

**PRINCIPIOS Y REGLAS:  
EXAMEN DEL DEBATE ENTRE R. DWORKIN Y H.L.A. HART**

**PRINCIPLES AND RULES:  
REVIEW OF THE DEBATE BETWEEN R. DWORKIN AND H.L.A.  
HART**

**MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA<sup>1</sup>**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES PARA COMENZAR CON EL DEBATE DWORKIN-HART. II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR POSITIVISMO JURÍDICO? III. ¿EN QUÉ SENTIDO ES HART UN AUTOR POSITIVISTA? IV. CARACTERIZACIÓN BÁSICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE HART. V. LAS CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN A HART: LOS PRINCIPIOS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. VI. LA RESPUESTA DE HART A LAS CRÍTICAS DE DWORKIN: EL "POSTSCRIPTUM".

Summary: I. INTRODUCTION: REASONS FOR BEGINNING WITH THE DEBATE DWORKIN-HART. II. WHAT IS MEANT BY LEGAL POSITIVISM? III. IN WHAT SENSE IS HART A POSITIVIST AUTHOR? IV. BASIC CHARACTERISTICS OF THE LEGAL THEORY OF HART. V. RONALD DWORKIN'S CRITICISM OF HART: THE PRINCIPLES AND JUDICIAL CREATION OF LAW. VI. HART'S RESPONSE TO DWORKIN'S CRITICISM: THE "POSTSCRIPTUM".

**I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES PARA COMENZAR CON EL DEBATE DWORKIN-HART**

En los últimos 25 años, diversos autores, entre los que se pueden citar entre otros a Genaro R. Carrió<sup>2</sup>, César Rodríguez<sup>3</sup> y Alfonso García Figuera<sup>4</sup>, han puesto de manifiesto que, después de Hans Kelsen, el autor positivista más influyente ha sido H.L.A. Hart, con su obra, *El concepto de Derecho* (1961). Desde la aparición de esta

---

<sup>1</sup> Profesora Asociada de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén.

<sup>2</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

<sup>3</sup> C. RODRÍGUEZ, "Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin", estudio preliminar a, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santafé de Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 1997. En este volumen se encuentran las traducciones del "Poscript" (1994) de H.L. Hart (traducción de M. Holguín) y del texto de Ronald Dworkin, "Cómo el Derecho se parece a la literatura" (traducción de J. M. Pombo Abondano). Esta obra se citará por la 2ª reimpresión de 1999.

<sup>4</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

obra de Hart, el positivismo jurídico tendría en Hart a su mejor representante, incluso por encima de Kelsen. Como dice César Rodríguez: “Desde entonces, la versión sociológico-analítica del positivismo propuesta por Hart fue ganando influencia frente a la versión kelseniana”<sup>5</sup>. Por lo tanto, durante los años 60 y 70 del siglo XX, Hart es considerado, como dice Dworkin, la forma más poderosa del positivismo jurídico<sup>6</sup>.

Si Hart es el mejor representante del positivismo jurídico, Ronald Dworkin lo va a ser del <<no positivismo principialista>>, con la aparición de su obra, *Los derechos en serio* (1978), expresión del Prof. García Figueroa, que entiende por <<no positivismo principialista>> una réplica al positivismo jurídico: “La tesis esencial del no positivismo principialista podría expresarse así: si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho”<sup>7</sup>. Ronald Dworkin elige la teoría del Derecho de Hart para sus críticas al positivismo jurídico, y ello porque Hart había propuesto entender el Derecho como un <<conjunto de reglas>>, mientras que Dworkin lo veía como un <<conjunto de principios>>. Así que, como dice César Rodríguez, parece lo más adecuado analizar la obra de estos dos grandes autores para entender qué se entienden por principios y reglas en la teoría jurídica actual: “Para entender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo, se debe tener en cuenta la existencia del enfrentamiento entre dos corrientes de reflexión que han pugnado –en sentido kuhniiano– por convertirse en el paradigma dominante: las teorías del inglés H.L.A. Hart y la de su opositor, el norteamericano Ronald Dworkin”<sup>8</sup>.

Para comenzar con el análisis del importante debate <<Dworkin-Hart>>, siguiendo a Genaro R. Carrió, es preciso aclarar, en primer lugar, qué se puede entender por <<positivismo jurídico>>, encuadrando a Hart como una variante desarrollada del positivismo. En segundo lugar, Carrió hace una caracterización básica del genuino positivismo jurídico de Hart. Por último, y en tercer lugar, plantea Carrió los principales ataques de Dworkin al positivismo de Hart, es decir, la crítica de Dworkin al concepto de derecho de Hart como un <<sistema de reglas>> y el problema del alcance de la <<discrecionalidad judicial>>, según el positivismo jurídico de Hart. Veamos.

## II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR POSITIVISMO JURÍDICO?

Genaro R. Carrió llama la atención sobre lo ambiguo de la expresión <<positivismo jurídico>>. Siguiendo el trabajo de Norberto Bobbio (1961), *Sobre el positivismo jurídico*<sup>9</sup>, Carrió señala que Bobbio identifica tres significados distintos de la expresión <<positivismo jurídico>>:

---

<sup>5</sup> C. RODRÍGUEZ, “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin”, cit; p.16-17.

<sup>6</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1978), Barcelona, Ariel, 1995, p.65 (se cita por la segunda reimpresión, 1995, de la traducción de M. Guastavino -1984-).

<sup>7</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, cit, p.29.

<sup>8</sup> C. RODRÍGUEZ, “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y R. Dworkin”, cit; p.16.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *Sobre el positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1998. Traducción de R. de Asís y A. Greppi.

- *El positivismo jurídico como enfoque metodológico.* Cuando se habla del positivismo jurídico como enfoque metodológico, se usa la expresión para hacer referencia a que: “del hecho de que las exigencias que formula una regla, o los derechos que confiere, sean incompatibles con los requerimientos de la justicia o de la moral, no se sigue que esa regla no sea una regla de derecho positivo. Este enfoque se expresa habitualmente diciendo que *no existe una conexión necesaria entre derecho y moral*, lo cual no excluye la existencia de muchas otras conexiones de diferentes tipos entre uno y otra”<sup>10</sup>.

- *El positivismo jurídico como ideología.* Cuando se hace referencia al positivismo jurídico como ideología, se está haciendo mención a una actitud valorativa frente al derecho positivo, según la cual, existe un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y demás estándares del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos<sup>11</sup>.

