

Los casos difíciles y la tarea del Juez Hércules en el pensamiento de Ronald Dworkin

Difficult Cases and the Task of Judge Hercules in the Thought of Ronald Dworkin

Nancy Marisol ORTIZ GALINDO*

RESUMEN: El presente texto tiene como hipótesis que, con el apoyo de la teoría de Dworkin, la solución de casos difíciles es posible si se reconoce que el concepto del derecho que proporciona el positivismo jurídico es insuficiente para darle solución a dichos casos, ya que reduce el derecho únicamente a normas. Por lo tanto, lo que se debe hacer, en un principio, es concebir al derecho de un modo más amplio, lo cual implica el reconocimiento los principios, como parte del orden normativo. Dichos elementos adquieren importancia, mediante la construcción de argumentos o una teoría argumentativa que den el fundamento suficiente a dichas soluciones, de tal manera que se demuestre que en ningún caso el juez ha excedido los límites que establece el Derecho.

PALABRAS CLAVE: casos difíciles; juez Hércules; Ronald Dworkin; filosofía del derecho; razonamiento judicial.

ABSTRACT: The present text hypothesizes that, with the support of Dworkin's theory, the solution of difficult cases is pos-

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, graduada con mención honorífica. Especialista en Administración y Procuración de Justicia y Maestra en Derecho por la misma Universidad. Contacto: <hola_nuevo@hotmail.es>. Fecha de recepción: 11/06/2020. Fecha de aprobación: 15/09/2020.

sible if it is recognized that the concept of law provided by legal positivism is insufficient to provide a solution to such cases, since it reduces the right only to rules. Therefore, what must be done, initially, is to conceive of the law in a broader way, which implies the recognition of the principles, as part of the normative order. Said elements acquire importance, through the construction of arguments or an argumentative theory that give sufficient grounds to said solutions, in such a way as to demonstrate that in no case has the judge exceeded the limits established by law.

KEYWORDS: difficult cases; Judge Hercules; Ronald Dworkin; philosophy of law; judicial reasoning.

I. INTRODUCCIÓN

En el pensamiento filosófico jurídico contemporáneo uno de los personajes que ha sobresalido por sus aportaciones ha sido Ronald Dworkin, considerado uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona.¹

Debido a su influyente contribución para la filosofía del derecho y la filosofía política, Dworkin recibió en el año 2007 la presea *Holberg International Memorial in the Humanities* por «sus innovaciones en el trabajo académico»² de «impacto mundial»³. Es también catedrático en la Universidad de Oxford, fue alumno de Hart y sucesor del mismo en su Cátedra.

Es por eso, que he considerado importante indagar sobre su pensamiento y propuestas teóricas. Específicamente me centraré en su obra *Los Derechos en Serio*, y la parte que me interesa es la relativa a los llamados casos difíciles, así como, la labor que tienen los jueces cuando uno de estos casos se les presenta.

Considero que en la actualidad, es un problema no menor la función que tiene frente a este tipo de casos. Esto por una parte, nos invita a reflexionar sobre las decisiones judiciales que se han tomado ante casos de esta naturaleza y por otra parte, nos estimula sobre la calidad que esas decisiones pudieran tener en un contexto argumentativo. Para ello, debemos considerar qué es lo que limita la función jurisdiccional para resolver los casos difíciles de la mejor manera, así como cuáles podrían ser las alternativas de solución, considerando sobre todo la propuesta de Ronald Dworkin.

¹ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, 2ª ed., Trad. Marta Gustavino, España, Ariel, 1989, p.7.

² Consultado en: <http://www.goodreads.com/author/show/122515.Ronald_Dworkin>

³ Consultado en: <<http://www.nybooks.com/contributors/ronald-dworkin/>>.

Estas son algunas de las razones por las cuales me ha resultado especialmente atractivo dicho tema, sobre todo para presentarlo como un trabajo de investigación.

En relación con el tema de los casos difíciles, en principio, lo que puede ayudar a delimitar de manera más clara la problemática, es plantear algunas interrogantes que tomaremos como punto de partida y son las siguientes: ¿Qué debemos entender por caso difícil?, ¿Qué puede hacer un juez para resolver un caso difícil?, en este sentido, ¿Son las reglas suficientes para resolver los casos difíciles?, ¿Qué papel juega la existencia de los principios frente a las reglas?, ¿Qué implica la discreción judicial, como forma de solución en dichos casos?, ¿En qué consiste la tesis del juez Hércules de Ronald Dworkin?. ¿Qué importancia cobra el constructivismo judicial?, ¿Es posible la aplicación de dicha tesis en la actualidad?

En el presente ensayo se pretende dar respuesta a dichas interrogantes, para ello tomamos en cuenta por lo menos dos aspectos que consideramos importantes. El primero, es el pensamiento de Ronald Dworkin, respecto los casos difíciles, así como su propuesta de solución. El segundo, se considera de manera general la tarea del juez en la práctica judicial actual, así como los problemas a los que se enfrenta en los casos difíciles, por supuesto, no desvinculado del pensamiento de Dworkin y la aplicación que su propuesta teórica de solución pudiera tener en nuestros días.

Considero que para poder llegar a tener una perspectiva más completa del problema, es importante contar con una visión teórica-práctica sobre los casos difíciles, y el modelo constructivista.

A partir del planteamiento que precede, podemos sugerir como hipótesis, que la solución de casos difíciles es posible si se reconoce que el concepto del derecho que proporciona el positivismo jurídico es insuficiente para darle solución a dichos casos, ya que reduce el derecho únicamente a normas.

Por lo tanto, lo que se debe hacer, en un principio, es concebir al derecho de un modo más amplio, lo cual implica el reconocimiento los principios⁴, como parte del orden normativo.

Dichos elementos adquieren importancia, mediante la construcción de argumentos o una teoría argumentativa que le den el fundamento suficiente a dichas soluciones, de tal manera que se demuestre que en ningún caso el juez ha excedido los límites que establece el Derecho.

II. LÍMITES DEL ORDEN NORMATIVO EN RELACIÓN CON LOS CASOS DIFÍCILES Y LA POSICIÓN DEL JUEZ FRENTE A ESTE TIPO DE CASOS

Una de las principales limitantes que presenta el orden normativo para la solución de los casos difíciles desde la perspectiva de Ronald Dworkin es por un lado, la visión reduccionista del Derecho que presenta el modelo positivista jurídico, que implica que el mismo se agota en un sistema de normas únicamente.

En este contexto, el modelo positivista⁵, lo que hace es brindar como alternativa de solución para dichos casos la tesis de discrecionalidad judicial, misma que debería ejercer el juez para poder respuesta a casos de esta naturaleza. En contraste con esto, la solución que presenta el profesor Dworkin implica ver la importancia que tendría considerar la existencia de principios y no sólo de normas, pero dentro del propio sistema jurídico, las cuales ayudarían a resolver los casos difíciles que se le presenten, pero sin exceder los límites establecidos por el derecho para llegar a

⁴ Dworkin plantea que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una *respuesta correcta* a un caso difícil. *Vid.* DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p.13.

