> por una parte, en el centro de su “Casos difíciles”, Dworkin construye un juez imaginario al que denomina Hércules:

[H]e inventado un abogado con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos, al cual llamaré Hércules... un juez en alguna jurisdicción norteamericana representativa... que acepta las principales reglas jurídicas constitutivas y regulativas... en su jurisdicción... esto es, que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos jurídicos, y que los jueces tienen el deber general de acatar las decisiones anteriores de su tribunal, o de tribunales superiores, cuando sus justificaciones racionales [*rationale*], como dicen los abogados, se extienden al caso en cuestión.<sup>60</sup>

Por otra parte, al comienzo de “¿Pueden ser controvertibles los derechos?”, continúa con la defensiva: “[H]e de defender los argumentos de este libro contra una objeción de amplio alcance y que, si no se refuta, puede ser destructiva. Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas”.<sup>61</sup>

No obstante, para la fecha de la publicación original de su “¿No hay respuesta correcta?”, la defensa ya es claramente parte del ataque: “Para todos los efectos prácticos, siempre habrá una respuesta correcta en la trama entretejida de nuestro derecho”.<sup>62</sup> A pesar de que esta oración no aparece en la versión revisada publicada como “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?” en *Una cuestión de principios*,<sup>63</sup> no hay ninguna razón para pensar que Dworkin cambió de

---

<sup>59</sup> Aun cuando Stephen Guest había caracterizado a la tesis de la única respuesta correcta como “puramente defensiva”, me gustaría cambiar el énfasis para sugerir que la defensa se ha convertido en parte de su ataque. Cfr. Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, Stanford, Stanford University Press, 1992, pp. 137-47 (3a. ed., 2013, pp. 135-43).

<sup>60</sup> Dworkin, “Casos difíciles”, *cit.*, p. 44.

<sup>61</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 396 (279).

<sup>62</sup> Dworkin, Ronald, “No Right Answer?”, en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 84.

<sup>63</sup> Dworkin, Ronald, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en *loc. cit.*, nota 24, pp. 475-512

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

opinión. De hecho, cuando reinició la contraofensiva con su “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *i. e.*, “Objetividad y verdad: más vale creerlo”, insistió: “Esta tesis de la «no respuesta correcta» no puede ser verdadera por default en derecho más que en ética, estética o moral...”.<sup>64</sup> Lo que es más, en lo que sería su penúltimo libro *Justicia para erizos*, donde reconstruyó su teoría, Dworkin distingue entre incertidumbre e indeterminación: “la indeterminación difiere de la incertidumbre: «No tengo la certeza de que la afirmación en cuestión sea verdadera o falsa» es lisa y llanamente congruente con «es una u otra», pero «la proposición en cuestión no es ni verdadera ni falsa» no lo es”.<sup>65</sup>

En pocas palabras, al diferenciar la indeterminación de la incertidumbre, tal y como lo hizo previamente al construir a Hércules, Dworkin es capaz de separar el problema de la falta de certeza, *i. e.*, existencia de una demostración o prueba final, de la tesis de la determinación, *i. e.*, existencia —y hasta preexistencia— de una única respuesta correcta para toda cuestión jurídica aun en los casos más difíciles. La existencia —y hasta preexistencia— de la única respuesta correcta sugiere que ésta “está ahí”.

Sin embargo, cabe aclarar que “está ahí”, por una parte, no para ser descubierta (o derivada), sino para ser construida a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes, y, por otra parte, no para ser inventada (o creada e inclusive cambiada), sino para ser interpretada (e incluso argumentada) a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes. De esta forma, la única respuesta correcta es y debe ser construida e interpretada a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes, puesto que su valor objetivo, *i. e.*, interés, propósito, o punto, es evaluado de acuerdo con los principios subyacentes, incluidos principios morales, los cuales no solamente justifican la práctica, sino además están integrados en el derecho.

Como respuesta a la objeción que sugiere que los materiales jurídicos existentes y preexistentes pueden parecer contradictorios e inconmensurables, Dworkin proporciona una interpretación a partir de su tesis

---

(título y publicación original: “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *New York University Law School*, vol. 53, núm. 1, 1978, p. 1124; y reproducido en *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 120-45. Hay otra versión: “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria de los Ángeles Boschirolí, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pp. 159-90).

<sup>64</sup> Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, p. 136.

<sup>65</sup> Dworkin, *Justicia para erizos*, *cit.*, p. 120 (91).