- *El positivismo jurídico como teoría.* Finalmente, la expresión <<positivismo jurídico>> se usa para designar un conjunto de teorías, concepciones y tesis, pretendidamente verdaderas, acerca de la naturaleza del derecho positivo; acerca de las normas jurídicas; de las llamadas “fuentes” del derecho; de las propiedades o características de los órdenes jurídicos y, por último, de la función que desempeñan los jueces al aplicar las reglas de derecho positivo. Siguiendo más detenidamente a Bobbio, las tesis básicas de lo que éste mismo llama “positivismo jurídico como teoría” son: a) el derecho positivo es la voluntad del Estado o del soberano; b) la fuente genuina del derecho es la legislación y la costumbre o la jurisprudencia son fuentes secundarias; c) todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno; y, d) los jueces no tienen otra función que decidir, a partir de las reglas de derecho positivo, la solución de los casos concretos. Para tales fines los jueces no necesitan recurrir a pautas o reglas que no formen parte del ordenamiento jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante la aplicación de pautas y reglas del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

### III. ¿EN QUÉ SENTIDO ES HART UN AUTOR POSITIVISTA?

Según las tres formas de considerar al positivismo jurídico, Carrió argumenta que Hart tan sólo es positivista en el primer sentido, es decir, Hart tan sólo sería partidario del <<positivismo jurídico como enfoque metodológico>>. Esto significa que Hart rechaza las tesis del positivismo como ideología y del positivismo como teoría. Según Carrió:

*Primero.* Hart es partidario del positivismo como enfoque metodológico, porque realiza una separación entre derecho y moral, lo cual será definitivo para no ser calificado como partidario del <<positivismo ideológico>>. Al separar derecho y moral, Hart establece que algo es derecho válido aunque nos parezca o pueda parecer a alguien moralmente injusto. Casi al final de su obra, *El concepto de derecho*, Hart sigue

<sup>10</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p.9 (subrayados míos).

<sup>11</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p.10.

<sup>12</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., pp.10-11.

manteniendo su posición de enfoque positivista metodológico: “Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos ante ellas... Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar”<sup>13</sup>.

*Segundo.* En cuanto al rechazo de Hart del <<positivismo como ideología>>, queda claro en su obra *El concepto de derecho* que Hart no cree que haya una obligación moral de obedecer el derecho positivo. Entre otras cosas, al ser Hart partidario del <<positivismo como enfoque metodológico>>, anula el que exista una conexión necesaria entre derecho y moral. En el *Concepto de derecho*, Hart no niega que el derecho injusto sea derecho, es decir, el derecho considerado injusto puede ser derecho. Pero lo que Hart niega siempre es que porque algo sea considerado derecho se tenga el deber moral de obedecerlo o desobedecerlo, como planteó Gustav Radbruch en su crítica al derecho nazi. Como expone Hart<sup>14</sup>, Radbruch consideró tras la Segunda Guerra Mundial que el derecho nazi no fue derecho por ser moralmente injusto, por lo que los funcionarios alemanes *deberían haberlo desobedecido*. Según Hart, siendo la posición de Radbruch loable dado las atrocidades del nazismo, sin embargo, si su posición se aceptara como una noción general sobre el derecho, se llegaría a la conclusión de que la obediencia al derecho depende de su valoración moral, no siendo derecho el considerado inmoral. Ante esta tesis de Radbruch, Hart sigue planteando la separación entre derecho y moral, considerando, con Austin y Bentham, que *algo es derecho aunque sea demasiado injusto para ser obedecido*. Es la separación entre derecho y moral lo que impide que Hart pueda ser considerado un <<positivista ideológico>>. La separación entre derecho y moral no impide, sino todo lo contrario, la crítica moral al derecho. Y es precisamente esta crítica moral al derecho lo que pretende mantener firme Hart cuando se niega a aceptar la tesis de Radbruch: “Porque si aceptamos el parecer de Radbruch y, con él y los tribunales alemanes, protestamos contra la ley injusta en forma de un aserto de que ciertas normas no pueden ser legales en razón de su iniquidad, estaremos confundiendo una de las maneras más poderosas, por ser la más simple, de la crítica moral. Si, al unísono con los utilitaristas, hablamos lisa y llanamente, diremos que ciertas leyes pueden ser tales, pero demasiados inicuas para obedecerlas. Ésta es una condena moral que cualquiera puede entender y que presenta una denuncia clara e inmediata a la conciencia moral. Si, desde otro ángulo, formulamos nuestra objeción en el sentido de afirmar que estos desmanes no son legales, he aquí un aserto que las más de las personas no creen, y que, en caso de que estén dispuestas a tomarlo en consideración, parece suscitar multitud de cuestiones filosóficas antes de que pueda ser aceptado”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. Traducción de G. R. Carrió, se cita por la reimpresión de 1992, p. 261.

<sup>14</sup> Vid; H.L.A. HART, “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, contenido en: *La filosofía del derecho*, R. DWORKIN (comp.), México, FCE, 1980, pp. 35-74. Traducción de la edición inglesa de 1977 por J. Sainz de los Terreros.

<sup>15</sup> H.L.A. HART, “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, cit; pp.67-68.

*Tercero.* De acuerdo con Carrió, Hart tampoco es partidario del <<positivismo jurídico como teoría>>. En cuanto, según Bobbio, el principal elemento del positivismo jurídico como teoría está en la consideración del Estado como fuente genuina del derecho, Hart ha criticado duramente la concepción de Austin según la cual el derecho es básicamente una creación de la voluntad del soberano. Como señala Carrió: "Hart rechaza el modelo austiniense basado en las nociones primitivas de "soberano", "imperativos" y "hábito de obediencia". En su lugar propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho. Sea cual sea el grado de acierto de este modelo alternativo, es indudable que no puede confundirse con el modelo de Austin ni con ninguna otra teoría positivista que vea en el derecho la "voluntad" del Estado"<sup>16</sup>. Por lo que hace a las otras tesis básicas del positivismo jurídico como teoría, es decir, el papel básico de la legislación y la noción de ordenamiento jurídico como un todo cerrado, Hart también se distancia de estas tesis. En cuanto al derecho legislado, Hart ha manifestado que las reglas de reconocimiento permite identificar como reglas del sistema a normas que no son creadas por el legislador. Esto es lo que se ha llamado las *fuentes sociales del derecho*. Además, también Hart ha señalado la importancia del "precedente judicial" como fuente del derecho, propio del sistema jurídico anglosajón. En cuanto a la noción de ordenamiento jurídico cerrado, la tesis de Hart ha consistido en señalar la *textura abierta del derecho*, que implica que siempre hay una parte del derecho ("las lindes del derecho", los llama Hart) que no es inmediatamente claro, lo que permite cierta discrecionalidad judicial, pero ello siempre junto a vastas áreas centrales del derecho claramente delimitadas por reglas. Por lo tanto, la tesis del "positivismo como teoría" según la cual el juez aplica siempre automáticamente el derecho positivo es rechazada en esta medida por Hart.

Después de lo visto, señala Carrió, que Hart es un autor positivista en cuanto se adhiere al <<positivismo jurídico como enfoque metodológico>>, pero que no sería positivista en el sentido del "positivismo ideológico" y del "positivismo como teoría", según la caracterización que del positivismo hizo Norberto Bobbio.