⁵ *Ibidem*, p.14. En la tradición positivista se mantiene la tesis de la discreción judicial, en caso de que no exista una norma exactamente aplicable, el juez debe decidir discrecionalmente.

lo que nuestro autor en comentario denominaría la búsqueda de la *respuesta correcta*⁶. Y finalmente relacionado con lo anterior, analizaremos la tarea del juez Hércules para poder encontrar y dar la respuesta correcta a los llamados casos difíciles.

A) CASOS DIFÍCILES

Un caso⁷ difícil⁸ es aquel que no encuentra una solución en el sistema de normas, debido a que no cuenta con una norma que se pueda aplicar exactamente al caso. La tradición positivista brinda como alternativa de solución, la tesis de la discreción judicial, sin que en ninguna manera se entienda que la misma es ilimitada⁹.

⁶ *Ibidem*, p13. En la tesis positivista, el derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean, por la concepción reduccionista que se tiene del derecho como un sistema integrado solo por normas.

⁷ En general, el caso para el juez y la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolverlo en términos jurídicos. *Vid.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9ª ed., trad. Marina Gascón, España, Trotta, 2009, p.136.

⁸ En oposición a los casos difíciles, están los casos fáciles son aquellos en los que no existen problemas con ninguna de la premisas (normativas ni fácticas), son también llamados los “casos rutinarios”.

Hacer el distingo entre los casos fáciles y difíciles tiene sentido para efectos de determinar la forma que tomarán las decisiones judiciales en cuanto a su justificación y que según Manuel Atienza puede ser de dos tipos: justificación interna o de primer nivel tratándose de los casos fáciles y la justificación externa o de segundo nivel, es necesaria tratándose de los casos difíciles. *Vid.* ATIENZA, Manuel y VIGO L., Rodolfo, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, Biblioteca de Porrúa de Derecho Procesal Constitucional 42, México, Porrúa, 2011, p.25.

⁹ Véase la clasificación del modo en que la discrecionalidad se puede presentar, a saber: 1) Discreción en sentido débil, discreción en sentido débil diferente, discreción en sentido débil diferente. Lo que significa que la discrecionalidad que ejercerá el juez no es ilimitada. *Vid.* DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, *cf.* pp.83-86.

Esta sostiene que el juez debe decidir discrecionalmente para el supuesto de que no exista norma exactamente aplicable, es decir, el caso concreto se encuentra fuera de la zona de certidumbre según Hart. También plantea la idea de que el derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se presentan. Y bajo esta circunstancia el juez tendría discrecionalidad para decidir en uno u otro sentido, acorde a la teoría positivista.

Si para analizar dicho problema, tomamos como punto de partida el hecho de que, lo que conflictúa la solución de casos difíciles¹⁰ en un modelo positivista, es la visión reduccionista que se tiene del derecho a simplemente un sistema de normas jurídicas, encontramos entonces que sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial.

Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro autor, el hecho de que no exista norma que subsuma exactamente el caso concreto no significa que dicho problema no tenga solución, él mismo sostiene que los casos difíciles tienen solución y que hay una *respuesta correcta* que se encuentra en un material jurídico completo que además de contemplar a las normas incluye principios y directrices políticas.

¹⁰ Manuel Atienza menciona que para poder saber si se está frente a un caso difícil hay que identificar en primer lugar, ante qué tipo de problema nos encontramos. Y plantea que en general puede haber 4 tipos de problemas, a saber: 1) cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable. 2) cuando existen dudas sobre la interpretación de la norma aplicable al caso. 3) Problema de prueba, cuando existen dudas sobre si determinado hecho ha tenido lugar. 4) Problemas de clasificación, cuando existen dudas sobre si un hecho no discutido cae en el campo de aplicación del supuesto de hecho que plantea una norma. *Vid.* ATIENZA, Manuel, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”, *Isonomia. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, México, no.1, octubre de 1994, p7.

Esto implica dejar de lado la tesis de la discreción judicial que propone el modelo positivista de Hart, como opción para darle solución a dichos casos.

La tesis de la discreción judicial significa que, el juez crearía derechos y obligaciones a partir de que la solución para dichos casos no está contemplada en una norma, y esto devendría en una violación al principio de no retroactividad en perjuicio de persona alguna¹¹, y en ese sentido es la crítica de Dworkin al tópico de la discrecionalidad judicial, que resulta contraria y contrastante en un régimen de libertades, derechos y seguridades que en todo Estado moderno debe existir a favor de los propios gobernados.

La propuesta de Dworkin es concebir al Derecho como un concepto más integral mediante el *modelo de las normas*, lo cual hará posible que el derecho como concepto, sea “*inclusivo*” de otros elementos denominados principios morales además de directrices políticas que implica que no sea “*exclusivo*”¹² de normas jurídicas¹³. A partir de lo anterior, se podría construir una teoría de la argumentación orientada en principios, misma que propone

¹¹ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 15 y 18.

¹² Según Norberto Bobbio, las distintas concepciones acerca del derecho se pueden reducir a tres: a) las que consideran al derecho como una institución social; b) las que consideran al derecho como una relación intersubjetiva, y c) las que lo consideran como un sistema de normas o reglas. *Apud.* CÁCERES NIETO, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM IIJ, 2007, p. 35.

¹³ Eduardo García de Enterría, nos muestra en su obra como a través de la historia general del derecho, en diferentes etapas se ha asociado la idea del Derecho con el concepto leyes y dice que la ley a acompañado al Derecho desde sus orígenes. Sin embargo, también señala que en siglo VIII los filósofos ilustrados concibieron una nueva idea de la ley en donde se considero a la misma más como un género filosófico que como mera técnica legislativa. Brinda como ejemplo de que Montesquieu traslada el concepto de ley natural. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, España, Civitas, 1999, pp. 17-19.

Dworkin mediante los cuales se podrán justificar de una mejor manera la decisión judicial, en la búsqueda de la *respuesta correcta*, que se determine como solución al caso difícil.

Lo que resulta realmente relevante en relación a esto, es admitir que tanto los principios morales como las directrices políticas forman parte de ese modelo de las normas. Porque aún cuando *explícitamente* no se consideren algunos derechos y obligaciones, estos preexisten, y el juez al aplicarlos estaría aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que significa que no saldría del criterio estrictamente normativo, sin que esto implique que está aplicando retroactivamente una norma.¹⁴

El modelo de las normas que propone el propio Dworkin, permite identificar a los principios morales y a las directrices políticas mismas que van a tener un rasgo distintivo trascendental, es decir, se van a identificar por su contenido y fuerza argumentativa.¹⁵

En este sentido, se le debe exigir al juez la búsqueda de criterios y la construcción de teorías y argumentos que sirvan para la justificación de sus decisiones. Mediante la argumentación que le permitan dar una explicación en razón de cual ha optado por aplicar determinado principio o directriz.¹⁶

¹⁴ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ *Ibidem*, p. 9.