## IMER B. FLORES

---

de la unidad de valor que reconcilia los valores al mostrar que el conflicto moral requiere una más profunda forma de colaboración para solucionar el conflicto aparente e incluso para encontrar un punto de comparación o contraste, al grado tal de que de alguna forma la única respuesta correcta existe incluso para “casos locos”.<sup>66</sup> Para tal efecto, Dworkin desarrolla una variante del caso del nadador que se está ahogando, en la cual primero expone el problema:

Una persona se aferra a un salvavidas en una tormenta que ha echado a pique su barco; los tiburones rondan en torno a ella. A unos cien metros de allí, otros dos pasajeros se aferran a otro salvavidas, también rodeados por tiburones. Usted tiene una embarcación en la costa. Puede llegar a tiempo a uno de los salvavidas, pero no, entonces, al otro. Suponiendo que los tres náufragos son extraños, ¿tiene usted el deber de salvar a los dos que están juntos y dejen morir al solitario?<sup>67</sup>

Y un poco más adelante, reflexiona sobre el mismo:

Pero si abordamos la decisión de otra manera —si nos concentramos no en las consecuencias sino en los derechos—, dista de ser obvio que deberíamos salvar automáticamente al mayor número. Cabría pensar que todas las víctimas tienen el mismo derecho antecedente a ser salvadas, por lo cual tentarnos la idea de un sorteo en el que cada uno de los náufragos tuviera al menos una posibilidad sobre tres de salvarse (Los tiburones están de acuerdo en dar vueltas alrededor de ellos mientras se realiza el sorteo).<sup>68</sup>

En resumen, aun cuando la mayoría de las personas parece que estarían inclinadas automáticamente a salvar a los dos náufragos, por el hecho crudo de que son más que uno, está lejos de ser cierto que ésta es la respuesta correcta, mucho menos la única respuesta correcta. Ciertamente, salvar al número mayor puede parecer la respuesta correcta desde una perspectiva consecuencialista, pero no de acuerdo a una concepción basada en los derechos, principios y valores, según la cual cada persona tiene un derecho antecedente igual a ser salvada y en consecuencia debe ser tratada con igual consideración y respeto, tal y como Dworkin ha abogado a través de todas su obra, desde la publicación de *Los derechos en serio* y hasta la aparición de *Justicia para erizos*, incluidos no sólo su célebre artículo “Rights as Trumps”, *i. e.*,

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, *passim*.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 345 (280-1).

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 346 (281).

## DECISIÓN JUDICIAL, DEMOCRACIA Y DETERMINACIÓN:...

“Derechos como cartas de triunfo”,<sup>69</sup> sino también sus libros *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*,<sup>70</sup> *La justicia con toga*,<sup>71</sup> y *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*.<sup>72</sup>

### V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir me permito reiterar que el modelo de juez Herbert para la decisión judicial, al asumir la tesis de la indeterminación moderada, presupone una forma de discreción fuerte o inventiva, la cual implica que los jueces en algunos casos acaban o tienen que acabar por inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo, o bien al cambiar o cuasi-legislar el derecho existente. Con lo cual el juzgador violenta la democracia y la división de poderes, al invadir la competencia del legislador y usurpar una función que no le corresponde.

En contraposición, el modelo de juez Hércules para la decisión judicial, al asumir la tesis de la determinación moderada (e inclusive la tesis de la única respuesta correcta), presupone una forma de discreción débil o interpretativa, la cual implica que los jueces siempre acaban o tienen que acabar por interpretar el derecho preexistente y no inventar un derecho nuevo. Con lo cual el juzgador no invade la competencia del legislador ni usurpa una función que no le corresponde y, en consecuencia, no viola la democracia ni la división de poderes. Como diría el propio Dworkin: “Por medio de la educación académica, el entrenamiento práctico y la experiencia todo abogado construye su propia idea de cuándo una *interpretación* encaja lo suficientemente bien como para contar como interpretación en lugar de *invención*”.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-67.

<sup>70</sup> Dworkin, Ronald, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de Fernando Aguiar González y María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós, 2003 (título y publicación original: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000).

<sup>71</sup> Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Oriz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007 (título y publicación original: *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006).

<sup>72</sup> Dworkin, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Barcelona, Paidós, 2008 (título y publicación original: *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006).

<sup>73</sup> Dworkin, *La justicia con toga*, cit., p. 25 (15) (el énfasis es nuestro).