#### IV. CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE HART

Siguiendo de nuevo a Genaro R. Carrió y al propio Hart, a continuación exponemos los elementos básicos de la teoría del derecho de Hart. La idea es señalar los puntos básicos de la teoría del derecho de Hart respecto de los cuales Ronald Dworkin efectuará sus críticas: la noción del derecho como un sistema de reglas y la admisión de la discrecionalidad en la labor judicial. Desde esta perspectiva, destacaremos los siguientes puntos de la obra de Hart, *El concepto de derecho*: 1) La consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como "hábito de obediencia" de John Austin; 2) La caracterización del derecho como un complejo de

---

<sup>16</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit; p.18.

"reglas primarias" y "reglas secundarias"; 3) La inevitable discrecionalidad judicial debido a la "textura abierta del derecho". Veamos.

### **1. Consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como "hábito de obediencia" de John Austin**

John Austin formuló a mitad del siglo XIX su teoría sobre el derecho según la cual: *el Derecho son órdenes del soberano que habitualmente obtienen obediencia por los ciudadanos*<sup>17</sup>. Para Hart, la teoría de Austin y Bentham, no consigue describir el derecho como un sistema de reglas sino como un conjunto de órdenes concretas. En cuanto Hart es partidario de entender el derecho como un <<sistema de reglas>>, plantea a la idea del derecho como <<hábito de obediencia>> las siguientes críticas:

*Primera.* El soberano del que habla Austin es ilimitado en su poder al no estar sometido a ninguna limitación jurídica, lo que para Hart supone que no estaríamos en presencia de la noción de Estado de Derecho que presupone el sometimiento del poder al derecho. Así lo expone Hart: "En la doctrina de la soberanía el hábito de obediencia del súbdito tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Este crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho... Por otra parte, la teoría no sostiene que no hay límites al poder del soberano, sino únicamente que no hay límites *jurídicos* al mismo. Así, el soberano puede de hecho, al ejercer la potestad legislativa, hacer concesiones a la opinión popular, ya porque teme las consecuencias de no seguir sus dictados, ya porque piensa que está moralmente obligado a respetarla. Muchos factores distintos pueden influir sobre él a este respecto, y si el temor a la revuelta popular o la convicción moral lo llevan a legislar de manera distinta a lo que de otro modo haría, él puede en verdad concebir estos factores como "límites" a sus poder. Pero ellos no son límites jurídicos"<sup>18</sup>.

*Segunda.* La teoría del <<hábito de obediencia>> no genera entre la población (los súbditos) la creencia de estar actuando de acuerdo con una <<regla>>, pues, para Hart, la mera repetición del hábito de obediencia no da lugar al pensamiento entre los ciudadanos de que están siguiendo una regla: "Cuando un hábito es general en un grupo social -dice Hart- no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo

---

<sup>17</sup> Según César Rodríguez: "La falla principal de la teoría de Austin, para Hart, consiste en no haber incluido la noción de "regla", sin la cual es imposible explicar la estructura y el funcionamiento del derecho. Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas. La teoría austiniana permite entender qué significa que una persona "se ve obligada" a hacer algo -v.gr. entregar su dinero al asaltante-, pero no qué significa que "tenga la obligación" de hacer algo de acuerdo con el derecho -v.gr. pagar anualmente sus impuestos-. Para entender la noción de obligación, es indispensable la noción de regla: el que una persona tenga la obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé esa obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla" (C. RODRÍGUEZ, "Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin", *cit.*, p. 25).

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 82-83.

alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por el contrario, para que exista una regla social, por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo"<sup>19</sup>.

*Tercera.* Hart propone sustituir la vieja teoría del <<hábito de obediencia>> por una nueva teoría que considere al derecho como un sistema de reglas en cuanto mejor explicación de lo que es el derecho. Esto lo hace Hart mediante la llamada <<regla de reconocimiento>>. Así lo expone claramente Hart: "Una vez que abandonamos la opinión de que el fundamento de un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano ilimitado jurídicamente, y la reemplazamos por la concepción de un regla de reconocimiento última, que da al sistema de reglas ciertos criterios de validez, aparece ante nuestros ojos todo un campo de atractivos e importantes problemas. Son problemas relativamente nuevos, porque permanecieron ocultos mientras la teoría jurídica y la teoría política se atenían a las viejas formas de pensamiento"<sup>20</sup>.

## **2. La caracterización del derecho como un complejo de "reglas primarias" y "reglas secundarias"**

La teoría del derecho de Hart es, evidentemente, partidaria de entender el sistema jurídico como un complejo de reglas. Por eso ha tenido que criticar la vieja concepción del derecho basada en órdenes del soberano habitualmente obedecidas por los súbditos. Sin embargo, como afirma Carrió, la teoría del derecho de Hart es mucho más compleja que la sostenida por el <<positivismo como teoría>>, pues no admite que las únicas reglas válidas jurídicamente procedan únicamente del legislador: "En otras palabras -dice Carrió-, no se puede achacar a Hart haber sostenido que la única "fuente" genuina del derecho es la legislación. Algunas costumbres son normas jurídicas; las reglas extraídas de las decisiones judiciales son normas jurídicas; las reglas de reconocimiento pueden razonablemente considerarse parte del derecho"<sup>21</sup>. En efecto, en *El concepto de derecho*, Hart va a distinguir entre dos tipos de reglas; *reglas primarias* y *reglas secundarias*. Esta distinción es fundamental para Hart: "Es verdad que la idea de regla no es en modo alguno simple... para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionadas, de reglas. Según *las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario*, se prescribe que los seres humanos u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. *Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas*. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación. *Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas*. Las reglas del

<sup>19</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.71.

<sup>20</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.137.

<sup>21</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p. 36.

primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones"<sup>22</sup>.

Para entender esta distinción entre <<reglas primarias>> y <<reglas secundarias>>, Hart pone el ejemplo de una comunidad primitiva en la que exclusivamente existieran reglas primarias, es decir, reglas que prescriben que los miembros de tal comunidad hagan u omitan ciertas acciones que implican movimiento o cambios físicos. Pero en este tipo hipotético de comunidad primitiva, señala Hart, al no existir *ex hypothesi* el tipo de <<reglas secundarias>>, lo cual significa que el origen de tales reglas primarias no es legislativo sino meramente social, lo cierto es que todo funcionaría bien hasta que surgieran dentro del grupo *dudas* sobre cuáles son realmente las reglas a obedecer o sobre el alcance preciso de una regla determinada. En este caso, más que probable, Hart se plantea el problema de *cómo resolver estas dudas*. Debido a que dicha comunidad primitiva no tendría <<reglas secundarias>>, que son las que dicen quién y cómo se resuelven estas dudas, la mera existencia de reglas primarias para una comunidad produciría una *falta de certeza sobre lo que es o no derecho*. En palabras de Hart: "Las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna *marca común identificatoria*, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, *no habrá procedimiento alguno para solucionar estas dudas*, ya sea mediante la referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de autoridad. Porque, obviamente, tal procedimiento y *el reconocimiento del texto o personas con autoridad*, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hypothesi*, son todas las reglas que el grupo tiene"<sup>23</sup>.