¹⁶ *Ibidem*, p. 14.

B) DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS

Detenernos a considerar cuál (es) son las diferencias¹⁷ entre normas y principios¹⁸ resulta de gran importancia porque es precisamente a través del modelo de normas que nuestro autor le da solución a los casos difíciles, al establecer que se debe tomar en cuenta el *material jurídico completo* que incluye además de normas, principios y directrices políticas.¹⁹

El problema con la aplicación de las normas es que en general suele ser más automatizada, al momento en que sin ningún problema se actualiza el hecho fáctico en las hipótesis normativa²⁰, o bien ejerciendo la discrecionalidad judicial opción que por cierto brinda, el modelo positivista de Hart como forma para dar solución de los casos difíciles, lo que implicaría crear leyes nuevas trasgrediendo el principio de irretroactividad en perjuicio de alguna persona.

¹⁷ Para Riccardo Guastini, la distinción recurrente en los discursos de los *juristas* así como en las fuentes normativas puede ser entendida al menos en dos sentidos. En *sentido fuerte* (como una oposición) los principios no son normas, sino algo distinto de las normas. En *sentido débil*, los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas. Vid. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Trad. Jordi Ferrer i Beltran, Barcelona, Gedisa, 1999, pp.143-145.

¹⁸ Zagrebelsky menciona que la distinción esencial entre las reglas y los principios es que las reglas nos proporcionan un criterio de comportamiento sobre nuestras acciones y por lo tanto deben ser obedecidas. En cambio a los principios se les presta *adhesión* y no obediencia en el mismo contexto de las normas, además que éstos nos proporcionan criterios para tomar *posición* frente a un caso concreto. Vid ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p.14.

²⁰ Dice Dworkin, mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado y en este sentido a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. *Ibid*, p.9.

Situación que no ocurriría con la aplicación de los principios ya que Dworkin piensa que las decisiones judiciales deberían ser auténticas reflexiones normativas orientadas y construidas a través de principios y no como muchas veces suele ser en la práctica judicial acciones automáticas y en ocasiones arbitrariedades.

Además, si consideramos que la importancia de reconocer que el sistema no solo se agota en normas y que la solución a los casos difíciles la encontramos en la aplicación de los principios que también forman parte de las normas es decir, que tienen esa característica importante de ubicarse dentro del sistema normativo, se concluiría que con dicha aplicación, no se rebasarían límites establecidos por el derecho, de acuerdo al modelo planteado por el positivismo, porque se estarían aplicando normas obligatorias.

Dworkin brinda la definición de principio y nos dice que es un tipo de estándar que no son normas y que representa una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.²¹

Una de las principales características de una norma es que prevé consecuencias jurídicas ²²(en forma de sanción) para el caso de que se actualice la hipótesis normativa contenida en la propia norma ya que generalmente una norma suele ser permisiva o prohibitiva, y en este sentido, se aplicarán automáticamente.

Situación que no ocurre con los principios ya que estos, a decir de Dworkin no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación sino que más bien, enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Es decir, tienen un carácter indicativo.

²¹ *Ibidem*, p. 72.

²² Según Riccardo Guastini, la distinción entre normas y principios en sentido *fuerte* es una distinción *lato sensu*, en la cual no se negaba que los principios fueren en algún sentido normas sino más bien lo que se negaba es que fuesen eficaces, es decir inmediatamente productoras de efectos jurídicos. GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p.143.

Para distinguir entre normas y principios²³ nuestro autor, comienza por establecer que entre ambas existe una distinción que es una de carácter lógico. Respecto a las normas nos dice que son aplicables en forma disyuntiva.

Distinción lógica

Forma disyuntiva. Significa que las normas tienen excepciones y para que su enunciado sea completo o preciso es importante que se incluya en el mismo todas y cada una de las excepciones, situación que no es necesaria con los principios ya que los mismos no establecen consecuencias jurídicas que se sigan en automático cuando se satisfacen las previstas como es el caso de las normas.²⁴

1. Una de las principales características de una norma es que prevé consecuencias jurídicas (en forma de sanción) para el caso de que se actualice la hipótesis normativa contenida en la propia norma y en este sentido, se aplicarán automáticamente ya que generalmente una norma suele ser permisiva o prohibitiva, por ejemplo. Situación que no ocurre con los principios ya que estos, a decir de Dworkin, no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación sino que más bien, enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Es decir, tienen un carácter indicativo.²⁵
2. Las normas jurídicas pueden ser legalmente válidas pero en

²³ Riccardo Guastini, señala que la distinción entre principios y reglas ha sido trazada en no menos de cinco modos, esto coincide o se relaciona con lo que Gustavo Zagrebelsky cuando afirma que la literatura sobre el modo de entender la diferencia entre principios y las reglas jurídicas es extensísima lo que constituye una demostración elocuente del carácter problemático y de la relevancia que implica tal distinción. *Vid.* GUASTINI Riccardo, *op cit.*, p.145.

²⁴ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ Según Atienza y Ruiz Manero, mientras que los principios configuran los casos de manera abierta, las reglas lo hacen de forma cerrada. Porque cuando las reglas cumplen las condiciones de su aplicación, los órganos jurisdiccionales

su contenido totalmente injustas. Por su parte, un principio puede ser no legalmente válido o vinculante pero totalmente justo. No resulta una novedad, dicho en palabras de Dworkin, que con frecuencia muchas personas se beneficien de manera perfectamente legal de sus injusticias. Es decir, aquí la diferencia parte de los intereses que persigue la norma por su parte en contraste con las pretensiones que puede tener un principio. Por ejemplo, una norma puede contener y amparar conductas que son totalmente contrarias a uno o varios principios.²⁶

La dimensión del peso e importancia

1) Los principios tienen una dimensión que las normas no tienen: la dimensión del peso o la importancia. Cuando se presenta la situación en la que dos principios se interfieren o se tensan entre sí, es cuando la característica del peso cobra importancia porque es justamente a través de la asignación de un peso relativo a cada

diccionales excluyen su juicio respecto de las razones aplicables y toman como base de su resolución simplemente el contenido de la regla. En cambio los principios no están destinados a excluir la deliberación del órgano jurisdiccional de su resolución, sino que constituyen razones de primer orden para resolver el caso en determinado sentido. *Apud.* RÓDENAS, Ángeles, *Razonamiento judicial y reglas*, México, Fontamara, 2000, pp. 37-39.

²⁶ Para Luigi Ferrajoli, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, una norma puede ser válida en dos sentidos. El primero, puede poseer validez formal o vigencia que supone el cumplimiento de los requisitos de forma y procedimiento. El segundo, la validez sustantiva que implica satisfacción de criterios de contenido, que de manera relevante pero no exclusiva están incorporados en los derechos fundamentales. Desde este punto de vista puede haber derecho válido, formalmente vigente, pero que desde parámetros establecidos por el propio derecho, puede ser considerado “derecho jurídicamente ilegítimo”. *Apud.* ATIENZA, Manuel, *op.cit.*, p.10.

uno de los principios como se podrá resolver el conflicto de cuál es el que prevalecerá para el caso en particular de que se trate.²⁷

En el caso de las normas cuando hay un conflicto se decide entre las dos cuál es válida y en ese sentido, una excluirá a la otra ya sea derogándola o bien reformándola, otra alternativa es tomando como criterio la especial, o la que determina un tribunal superior que deba ser a la que se le de aplicación.