Pues bien, esta "falta de certeza" sobre lo que sea derecho cuando éste sólo está compuesto de "reglas primarias" se soluciona, según Hart, mediante la introducción de una regla de carácter secundario que es la llamada *Regla de reconocimiento*. Esta es la más importante de las reglas secundarias, ya que determina el paso desde una situación pre-jurídica, en la que un grupo humano tan sólo se regiría por reglas primarias cuya distinción de otro tipo de reglas sociales no es perceptible, hacia una situación plenamente jurídica, pues, al proporcionar la "regla de reconocimiento" una marca o signo con autoridad sobre lo que es derecho, se introduciría ya, aunque sea de forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. En un texto largo de, *El concepto de derecho*, define Hart a la "regla de reconocimiento", tanto para los ordenamientos jurídicos simples como en los desarrollados, como la solución a la <<falta de certeza>> de las reglas primarias:

"La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" ("*rule*

---

<sup>22</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 101. Subrayados míos.

<sup>23</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.115. Subrayados míos.

*of recognition*"). Ésta especificará alguna característica o características cuya posesión por un regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de una regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas dotado de autoridad... Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma *propia* de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales"<sup>24</sup>.

Con la “regla de reconocimiento”, por lo tanto, se resuelve el problema principal del derecho, es decir, el *del criterio para identificar las normas jurídicas*<sup>25</sup>. Además, Hart propone otros tipos de reglas secundarias; *las reglas de cambio y las reglas de adjudicación*.

Las “reglas de cambio”, según Hart, solucionarían otro de los defectos (además del ya señalado de la *falta de certeza*) de las reglas primarias. Este defecto es el del carácter *estático* de las reglas primarias. En una sociedad primitiva regida exclusivamente por reglas primarias, como la que plantea Hart en su hipótesis, el único modo de cambio para estas reglas primarias es: “el lento proceso de crecimiento, mediante el cual, líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales o usuales y, luego, en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. *En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes*, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente de las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida en esta sociedad”<sup>26</sup>. Ante esta situación, Hart establece que el remedio para la cualidad “estática” de las reglas primarias consiste en la introducción de las llamadas “reglas de cambio”. La forma más simple de tales reglas de cambio es aquella que confiere un poder o facultad a una persona o cuerpo de personas para introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto reglas primarias

<sup>24</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit; pp.117-118.

<sup>25</sup> Los problemas teóricos que plantea la <<regla de reconocimiento>> excede el ámbito de este trabajo. Sobre el tema, vid. J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. pp. 97-180.

<sup>26</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 115. Subrayados míos.

anteriores. Por tal persona o cuerpo de personas estaríamos haciendo mención a poderes o facultades públicas conferidas para legislar, es decir, para introducir cambios en las reglas que afectarían a toda la sociedad. Pero, conjuntamente con este tipo básico de poderes o facultades, las reglas de cambio también pueden conferir poderes o facultades de carácter privado, que posibilitan que los individuos particulares puedan cambiar o variar sus posiciones normativas iniciales dentro de un ámbito de carácter privado, no público. Por lo tanto, las reglas de cambio confieren tanto poderes o facultades públicas como privadas. Respecto de estas últimas, Hart ha manifestado su necesidad para entender los sistemas jurídicos desarrollados: “Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho hace posible. Porque los actos que tales reglas hacen posibles son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho... El parentesco de estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación es claro, tal y como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”<sup>27</sup>.

Por lo tanto, para Hart, mientras la “regla de reconocimiento” es siempre una regla secundaria referida a alguna autoridad pública, las “reglas de cambio” confieren poderes o potestades tanto de carácter público (legislar; derogar reglas anteriores; etc.) como de carácter privado (potestades legislativas limitadas).

Para concluir con los tipos de reglas secundarias, Hart señala la necesidad de una tercera regla secundaria; *la regla de adjudicación*. Continuando con el ejemplo de una hipotética comunidad regida exclusivamente por “reglas primarias”, Hart plantea el caso de que en tal sociedad, siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada. Al no existir en tal sociedad un órgano especial con facultades para determinar, de forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación de una regla, la mera presión social para hacer cumplir las reglas tendrá un carácter difuso y difícilmente concluyente. Para resolver este tercer defecto de las reglas primarias, es decir, *la difusa presión social para el cumplimiento de las reglas*, Hart introduce las “reglas de adjudicación” que, en su versión más simple, consisten en facultar a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. También, normalmente, establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: “el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia”<sup>28</sup>

Con el complejo de reglas primarias y reglas secundarias obtenemos, según Hart, la forma más acabada de entender un sistema jurídico como un conjunto articulado de

---

<sup>27</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., pp.119-120.

<sup>28</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.120.

reglas: “Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política”<sup>29</sup>.

### 3. La inevitable discrecionalidad judicial debido a la "textura abierta del derecho"

Si en los anteriores puntos, A) y B), se presentan las razones que llevan a Hart a considerar el derecho como un sistema de reglas (A), por un lado, y la caracterización básica del derecho como una estructura de reglas primarias y secundarias (B), por otro, en este apartado se abordará el problema de la <<discrecionalidad judicial>>, en cuanto que será uno de los puntos clave de la crítica de Ronald Dworkin a Hart, conjuntamente con la crítica general que Dworkin hará a la noción de derecho visto “exclusivamente” como un sistema de reglas.

Según el texto de Genaro Carrió, Hart no habría desarrollado convenientemente el problema de la <<discrecionalidad judicial>> en su principal obra, *El concepto de derecho*. Pero hay una evolución sobre el tema en la obra de Hart, desde su abierta afirmación de la discrecionalidad judicial, en la obra citada “El positivismo y la separación entre derecho y moral” (1958); pasando por una afirmación más matizada de la discrecionalidad judicial en, *El concepto de derecho*, hasta una mayor concreción del tema en algunos trabajos de los años 70; por ejemplo, su obra “Problemas de filosofía del derecho”<sup>30</sup>. En toda su obra, Hart va a distinguir entre <<casos fáciles o claros>>, es decir, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y <<casos de penumbra o difíciles>>, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta. En palabras de Hart: “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir *casos centrales claros*, a los que ella sin duda se aplica, y otros caso 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. Esta da a todas las reglas un halo de vaguedad o <<textura abierta>>”<sup>31</sup>.

- *Casos fáciles o claros*: Respecto de los “casos fáciles o claros”, Hart señala que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se subsumen: “Los casos claros –dice Hart-, en que los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos

<sup>29</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.121.

<sup>30</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., pp. 42-44.

<sup>31</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., pp.152-153. Subrayados míos.

clasificatorios”<sup>32</sup>. Respecto de estos casos claros no se plantea, obviamente, el problema de la <<discrecionalidad judicial>>.