Finalmente, el autor en comento no establece de manera detallada a lo que se refiere el peso y la importancia pero si ejemplifica con casos famosos del derecho estadounidense como son los de *Riggs v. Palmer* y el de *Heninningsenn v. Bloomfield Motors Inc.*²⁸

C) LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

La alternativa de solución para los casos difíciles, que presenta el modelo positivista es la teoría de la discreción judicial. Dentro de este modelo se considera que cuando los casos caen dentro del núcleo de certeza o zona de certidumbre el juez tiene la obligación de aplicar la norma, en razón de que la norma que será aplicada si prevé el caso que se le presenta. En cambio, los casos difíciles son los que caen en la zona de penumbra, es decir, se ubican en ese ámbito que no es cubierto o abarcado plenamente por el sistema normativo, en razón de que no hay norma exactamente aplicable al caso, y en ese sentido, la obligación del juez será ejercer discrecionalidad.

²⁷ Robert Alexy apunta que a la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación: a las normas la subsunción y a los principios la ponderación. Es justamente en el ejercicio de ponderación donde los factores peso e importancia que menciona Dworkin, serán considerados. *Vid.* ALEXY, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", *Isonomia Revista de teoría y filosofía del Derecho*, México, no.1, octubre de 1994, p 45.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *op.cit.*, *cfr.*, pp.73-77.

Uno de los argumentos que utilizan para defender la teoría de la discrecionalidad judicial es para referirse a que dicha teoría es utilizada únicamente en algunas ocasiones en que los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de las normas jurídicas, es decir, utilizan el término *discreción* en un sentido débil y para comprender a lo que nos referimos con lo anterior es preciso que observemos la explicación que el autor en comentario proporciona.

Dworkin nos explica la teoría de la *discreción* mediante la siguiente clasificación:²⁹

- a) *Discreción en sentido débil*. Se presenta cuando un funcionario tiene que aplicar normas pero que su aplicación se torna difícil porque no se pueden aplicar de manera mecánica, sino que exigen discernimiento.
- b) *Discreción en sentido débil diferente*. Se da cuando un funcionario tiene la autoridad última para tomar una decisión sin que ésta pueda ser anulada o revisada por ninguna otra autoridad superior.
- c) *Discreción en sentido fuerte*. Es posible que se dé cuando la persona que decide no está vinculada por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Sin embargo, en este contexto la palabra *discreción* no es equivalente a la libertad sin límites ni excluye la crítica ya que la persona que actúa pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia.

Las formas de *discreción* por las que optan los positivistas es la de *discreción en sentido débil y fuerte*. Respecto de la *discreción en sentido débil* aplica para los supuestos en que la norma no es lo suficientemente clara, ya que se plantean algunos casos en los que ninguna norma establecida parece ser adecuada y en ocasiones por su “vaguedad” (lo que Hart denomina en las reglas de este tipo de “textura abierta”)³⁰ resultan ser confusas y en esos

²⁹ *Ibidem, cfr.*, pp.83-86.

³⁰ *Ibidem, cfr.*, p.87.

momentos es cuando los jueces deben hacer ejercicio de la discrecionalidad y además bajo esas circunstancias se encuentran verdaderamente ante situaciones de angustia para poder encontrar la solución. Además, resulta ser frecuente que ante el mismo caso dos jueces en las mismas condiciones de experiencia y de conocimiento discrepen en cuanto a la solución a la que han llegado.

En la crítica de Dworkin esto es lo que resulta problemático. Y es cuando el tópico de los principios encuentra verdadero sentido al plantearse como un descubrimiento y no como una tautología.

Decimos que resulta ser un descubrimiento por que la existencia de los principios así como su aplicación es algo que los positivistas no se habían planteado, para darle solución a los casos difíciles. Y que sin duda es producto del razonamiento de los propios jueces para encontrar la salida en los ya multicitados casos difíciles.

Por lo que respecta al sentido fuerte. Según la descripción de los casos difíciles ofrecida por Hart dado que no hay normas claras, ninguna de las partes involucradas tiene derechos ni deberes antes de que el juez los establezca *ex post facto* en la sentencia, lo cual constituye una aplicación retroactiva del derecho.³¹

Es decir, que cuando un juez hace ejercicio de la discreción en este sentido, crea derecho, crea nuevas normas de la nada, ya que dentro del sistema normativo simplemente no hay regla clara o aplicable al caso concreto que se le plantea. Situación que es contraria a derecho en virtud, de que viola el principio de no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna.

Este aspecto resulta de lo más relevante puesto que no puede ser entendido en el contexto de un Estado Democrático³², en virtud de que viola el mínimo de derechos de los ciudadanos.

³¹ HART, H.L.A., *La decisión judicial. El Debate Hart –Dworkin*, Estudio preliminar César Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, p.77.

³² En una democracia, el principio de soberanía popular, implica que las leyes deben ser expedidas por los representantes de los ciudadanos, tratán-

Por lo tanto el rechazo de la tesis de la discrecionalidad judicial para Dworkin, abre el camino para la formulación de un modelo que solucione los casos difíciles pero desde el contexto de un Estado democrático de Derecho, es decir, aquél que sí toma a la democracia y a los derechos en serio.

El sistema normativo les asigna a las normas las características de la inalterabilidad y juridicidad, así como la aplicación obligatoria que representa para los jueces. Entonces Dworkin crítica la teoría de la discrecionalidad judicial justo desde ese punto, por que los jueces al modificar las normas pondrían en duda los valores otorgados por el modelo positivista del sistema normativo. Lo que daría lugar a la aplicación de los principios para resolver los casos difíciles.

Dworkin también plantea que si se establece un orden jerárquico de principios en donde el juez este obligado a elegir entre un tipo de principio sobre otro, su discrecionalidad simplemente desaparece. Porque parte de un tipo de estándar que es un principio ligado a un orden establecido entre los mismos sin crear normas retroactivamente.

III. LA TESIS DEL JUEZ HÉRCULES COMO MODO DE SOLUCIÓN A LOS CASOS DIFÍCILES EN RELACIÓN CON EL CONSTRUCTIVISMO JUDICIAL

El positivismo dominante plantea como tesis para la solución de los casos difíciles, aplicar la discreción judicial. Esto bajo la circunstancia de que no exista una norma exactamente aplicable al

dose de democracia indirecta, en la cual los funcionarios que intervienen en el proceso legislativo representan los intereses de la sociedad por la cual fueron electos y a la que representan. Por lo tanto el ejercicio de potestades legislativas por parte de los jueces, funcionarios designados vías diferentes a la elección desvirtúan el principio democrático y significa una ocupación del ámbito de competencia de otros poderes públicos. *Ibidem*, p. 77.

caso que de solución al mismo, entonces el juez tiene “discreción” para resolver en uno u otro sentido. Lo cual significaría que una de las partes tendría derechos preexistentes para ganar el proceso. Pero eso Dworkin lo critica y dice que no es más que una ficción. Porque lo que en el fondo sucede es:

1) El juez ha introducido nuevos derechos, para aplicarlos con posterioridad de manera retroactiva al caso concreto. Situación que vulnera las garantías mínimas de derechos de cualquier gobernado.

El señalamiento de Dworkin, en ese sentido, es que el deber del juez es descubrir cuáles son esos derechos de las partes que les permitirán ganar el proceso, esto en lugar de inventar nuevos derechos para aplicarlos retroactivamente.

En este sentido, Dworkin presenta como propuesta un modelo de la función judicial en el que, el juez debe encontrar *la respuesta correcta*³³. En este modelo el juez siempre encuentra la *respuesta correcta* en el derecho preestablecido para solucionar los casos difíciles, pero sin hacer ejercicio de la discreción, en donde la verdadera respuesta va a tener fundamento en aquella teoría elaborada que la justifique de la mejor manera tomando como material aquel que Dworkin ha denominado el material jurídico completo que incluye a los principios también y además de las normas.³⁴

Lo anterior sólo es posible mediante la ficción del juez Hércules, que es un tipo de modelo de juez omnisciente que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Y además, aquel que, dicho en las palabras de nuestro autor

³³ Para Manuel Atienza, para llegar a la *respuesta correcta* debemos acudir a una instancia ideal, como el juez Hércules de Ronald Dworkin, en este contexto la respuesta correcta sería aquella a la cual llegaría un ser racional que es aquel que respeta las reglas del discurso racional. *Vid.* ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 67.

³⁴ DWORKIN, Ronald, Ronald, *op. cit.*, p. 146.

“Para este propósito he inventado un abogado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobre humanas, a quien llamaré *Hércules*”.³⁵

El cual debe aplicar la teoría de los derechos cuyo objetivo es salvaguardar los derechos subjetivos en el régimen democrático y conforme a los principios e historia institucional como novela es serie. Además de, aplicar dicha tesis debe elaborar una teoría integral.

Antes de dar la explicación resulta interesante abordar los puntos centrales de la teoría de los derechos en relación con la función del juez en la solución de los casos difíciles.³⁶

La tesis de los derechos está centrada en el análisis de las controversias judiciales.

a) En todo proceso judicial existe un juez con la función de decidir el conflicto.

b) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quien corresponde vencer.

c) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable.

d) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho.

e) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y los principios que los fundamentan.

f) El juez fundamenta su decisión en un principio preexistente no inventa ningún derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo.

³⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Trad. Claudia Ferrari, España, Gedisa, 1988, p. 177. La figura del Juez Hércules vuelve a aparecer.

³⁶ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 18.

Entonces la tarea del juez Hércules comienza cuando se le presentan casos difíciles que a diferencia de los casos fáciles, no se aplican de manera mecánica, porque se presenta la imposibilidad de aplicar una norma que se subsuma de manera exactamente a la hipótesis normativa prevista en la ley, es decir, se acaban las normas claras y precisas conforme a las cuales se pueda resolver.³⁷

Pero para resolver el juez Hércules no podrá hacer uso de la teoría de la discreción, lo que debe hacer es crear una teoría argumentativa en la que de cuenta de que existe la posibilidad de aplicar un principio o derecho no establecido de manera explícita en la norma, lo interesante en este sentido, es que el juez tiene que demostrar que dicho principio subyace a la norma y además que pertenece a dicho sistema, al de las normas previamente establecidas.³⁸

A) LA TAREA DEL JUEZ HÉRCULES

La tarea del juez³⁹ Hércules para la solución de casos se desenvuelve en un contexto de la autonomía judicial y las prácticas propias de su profesión. Y si un juez acepta las prácticas reconocidas en su sistema jurídico entonces podemos afirmar que de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política debe aceptar alguna teoría política general que justifique dichas prácticas. Cabe mencionar, que para poder aplicar una teoría política general es importante tomar como recursos a los conceptos de intención de la ley y de principios del derecho consuetudinario.

³⁷ *Ibidem*, p.13.

³⁸ *Ibidem*, p.15.

³⁹ Es interesante conocer uno de los pasajes más celebres de *De L'Esprit des lois*, obra de Montesquieu en donde se simboliza la figura del juez como: "la bouche qui prononce les paroles de la loi", es decir la boca que pronuncia las palabras de la ley, en relación con la visión positivista que se tiene del juez y su tarea. *Apud.* CALVO, José M., *Derecho y narración materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.107.

Lo anterior, se explica de mejor forma si tomamos el primero de los conceptos que es la intención de la ley, importa en la medida en la que crea un puente entre la justificación política de que las leyes crean derechos y por su parte plantea en relación a los casos difíciles la cuestionante de qué derechos ha creado una ley determinada.

Por su parte el papel que juegan los principios no es menor, en virtud de que, se considera que los mismos están en “la base de” o “incorporados en” las normas jurídicas positivas. Y en virtud de los principios de derecho consuetudinario un caso debe resolverse de manera semejante a otro que se le asemeje.

El profesor Dworkin comienza por plantear algunos casos en los que el juez filósofo debe elaborar teorías en las que se determine por ejemplo, cual es la intención de la ley y los principios jurídicos. Los casos son los siguientes:

Caso 1

1. Este caso es referido a la estipulación que se establece en la constitución de que ninguna ley será válida si establece una religión.⁴⁰

El caso se va desarrollando de la siguiente forma:

Se promulga una ley que les concede transporte escolar gratuito a los niños de escuelas parroquiales.

La pregunta en este sentido es la concesión, ¿establece una religión? Pero lo que Hércules tiene que decidir es: si la niña que está ante él tiene derecho a su transporte escolar.

- La constitución provee un esquema político general, lo suficientemente firme como para darlo por sentado por razones de equidad. A partir de esto la tarea de Hércules es delimitar de manera exacta cuál es dicho esquema de los principios fijados por la misma. Este objetivo, lo logrará mediante la construcción de una teoría cons-

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 177.

titucional, que no podría explicarse cabalmente sin tomar como referente, una teoría política que justifique a la constitución en su totalidad.

- Previamente debe hacer un estudio de la filosofía política en cuanto se refiere a la forma en cómo el Estado está estructurado y organizado, y en especial a las libertades.
- La adecuación de dicha teoría a la legislación que regule el caso concreto.
- Tal adecuación debe ser tratada como un problema de filosofía política y no como mera subsunción.
- Debe además organizar una teoría de la constitución, configurada como un complejo de principios y directrices políticas que justifique ese sistema de gobierno.
- Debe enriquecer esa teoría refiriéndose a la filosofía política y a los detalles de las instituciones.
- A su vez debe crear teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema.
- Poner a prueba las teorías en función de la institución global.
- Cuando la prueba se agote elaborar los conceptos controvertidos de los que se vale la teoría triunfante.