- *Casos de penumbra o difíciles*: Es en relación con los “casos de penumbra o difíciles” cuando Hart plantea el tema de la <<discrecionalidad judicial>>. En sus primeras obras, Hart admitió abiertamente que, en estos casos de penumbra, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto: “La reaparición de <<cuestiones de penumbra>> nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles”<sup>33</sup>. Posteriormente, en su principal obra, *El concepto de derecho*, ya no habla tan abiertamente de actividad legislatora o creadora de derecho por parte del juez en los casos difíciles. Prefiere hablar, más moderadamente, de ciertas virtudes características de la actividad judicial que, aunque no anule la discrecionalidad judicial, impida, no obstante, hablar de decisionismo judicial o mera arbitrariedad en los <<casos difíciles>>. Así, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra, dice Hart: “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”. Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir: “El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico”<sup>34</sup>. Por último, en su obra de 1971, “Problemas de filosofía del derecho”, Hart habla abiertamente de la presencia en el ordenamiento jurídico de principios, pautas morales y objetivos políticos, que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión<sup>35</sup>. No obstante, la discrecionalidad judicial sigue presente en los <<casos difíciles>>, pues la respuesta que el juez dé a estos casos no es considerada nunca por Hart como “la única solución correcta del caso”. Caben otras soluciones, también razonables y compatibles con las reglas del sistema. Pero este asunto, el de la existencia o no de “una única respuesta correcta”, nos conecta ya con las críticas que Dworkin va a realizar a la teoría del derecho de Hart.

## V. LAS CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN A HART: LOS PRINCIPIOS Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Continuando con la exposición de Genaro Carrió, dos son las críticas fundamentales de Ronald Dworkin a la obra de Hart. *Primera*, la crítica a entender el

---

<sup>32</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p.158.

<sup>33</sup> H.L.A. HART, “El positivismo y la independencia entre derecho y moral”, cit., p. 55.

<sup>34</sup> H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cit. p. 159.

<sup>35</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p. 44.

derecho solamente como un complejo de reglas, sin atender a otras pautas jurídicas presentes en el derecho que no son reglas sino <<principios>>; *segunda*, la crítica de Dworkin sobre la idea de Hart respecto del razonamiento judicial en los <<casos difíciles>>, es decir, la admisión por parte de Hart de una textura abierta del derecho que permite la “discrecionalidad judicial”, posición que también critica Dworkin porque es propia de una idea del derecho tan sólo constituida por reglas, mientras que si se ve el derecho compuesto también por <<principios>>, entiende Dworkin, que no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar.

Estos dos aspectos críticos de Dworkin respecto de la obra de Hart, también han sido puesto de manifiesto en España por diversos autores como los dos aspectos fundamentales de la controversia <<Dworkin-Hart>>; Luis Prieto<sup>36</sup>, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Francesca Puigpelat<sup>37</sup>, Albert Calsamiglia,<sup>38</sup> Alfonso García Figueroa<sup>39</sup>, etc. Citando a algunos de los autores españoles, Atienza-Ruiz Manero, también se pone de manifiesto la unidad que existe entre esas dos críticas fundamentales de Dworkin a Hart. Así, dicen Atienza-Ruiz Manero: “La discusión acerca de los principios jurídicos arranca, en la teoría del Derecho de los últimos años, del famoso artículo de Ronald Dworkin publicado en 1967, con el título de <<¿Es el derecho un sistema de reglas?>>. La pretensión fundamental de dicho artículo era –como se sabe– impugnar lo que el propio Dworkin denominaba <<la versión más poderosa del positivismo jurídico>>, esto es, la teoría del Derecho de H.L.A. Hart. Entre los defectos capitales de dicha teoría se hallaría, según Dworkin, su incapacidad para dar cuenta de la presencia en el Derecho de pautas distintas de las reglas –esto es, de principios–, lo que privaría también a la construcción de Hart de la posibilidad de comprender aspectos esenciales del razonamiento judicial en los llamados casos difíciles”.<sup>40</sup>

Pasamos a continuación a exponer estas dos críticas de Dworkin a la teoría del Derecho de Hart.

### **1. Primera crítica de Dworkin a Hart: el Derecho es un sistema compuesto no sólo por reglas sino también por principios**

Lo que Dworkin considera el <<primer dogma del positivismo jurídico>> es aquel según el cual todo el derecho puede ser identificado a través de una <<regla>>, que en el caso de Hart sabemos que se denomina <<regla de reconocimiento>>. Pues bien, esto sería correcto para Dworkin siempre que el derecho fuese reducible a

---

<sup>36</sup> L. PRIETO SANCHÍS, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, contenido en: *Ronald Dworkin: Estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Valparaíso, Chile.), nº 38, 1993, pp.69-100.

<sup>37</sup> F. PUIGPELAT MARTÍ, “Principios y normas”, *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Complutense), nº 6, 1990, pp.231-247.

<sup>38</sup> A. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, prólogo a la edición española de la obra de Dworkin, *Los derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp.7-29.

<sup>39</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, cit., pp. 54-55.

<sup>40</sup> M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 1.

*solamente reglas*, pero, como señala el Prof. García Figueroa: “Conviene reiterar que para Dworkin, la concepción del derecho como un conjunto de reglas, ignora la existencia de otros estándares normativos diversos que genéricamente denomina principios”<sup>41</sup>. Así que, como el derecho, según Dworkin, también se compone, y fundamentalmente, de *principios*, la tesis positivista consistente en considerar que todo el derecho es identificable como reglas sería falsa: “De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios...cuyo origen como principios no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia y oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”<sup>42</sup>.

Por lo tanto, para Dworkin, la idea de la <<regla de reconocimiento>>, y las demás reglas secundarias, tienen sentido solamente para la identificación de las reglas del sistema jurídico, pero no para los principios. La razón fundamental, según Dworkin, está en que el reconocimiento de las reglas que plantea Hart es de *naturaleza formal*, basado en algún requisito que no atiende a su contenido, sino atendiendo a algún criterio meramente formal: “Estas normas especiales –dice Dworkin, en referencia a las reglas– pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, *por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su <<pedigree>> u origen, o con la forma en que fueron adoptadas o en que evolucionaron*. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias..., y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de <<normas morales>>) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública”<sup>43</sup>. Pero los principios son de *naturaleza material*, por lo que para Dworkin no es posible identificarlos mediante criterio formal alguno, del tipo de la <<regla de reconocimiento>>: “Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir *un principio en principio jurídico*, y menos todavía para fijar su peso en el orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, *a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas* y con multitud de otros estándares semejantes. *No podemos reunir todo esto para formar una única <<norma>>, por completa que fuese, y si pudiéramos, tal resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento*”<sup>44</sup>

<sup>41</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 223.

<sup>42</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 94-95. Subrayados míos. También, vid. R. DWORKIN, “¿Es el derecho un sistema de reglas?” (1967), contenido EN R. DWORKIN (comp.), *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980, p. 119. Traducción de J. Sainz de los Terreros.

<sup>43</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p.65. Subrayados míos.