Caso 2

Este caso presenta un problema de interpretación respecto de la aplicación entre las leyes local y federal. Esto resulta ser un conflicto derivado de la redacción de la ley, es lo suficientemente amplia como para que se le pueda aplicar al caso. Para determinar cuál es la aplicable al caso concreto, se tiene que tomar como punto de partida qué de manera previa ya se ha elaborado todo el esquema de solución que se dio al caso anterior.

Posteriormente, Hércules deberá hacer lo siguiente:⁴¹

- Si una ley modifica o altera ciertos derechos, lo que Hércules debe hacer en un primer momento es preguntarse por qué la ley tiene tal poder.
- La respuesta la hallará en su teoría constitucional, que por ejemplo puede establecer que un parlamento elegido democráticamente es el órgano adecuado para tomar decisiones colectivas referentes a qué comportamientos serán considerados como delitos. En la misma encontrará argumentos de carácter político y con fines colectivos que le serán de gran ayuda para justificar dicha respuesta.
- Para justificar a la ley debe elaborar una teoría política especial pero sin dejar de considerar las responsabilidades de los legisladores al crearla. Así como, a los argumentos de principio y políticos que pudieran existir para promulgarla.
- La reformulación de la ley que se refiera de una manera más precisa a los casos para los cuales fuera promulgada.
- A partir de ello la interpretación correcta del sentido de la ley, y por lo tanto la decisión sustentada en las necesidades a regular, y el respeto de los derechos de los ciudadanos ante cualquier ley que pretenda limitar sus derechos.
- Con base en lo anterior, se decide en qué casos se debe emplear la ley federal y en cual resulta más conveniente aplicar la local para resolver el caso concreto que se presente.

Algunas consideraciones sobre la labor de Hércules

Es importante detenernos en este punto y reflexionar que en la tarea del Juez Hércules se ha excluido ejercicio de la discrecionalidad judicial por un lado, sino que se ha buscado dar una solución

⁴¹ *Ibidem*, pp.179-182.

que no violente ni los principios jurídicos, morales y derechos políticos del ciudadano.

Por otro, nuestro juez ha incluido el reconocimiento de la existencia de los principios y directrices políticas para poder resolver dichos casos. Lo que implica reconocer que el derecho no se agota solo en normas y al hacer esta consideración, se da cuenta que aunque las normas resulten ser insuficientes para resolver dichos casos puede echar mano de ese material jurídico completo que incluye a los principios además de directrices políticas.⁴²

Sin embargo, esto no ha sido suficiente en su labor, que como veíamos en los casos anteriores cada uno de ellos implico de entrada cubrir una serie de exigencias teóricas mínimas pero complejas. Sin embargo, lo anterior no resulta ser suficiente en su muy detallada labor ya que para que la labor de Hércules en la solución de los casos difíciles resulte exitosa deben sumarse elementos como lo son la coherencia y la integridad así como la fuerza gravitacional del precedente.

Respecto a esto, lo que se busca es que sea congruente con la manera en cómo casos semejantes ha sido solucionados con anterioridad y para lograr dicho fin deberá iniciar por determinar la fuerza gravitacional del precedente.

Para poder hacer referencia de lo que implica la fuerza gravitacional del precedente es importante mencionar que fue característico del estilo judicial angloamericano, que a partir de los precedentes se intentará componer enunciados de carácter canónico, de tal manera que uno pudiera referirse a la norma del caso *Rylands v. Fletcher*. Intentando crear una especie de fórmula canónica, a partir de la norma establecida por el caso en el precedente que de alguna manera sintetizaba las razones o justificaciones de una decisión. Esas formulas de carácter canónico fueron criticadas por Hércules porque se pretendía aplicarlas como una especie

⁴² *Ibidem*, p.13.

de fórmula que podría resolver todo caso controvertido semejante.⁴³

Hacer referencia en un primer momento a lo que debemos entender por precedente, es importante para poder comprender el papel que juega en la labor del juez Hércules. Un precedente es la constancia de una decisión política previa. Ahora bien, esa decisión, como hecho de la historia política, debe ofrecer una razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro.⁴⁴

La fuerza de los precedentes descansa en la idea de la equidad, misma que plantea que los casos semejantes deben ser resueltos de manera semejante. Justamente en razón de que el precedente, como decisión que ha pasado a ser parte de la historia política, debe servir como referente para ser aplicado a los casos semejantes, esto derivado de su carácter de fuerza gravitacional.

Por lo que respecta a la idea de la equidad, es importante mencionar que la decisión debe estar basada en argumentos que tomen como base los principios y no en las decisiones de carácter político. Hércules llegará a la conclusión de que esta doctrina de la equidad⁴⁵ es la única que ofrece una justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Por ello, la equidad como principio debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio que permitan justificar de manera satisfactoria tales decisiones.

⁴³ *Ibidem*, p.183.

⁴⁴ *Ibidem*, p.185.

⁴⁵ Es interesante ver como algunos proverbios explican la idea de equidad. Por ejemplo *equitas nihil aliud est quam lex scripto praetermisit que es traducido como: "la equidad no es otra cosa que el derecho que la ley no ha plasmado por escrito. O bien, Placitum in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*, que significa "es bueno que, en todas las cosas, se prefiera la razón de la justicia y de la equidad a la del derecho escrito". *Apud. GÓMEZ GALLARDO, Perla, Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, IURE, 2009, p.175.

Lo anterior, cobra relevancia para los casos que se le presenten a Hércules en donde algunos de los precedentes pueden tomar la apariencia de haber sido resueltos, con base a los principios, y sin embargo, resulten ser precedentes que en el fondo lo que contienen son decisiones de carácter meramente político, situación que se opone a la propia esencia de los verdaderos precedentes. Ya que si se considerará el hecho de que una decisión encuentra su fundamento en un argumento de carácter meramente político, simplemente esa decisión no tendrá fuerza gravitacional.

En este sentido, es importante señalar que un precedente no puede tener fuerza de ley como aplicaría en el caso de la legislación.

De lo anterior, se puede decir que Hércules debe estar muy atento por si se le presentan este tipo de precedentes sometiendo-los a prueba y la manera de someterlos es a partir de la elaboración de una teoría de los errores, la cual servirá básicamente para analizar dos aspectos como lo son el carácter histórico así como la calidad de los precedentes.

Además, si desde el punto de vista teórico mediante la argumentación se demuestra que una ley está violando un principio y los derechos del ciudadano, el precedente sobrepondrá su fuerza sobre la misma a tal punto que estará en posibilidad de declarar que dicha ley no se podrá seguir aplicando por razones de analogía. En este sentido, la fuerza del precedente sí puede ser en algunos casos superior al de la ley.