<sup>44</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p.95. Subrayados míos.

En efecto, ya hemos visto antes cómo Dworkin considera que para hacer que un principio pase a ser un *principio jurídico*, “hay que luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan”, por lo tanto se trata de un “criterio material o de contenido”. Siguiendo a Dworkin, resulta claro que los principios no son identificables a través de ninguna regla maestra determinada, como puede ser la “Regla de Reconocimiento” de Hart: “Mi conclusión –dice Dworkin– es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, según el cual, el derecho de una determinada comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”<sup>45</sup>.

La conclusión de Dworkin, por lo tanto, es que la teoría del Derecho de Hart sirve exclusivamente para las <<reglas del sistema jurídico>>, pero no dice nada respecto lo que para Dworkin es lo básico de cualquier sistema jurídico; que está compuesto fundamentalmente por *principios jurídicos*. Y para la identificación de estos principios jurídicos tan sólo cabe el razonamiento material, caso por caso, sin que la noción de <<regla maestra o regla de reconocimiento>> de Hart pueda ser útil. La razón fundamental del rechazo de la regla de reconocimiento por Dworkin es, claramente, su carácter formal. Siendo los principios jurídicos elementos materiales, la regla de reconocimiento, y el resto de reglas ideadas por Hart, quedan invalidados para describir lo que es el Derecho.

Podemos añadir aquí el comentario de algunos autores respecto de esta *primera crítica de Dworkin a Hart*:

1. Genaro Carrió<sup>46</sup>, que es partidario de Hart y crítico a su vez con Dworkin, señala que nada impide que la <<regla de reconocimiento>> de Hart también pueda servir para identificar los *principios del sistema*, como ha considerado Hart al hablar de la utilización por parte del juez de principios y otras pautas políticas para dar solución a los <<casos difíciles o de penumbra>>.

2. Luis Prieto, que también se muestra crítico con Dworkin, pero no es tan abiertamente partidario de las tesis de Hart, ha manifestado que el reproche formalista de Dworkin hacia Hart, respecto de la identificación de los principios, no es razonable: “Sin embargo, en lo que me parece que Dworkin no tiene razón es en atribuir este resultado al formalismo positivista, esto es, al hecho de no aceptar que algunas normas sean identificables por su contenido... Como escribe Hart, no existe razón alguna que impida a su regla de reconocimiento <<identificar directamente ciertos principios por su

---

<sup>45</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p.99. César Rodríguez considera que los rasgos que hacen a los principios de Dworkin no reconocibles por la <<regla de reconocimiento>> son; su falta de positivación, variedad e innovación: “Estos tres rasgos –falta de positivación, variedad e innovación– hacen imposible que los principios sean identificados a través de un criterio simple y, por tanto, que exista una regla de reconocimiento que comprenda tanto los principios como las reglas” (C. RODRÍGUEZ, “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y R. Dworkin”, cit, p.55).

<sup>46</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., pp. 39-40.

contenido y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica>><sup>47</sup>.

3. Francesca Puigpelat, por su parte, comenta esta primera crítica de Dworkin a Hart desde una posición menos crítica y más descriptiva. Considera que, con la crítica de Dworkin a la regla de reconocimiento de Hart, se acentúa una época (la actual) en la que se pone en duda la clara separación positivista entre derecho (reglas) y moral (principios): “En el ámbito de la teoría jurídica anglosajona, una voz autorizada como la de Hart, ha vaticinado el fin de un época. Concretamente aquella que vino configurada, gracias a Bentham, por la hegemonía de la concepción utilitarista en materia moral y, a través de Austin, por la separación de derecho y moral en la teoría jurídica... No resulta extraño, pues, que en un contexto predominantemente positivista la obra de Dworkin haya sido objeto de especial atención... Aunque son muchas las aportaciones de este autor, hay una que nos interesa especialmente: la de que el derecho no está constituido sólo por normas sino también por principios, lo que permite poner en entredicho la tesis positivista que distingue el derecho de la moral, no por su contenido, sino por su origen –así a través de la regla de reconocimiento de Hart”<sup>48</sup>.

4. Alfonso García Figuerola, por último, también crítico de Dworkin, considera que el <<principlismo>> de Dworkin es la razón del rechazo de la regla de reconocimiento, lo que determina que Dworkin sea un autor no-positivista, quedando poco claro si es o no un autor <<iusnaturalista>> al negarse a separar Derecho y moral: “En síntesis, Dworkin es no-positivista por cuanto no admite el postulado fundamental del positivismo jurídico: la ausencia de nexo conceptual necesaria entre derecho y moral. En cambio, su iusnaturalismo es matizable”<sup>49</sup>.

Y este grupo de opiniones sobre la <<primera crítica de Dworkin a Hart>> (y al positivismo en general) nos lleva a la segunda crítica de Dworkin hacia Hart; la crítica de Dworkin a la aceptación por parte de Hart de la discrecionalidad judicial (o creación judicial del derecho) en los llamados <<casos difíciles>>.

## **2. Segunda crítica de Dworkin a Hart: el rechazo de la discrecionalidad judicial en los “casos difíciles” y la tesis de Dworkin sobre la “única respuesta correcta”**

Ya hemos considerado en nuestro análisis de la obra de Hart de qué manera éste afirmaba que, en los <<casos difíciles>>, debemos admitir la *discrecionalidad judicial* para decidir sobre el caso. Esto no quería decir, como hemos visto, que para Hart discrecionalidad signifique *arbitrariedad*, es decir, total "ausencia de limitaciones jurídicas". Sin embargo, cuando Dworkin analiza la tesis de Hart sobre los <<casos difíciles>>, más bien parece indicar que cuando Hart habla de <<discreción judicial>>

---

<sup>47</sup> L. PRIETO, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, *cit.*, p. 73.

<sup>48</sup> F. PUIGPELAT, “Principios y normas”, *cit.*, p. 231.

<sup>49</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, *cit.*, p. 257.

se refiere a la toma de una decisión con *total ausencia de limitaciones jurídicas*<sup>50</sup>. En estos casos difíciles, para Dworkin, la posición de Hart sería que el juez decide según sus criterios subjetivos, al no haber norma (regla) aplicable al caso designado como difícil. Comentando la posición de Hart sobre el tema, en cuanto representante más importante del modelo positivista, Dworkin dice lo siguiente: "Cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <<aplicando la ley>>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que <<ejerce su discreción>>, *lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente*"<sup>51</sup>.

Tanto García Figueroa como Ruiz Manero, atribuyen a Dworkin una crítica en *sentido fuerte* a la discrecionalidad judicial en el pensamiento de Hart: "La discreción en sentido fuerte evoca la ausencia de vinculación a estándares normativos dictados por la autoridad competente"<sup>52</sup>. Ya hemos visto que Hart puede ser interpretado en este tema de manera más moderada. Sin embargo, cuando Dworkin critica la discreción judicial, lo hace sobre la base de dos argumentos principales: a) porque toda regla se fundamenta en un principio y, por lo tanto, el derecho no son sólo reglas; b) al existir los principios en el ordenamiento jurídico, entonces, el juez que tenga dudas en los <<casos difíciles>>, no crea una norma retroactiva que antes no existía, sino que aplica los principios existentes. Como ha señalado el Prof. Calsamiglia: "El núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; B) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudorreglas"<sup>53</sup>.

Así pues, Dworkin va a ofrecer una alternativa a la <<discrecionalidad judicial>> del positivismo jurídico que resuelva los problemas jurídicos que tal discrecionalidad plantea; 1) que el juez no se convierta en legislador, al menos para los <<casos difíciles>>. Dado que el poder judicial no está legitimado para legislar (el *argumento democrático*); 2) que las decisiones judiciales en los <<casos difíciles>> no sean vistas como motivo de *inseguridad jurídica*, al aplicarse una norma inexistente cuando el caso ocurrió, pues la tesis de la <<discrecionalidad judicial>> admite la creación por el juez, *ex post facto*, de una norma judicial a un caso precedente (el

---

<sup>50</sup> Esta es la interpretación de la polémica Dworkin-Hart sobre la <<discreción judicial>> que hace Juan Ruiz Manero. Vid. J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, cit., pp.181-189.

<sup>51</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp.65-66. Subrayados míos.

<sup>52</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 268.

<sup>53</sup> A. CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", prólogo a *Los derechos en serio*, pp.14-15.

*argumento liberal*)<sup>54</sup>. Y la alternativa de Dworkin a la discrecionalidad judicial es conocida como la *tesis de la única respuesta correcta*. Pero:

*¿Qué significa para Dworkin que, en Derecho, siempre existe una única respuesta correcta?*

*Primero*. Que cuando el juez no encuentra una regla aplicable a un caso, entonces no crea realmente una nueva regla por su cuenta, sino que dispone de principios preexistentes en el propio ordenamiento jurídico que tan sólo debe descubrir y aplicarlos. Como ha señalado el Prof. Prieto, para Dworkin: "Normas y principios presentan una fisonomía común en la decisión judicial: ambos establecen deberes y obligaciones vinculantes para el juez; éste los descubre, no asume una función productora"<sup>55</sup>.

*Segundo*. Que, en todo momento, también en los <<casos difíciles>>, el juez queda sometido a la ley y al Derecho. Pues si no hay una regla aplicable a un caso, siempre habrá un principio aplicable. El juez nunca tiene discrecionalidad: "La tesis de Dworkin -dice Calsamiglia- es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al Derecho"<sup>56</sup>.

*Tercero*. Que, lo más polémico de la tesis de Dworkin, consiste en afirmar que en el ordenamiento jurídico <<siempre hay una única respuesta correcta>>. Lo cual implica; a) una visión cerrada del ordenamiento jurídico, compuesto para Dworkin por reglas y principios; b) una visión objetivista de los principios, pues el juez no se acerca a los principios del sistema para ofrecer "su versión" de los mismos, sino que el juez debe descubrir "la versión verdadera o única verdadera" de los principios: "la dictada por la mejor teoría justificatoria de todo el material jurídico vigente"<sup>57</sup>. Para conseguir esta <<mejor teoría>>, Dworkin inventa un juez hipotético, *el juez Hércules*, ("un jurista dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas"<sup>58</sup>). La

---

<sup>54</sup> Estos dos argumentos, el <<democrático>> y el <<liberal>>, los ha analizado extensamente Alfonso García Figueroa: "El argumento democrático podría formularse así: los jueces no son elegidos por los ciudadanos y por ello no son responsables como el legislador ante el electorado. En este sentido, la originalidad judicial permitiría a los jueces ejercer una labor legislativa impropia... Según <<el argumento liberal>> (como lo denomina Guastini por contraposición al <<democrático>>), el creacionismo judicial supondría un grave atentado contra el principio de irretroactividad de las leyes, al aplicarse una norma jurídica dictada con posterioridad al acaecimiento del supuesto de hecho contemplado en la norma" (A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, cit., pp. 273-274). Sobre esto, también, vid. C. RODRÍGUEZ, "Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin", cit., pp.75-76.

<sup>55</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 68 (se cita por la primera reimpresión de 1993).

<sup>56</sup> A. CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", cit., p. 21.

<sup>57</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., p.46.

<sup>58</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit; p.177. Sobre el juez *Hércules*, César Rodríguez dice: "Contra la tesis de la discrecionalidad judicial, Dworkin construye un método de decisión personificado en un juez con capacidades extraordinarias, Hércules, y destinado a encontrar en cada caso difícil los principios que expliquen de la mejor manera posible las reglas vigentes y que provean la mejor justificación moral para la decisión del caso. Dworkin confía en que los jueces corrientes, siguiendo el

cuestión que se plantea es si, verdaderamente, *Hércules da con la única respuesta correcta* o si, por el contrario, la tesis de la <<única respuesta correcta>> es solamente un *ideal regulativo*, es decir, una aspiración de cualquier juez que, en realidad, no se da. La Profesora Puigpelat ha señalado que solamente como <<ideal regulativo>> la propuesta de Dworkin sobre la <<única respuesta correcta>> sería aceptable: “Pero aunque sean posibles distintas respuestas la propuesta de Dworkin de la *respuesta correcta* puede tener algún sentido... Así, aunque no sea posible en el marco del discurso práctico real obtener una única respuesta correcta, -y es dudoso que sea posible incluso en el marco del discurso práctico ideal-, deben los que participan en el discurso jurídico pretender que su respuesta correcta debería verse, pues, como una *idea regulativa*, en el sentido de que debe procurarse encontrar esta respuesta correcta”.<sup>59</sup>

Pero, de tratarse tan sólo de un <<ideal regulativo>>, asunto que no está claro, según muchos comentaristas, en la obra de Dworkin, entonces, habría que admitir que *los jueces reales gozan de cierta discrecionalidad*, como dice Luis Prieto, *dentro de los límites de la unidad de solución justa*. Esta idea de <<unidad de solución justa>>, dice el Prof. Prieto, se refiere a que el juez debe ajustar sus decisiones a un modelo de universalización y generalización, evitando los fallos "ad hoc" o puramente ocasionales. Pero, la <<unidad de solución justa>>, insiste el Prof. Prieto, no sería admitida por la tesis de Dworkin sobre la <<única respuesta correcta>>: "Me interesa subrayar, sin embargo, que este punto no coincide con el que sostiene Dworkin cuando afirma o recomienda que los jueces no se guíen por directrices políticas, sino por unos principios de naturaleza moral que se hallarían en la base del orden jurídico. El criterio que venimos comentando no excluye de la decisión judicial ni la dimensión creativa ni la ideológica o política; se trata más bien de un requisito formal estrechamente emparentado con el *modus operandi* que caracteriza a los tribunales como órganos de producción jurídica"<sup>60</sup>.