También forma parte de la tarea del juez Hércules aplicar la teoría de los derechos en la solución de los casos difíciles, dicha aplicación es visible si se toma en cuenta y en este sentido si se respeta a la fuerza gravitacional que tiene como eje central a la equidad que no se podría explicar sin la congruencia respecto la aplicación de los principios en donde será de también labor de

Hércules determinar el peso y la importancia de los principios para dar solución a los caos difíciles.⁴⁶

Lo anterior, sólo puede tomar forma y solidez mediante una ardua labor argumentativa que teóricamente brinde el fundamento o sustento necesario de que su aplicación es posible en este tipo casos.

Otra de las labores interesantes y de un entramado complejo, se presenta en la ocasión, en la que Hércules tenga que justificar de manera coherente todos los precedentes de derecho consuetudinario mediante la elaboración de un esquema completo de principios abstractos y concretos que logren dicha justificación.⁴⁷

En este aspecto, Hércules hace referencia a dos posiciones que debe tomar en cuenta para dicha labor, las cuales son por un lado la posición vertical de los juzgadores que indica su poder de decisión en relación a su posición jerárquica.

En cambio la posición horizontal que refiere a que los jueces no deben prescindir de la congruencia al momento de aplicar los precedentes.⁴⁸

En esta compleja labor del juez resulta imprescindible considerar a dos tópicos importantes que son la integridad y la coherencia. Por lo que respecta a la integridad, se distingue por que descansa sobre la base de los principios por lo tanto deja de lado todo compromiso de carácter político.⁴⁹

Respecto a los principios es relevante mencionar que en relación con la congruencia la supera, yendo más allá que está por que la congruencia se refiere a que los jueces lo son cuando resuelven casos semejantes de manera semejante.

Sin embargo, decimos que la integridad va más allá porque no le resulta suficiente el hecho de que los jueces resuelvan de la

⁴⁶ MONTERO OLMEDO, Jimi Alberto, *Derecho y moral: Estudio introductorio*, México, Facultad de Derecho UNAM, 2011, *Cfr.* p.171.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p 185.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp.190-191.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp.160-163.

misma manera casos semejantes, esto en razón de que la búsqueda de la *respuesta correcta* implica mucho más que eso, y en este sentido, no puede perder de vista que dicha solución debe estar lo más apegada a los principios de la justicia y la equidad lo cual sólo se puede integrar mediante una labor discursiva y argumentativa del juez.

En un sentido más amplio se puede hablar de integridad como elemento unificador de toda la teoría normativa, por lo menos en el ámbito que corresponde a la conjunción entre derecho y moral, así mismo al ámbito de la política y el derecho, en relación al significado que tiene un Estado democrático, en este sentido, el respeto a los derechos políticos de los ciudadanos, así como a la comunidad de los principios.⁵⁰

Y en relación con el tema de los principios es relevante considerar dos aspectos. El primero de ellos es que el autor en comento sostiene que los principios son dinámicos por lo mismo cambian constantemente y con gran rapidez y todo intento por canonizarlos está condenado al fracaso.⁵¹

Si bien es cierto, que muchos de ellos han adquirido el carácter de universales, no se puede negar su evolución o cambio a través del tiempo y de una sociedad a otra. Por ello el segundo aspecto que resultará trascendente en la tarea del juez Hércules, cuando se encuentre en la búsqueda de *la respuesta correcta* que precisamente solucione el caso, es el hecho de la asignación del peso e importancia pero en función del caso que haya que resolverse. Donde resultará relevante considerar por un lado, la historia institucional, así como la coherencia e integridad en el uso del precedente, vinculado a una teoría de argumentativa que resista la crítica.⁵²

Sin embargo, es significativo reconocer que Dworkin no brinda detalles del proceso que se debería seguir para determinar un

⁵⁰ MONTERO OLMEDO, Jimi Alberto, *op. cit.*, p. 172.

⁵¹ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p 14.

⁵² *Ibidem*, p.179.

peso y una importancia para cada principio, también es innegable que en la actualidad sigue siendo una tarea imposible o que hasta la fecha ningún autor lo ha elaborado de manera que logre satisfacer a los filósofos del derecho.⁵³

IV. CONCLUSIÓN

Para poder expresar de mejor manera nuestra conclusión consideramos importante, tomar como punto de partida el desarrollo de un caso difícil, que en esta ocasión será el caso Grapo, que por cierto, nos brinda una oportunidad para poder apreciar la manera en la operan las limitantes del sistema normativo en la solución de los llamados casos difíciles.

A) CASO GRAPO ⁵⁴

A finales de 1989, varios presos de de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre se declararon en huelga de hambre con ello buscaban obtener la reunificación o conglomeración en un mismo centro penitenciario, esto representaría modificar la política del gobierno de dispersión de los presos por el delito de terrorismo.

Diversos jueces de vigilancia penitenciaria y Audiencias Provinciales tuvieron que pronunciarse en los meses sucesivos respecto a lo siguiente:

Cabría o no autorizar la alimentación forzada de dichos reclusos cuando su salud estuviera amenazada, precisamente como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre.

Se dio respuesta a este caso difícil desde tres ámbitos.

1. Órganos jurisdiccionales
2. Juristas, filósofos, etc. (“opinión esclarecida”)

⁵³ MONTERO OLMEDO, Jimi Alberto, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, pp. 52-58.

3. Opinión Pública.

Sin embargo, no llegaron a la misma conclusión, y las tres eran incompatibles entre sí.

La primera respuesta de la Sala de Primera Audiencia provincial de Zaragoza, consistió en determinar que la Administración está autorizada (o tiene la obligación) de alimentar a los presos por la fuerza aún cuando estos se encuentren en estado de plena consciencia y manifiesten en consecuencia, su negativa al respecto.

La segunda solución de la Audiencia Provisional de Zamora fue que la administración de sólo está autorizada a tomar este tipo de medidas cuando el preso ha perdido la consciencia.

También se presentó este problema ante el Tribunal Constitucional en dos recursos de amparo que dieron a otras tantas sentencias por parte de dicho tribunal, en donde finalmente se confirmó la primera de las soluciones antes indicadas.

El Tribunal Constitucional justificó su decisión mediante tres argumentos

- A) La no disponibilidad del derecho a la vida.
- B) La calificación de la huelga de hambre como actividad que persigue “objetivos no amparados por la ley”.
- C) La caracterización de la situación del preso como de sujeción especial con respecto a la Administración Penitenciaria.

Los contraargumentos son los siguientes:⁵⁵

- a) El derecho a la vida es un derecho de libre disposición en el sentido de que se tiene derecho a vivir o morir, pero no en el sentido de libertad negativa.⁵⁶

⁵⁵ *Ibidem*, pp.65-66.

⁵⁶ *Ibidem*, p.65. Manuel Atienza comenta que la libertad negativa se refiere a que el Estado no puede asumir un papel meramente no intervencionista, y en este sentido, en relación con el derecho a la vida el Estado no podría limi-

- b) El hecho de que el ejercicio de un derecho (considerado como fundamental) implique un obstáculo para llevar a cabo una determinada política gubernamental o que incluso en una situación de mayor dimensión, sitúe al Gobierno ante un auténtico dilema, no puede ser por sí misma, una razón válida para limitar dicho derecho de carácter fundamental.

Lo anterior se afirma en razón, de que en el supuesto de tener un derecho fundamental debe significar, que al menos en principio, ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él.

Si tomáramos en consideración tales razones, se tendrían que aplicar las mismas a diversas hipótesis que se presentarían frente a otro tipo de derechos de carácter fundamental como libertad de expresión, de manifestación, cuando con estos se persigan “fines ilícitos”.

- c) La afirmación de que el preso se encuentra en una situación de sujeción especial a la Administración del penal, supondría una limitante a los derechos del penado, en virtud de que éste posee los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, en relación a su vida y salud.

Por lo tanto la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa para configurar este tipo de limitante en su derecho fundamental, como ya comen-

tarse únicamente a no poner en riesgo nuestras vidas, como ocurre por ejemplo con el derecho a la libertad de expresión o la libertad de propiedad, donde el Estado asume únicamente una posición de no intervención y de garantía frente a intromisiones de terceros. Sino que además tiene deberes positivos, en el sentido de que debe poner los medios para garantizarnos la vida, (hospitales, asistencia médica adecuada, etc).

tamos en relación a su vida y a su salud. En ese sentido, se les tendría que hacer el mismo reconocimiento en cuanto al grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.

La tercera solución defendida en algunos medios de opinión pública plantea que la Administración no está autorizada a tomar tales medidas, ni siquiera en este último supuesto, es decir, cuando el preso ha perdido la consciencia.

Para Manuel Atienza la *respuesta correcta* al problema que plantea la huelga de hambre en el caso GRAPO, no es la contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional. Tampoco lo sería la defendida por el juez de Madrid, según la cual sólo podía alimentarse a los presos una vez que estos perdieran su consciencia. Para el autor en comentario la *respuesta correcta* es la tercera, la que determina que ni siquiera en el supuesto anterior de les puede alimentar por la fuerza.

Donde concluye que para llegar a la respuesta correcta, se tiene que recurrir no a una instancia real, sino a una instancia ideal como el juez Hércules de Dworkin.

Y cuando mencionó un caso difícil como lo es el Caso GRAPO que presenta por un lado varias respuestas posibles y por el otro, la búsqueda de la *respuesta correcta*. Seguramente nos remite al pensamiento de Ronald Dworkin y a la ficción de la figura del Juez Hércules que es aquel ser racional que puede encontrar la mejor respuesta ante la presencia de casos difíciles.

Dworkin mantiene la tesis de la búsqueda de la racionalidad. Y en un caso difícil la teoría sirve para que el juez decida con fundamento racional⁵⁷.⁵⁸

⁵⁷ La idea de la racionalidad se puede expresar mediante el discurso racional práctico ya que es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. *Vid.* ALEXY, Robert, *op. cit.*, p.48.

⁵⁸ Robert Alexy plantea la idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica y nos dice que la discusión de la estructura y de los problemas de

Finalmente y con relación a la hipótesis que sugerimos al principio del presente ensayo, se comprueba que el concepto del derecho que proporciona el positivismo jurídico es insuficiente para darle solución a dichos casos, debido a que reduce el derecho únicamente a normas. En este sentido, admitir al modelo de las normas que Ronald Dworkin propone para la solución de los llamados casos difíciles que implica incluir a los principios y las directrices políticas. Sobre todo dejar de lado el ejercicio de la discrecionalidad por parte de los jueces, ante los casos difíciles.

Sin embargo, la aplicación del modelo de las normas se concreta mediante la argumentación o teoría argumentativa que está a cargo de los jueces, en relación a ello, el constructivismo judicial cobra sentido debido a que dentro de la tarea del juez se encuentra precisamente la construcción de dichos argumentos o razonamientos que justifiquen de la mejor manera porqué ha optado por la aplicación de determinado principio o directriz, y el porqué no ha optado por otro (s).

El modelo de las normas que propone Dworkin se enfatiza la importancia que tiene el razonamiento judicial, en virtud de que la aplicación de los principios no es automática como sucede con las normas (una vez que se actualiza el supuesto de hecho que prevé la hipótesis normativa) sino que exige este ejercicio de razonamiento judicial integrado o expresado en una teoría argumentativa.

Debido a que el juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tenga más peso. Es en esa búsqueda de racionalidad del juez que resulta oportuno considerar la ficción del juez Hércules (creación del autor en comentario), como ese juez modelo es capaz de solucionar los casos difíciles y

una teoría procesal de la argumentación jurídica, se orienta hacia el concepto de razón práctica o racionalidad práctica que tiene que comenzar con la teoría del discurso racional. *Vid.* GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho y filosofía*, 2ª ed., Trad. Carlos de Santiago, México, Fontamara, 1993, p.46.

encontrar respuestas correctas para todos problemas, mediante la argumentación.

La teoría en ese sentido resulta ser el fundamento de la validez de la respuesta correcta. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar casos difíciles.

Con la ficción del Juez Hércules inventado por Dworkin funciona como un modelo que sería conveniente seguir o bien adoptar para darle solución a los casos difíciles. De hecho, la principal inquietud al elaborar este trabajo de investigación se circunscribía al hecho de determinar si la tesis del juez Hércules de nuestro autor en comento era aplicable en la actualidad y en ese sentido si tendría utilidad, concluimos que es posible solucionar los casos difíciles mediante la aplicación de dicha teoría.

Para que finalmente los jueces logren desarrollar un mejor nivel de argumentación que fundamente mejor sus resoluciones, principalmente a la hora de resolver los llamados casos difíciles.⁵⁹

Lo que se pretende es que se logre que los jueces brinden una argumentación externa o de segundo nivel como lo llamaría Manuel Atienza, respecto de los casos difíciles ya que muchas veces aplican ante casos difíciles una justificación de primer nivel o *interna*, siendo la misma insuficiente puesto que este tipo de justificación generalmente debe ser aplicada a la solución de los llamados casos fáciles o también conocidos como casos rutinarios.

Considerar el tema de los niveles de justificación va más allá de la pretensión de que el juez brinde una justificación de calidad excepcional en sus resoluciones. Debe ir más allá, en este sentido debe garantizar la salvaguarda de los estándares mínimos de derechos que todo ciudadano tiene.

⁵⁹ Dice Zagrebelsky los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta. *Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, op. ot.*, p.150.

Para cerrar es importante decir que la obra de Ronald Dworkin tuvo la originalidad de plantear las incertezas que el derecho, desde la perspectiva de los casos difíciles y en relación a ellos las incertezas que acompañan a dichos casos, es decir, los casos difíciles plantean problemas que la teoría debe resolver y en este sentido la teoría sirve para la reducción de la incertidumbre. Este último planteamiento le proporciona a la teoría una dimensión práctica y funcional muy importante.