Si la tesis de la <<única respuesta correcta>> significa literalmente que el juez ha de dar *realmente* con una única respuesta correcta, que estaría esperándole en su búsqueda de un principio del sistema jurídico, entonces, su respuesta no sería objeto posible de crítica, pues se habría llegado a dar, por fin, dice Carrió, con el objetivo que todas las escuelas jurídicas de la interpretación del derecho habrían estado buscando y habrían fracasado hasta Dworkin: a) *la teoría positivista-formalista*, que sostiene que un sistema jurídico es siempre un sistema lógicamente cerrado en el cual se puede deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas, valiéndose exclusivamente de medios lógicos; b) *la teoría realista*, para la cual no hay reglas, por lo que las decisiones de los tribunales son el producto de las preferencias personales e

---

método de Hércules, puedan proferir sentencias correctas en los casos difíciles y mantenerse siempre en el dominio de la aplicación del derecho, sin pasar al discutido campo de la creación de normas jurídicas” (C. RODRÍGUEZ, “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin”, *cit.*, p. 38).

<sup>59</sup> F. PUIGPELAT, “Principios y normas”, *cit.*, p. 246.

<sup>60</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, *cit.*, p.115. En un mismo sentido al del Prieto Sanchís, puede verse la crítica de Alfonso García Figueroa a la idea de <<única respuesta correcta>>, *vid.* A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, *cit.*, pp. 305-317.

incluso de los prejuicios de los propios jueces; c) *la teoría de Hart y el positivismo como método*, según la cual los jueces aplican normalmente las reglas a los casos fáciles, pero que tienen discreción judicial para crear derecho en los llamados casos difíciles; d) *la teoría de la <<única respuesta correcta>> de Dworkin*, según la cual el derecho está compuesto por reglas y principios, todos preexistentes a la actuación judicial, y que en los principios encuentra el juez la única respuesta correcta al caso que ha de decidir<sup>61</sup>. De ser ésta la posición de Dworkin, su teoría podría ser calificada de *iusnaturalista*, pues creería que existe realmente el derecho verdaderamente justo, y que tal derecho se encontraría en el ordenamiento jurídico vigente, si no en el de todos los Estados, al menos en alguno de ellos; quizá en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>62</sup>.

## VI. LA RESPUESTA DE HART A LAS CRÍTICAS DE DWORKIN: EL *POSTSCRIPTUM*

Ante las críticas de Ronald Dworkin a su obra, Hart planeó dar una respuesta extensa a cada una de ellas y añadir estas respuestas a una nueva edición de *El concepto de Derecho*. Sin embargo, Hart murió antes de que pudiera llevar a cabo esta segunda edición de su principal obra. En 1994, Joseph Raz fue el principal encargado de tomar las notas de Hart y publicarlas con el título de *Postscriptum* en una segunda edición de *El concepto de Derecho*. El *Postscriptum* está dedicado a rebatir las críticas de Ronald Dworkin a su obra<sup>63</sup>. Aunque son más los temas que recoge Hart en el *Postscriptum*, aquí examinaremos las respuestas que dio a lo que hemos considerado las dos críticas de Dworkin a Hart: 1) la crítica principialista al sistema de reglas; 2) la crítica a la discrecionalidad judicial.

### 1. El *Postscriptum*: la respuesta de Hart al principialismo de Dworkin

Hart reconoce que en *El concepto de Derecho* y el resto de su obra no se hubo detenido suficientemente en el tema de los principios en el Derecho: “Coincido en que es un defecto de mi exposición el no haberme detenido en los principios”<sup>64</sup>. Sin embargo, no está de acuerdo con las principales objeciones que plantea Dworkin sobre que la <<regla de reconocimiento>> no está en condiciones de reconocer los principios del Derecho. Al contrario, Hart manifiesta que su positivismo es un *positivismo suave*, es decir, un positivismo que considera que hay un ámbito de *certeza* respecto de lo que es el Derecho (reglas), conjuntamente con otro ámbito en el que lo que es el Derecho es *controvertible* (principios). Dice Hart: “En mi opinión, esta crítica al positivismo suave exagera tanto el grado de certidumbre que un positivista coherente debe atribuir al cuerpo de parámetros jurídicos, como la incertidumbre que resultaría si los criterios de

---

<sup>61</sup> G. R. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cit., pp. 45-46. También vid. A. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, cit; pp.20-21; C. RODRÍGUEZ, “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin”, cit., pp. 69-74.

<sup>62</sup> De hecho, como señala César Rodríguez, la segunda gran obra de Dworkin, *Law's Empire* (1986), está referida en exclusiva al análisis de “las prácticas jurídicas vigentes en los Estados Unidos e Inglaterra” (C. RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 42).

<sup>63</sup> El “*Postscriptum*” de Hart se citará por la versión en español publicada en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, ya citada.

<sup>64</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, cit., p. 118.

validez jurídica incluyeran su conformidad con principios morales o valores específicos. Desde luego, es cierto que una función importante de la regla de reconocimiento es promover la certeza con la que el Derecho se puede afirmar. No podría hacerlo si las pruebas que introduce para el Derecho no sólo suscitan problemas controvertibles en algunos casos, sino en todos o en la mayoría de ellos. Sin embargo, *la exclusión de toda incertidumbre a cualquier precio y a costa de otros valores no es un objetivo que yo haya considerado jamás para la regla de reconocimiento*. Lo anterior resulta evidente, o al menos, así lo había esperado, al afirmar explícitamente en este libro que la regla de reconocimiento misma, así como las reglas jurídicas particulares identificadas por referencia a ella, pueden estar rodeadas de una <<penumbra>> debatible de incertidumbre<sup>65</sup>. Por lo tanto, para Hart, si las reglas pueden tener una <<zona de penumbra>>, la diferencia entre <<reglas>> y <<principios>> no es cualitativa, como sostiene Dworkin, sino solamente de grado: menor incertidumbre o penumbra para las reglas, mayor incertidumbre o penumbra para los principios: “La incoherencia que resulta de sostener que un sistema jurídico consiste a la vez de reglas todo o nada y principios no concluyentes puede solucionarse si admitimos que *tal distinción es una cuestión de grado*. Ciertamente, puede establecerse un contraste razonable entre reglas casi concluyentes, donde la satisfacción de sus condiciones de aplicación bastan para determinar el resultado jurídico, con exclusión de unos pocos casos –en los cuales sus disposiciones pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia–, y principios por lo general no concluyentes que sólo señalan hacía una decisión pero que, con frecuencia, no la determinan”<sup>66</sup>.

Y Hart acaba esta respuesta a Dworkin diciendo que, como entre <<reglas>> y <<principios>> no hay más que una diferencia de grado, entonces, la <<regla de reconocimiento>> estaría también en condiciones de ser un criterio general convencionalmente aceptado de reconocimiento de los principios, sin necesidad de acudir en cada caso al contenido de los principios. Dice Hart: “La crítica que quisiera formular ahora, sin embargo, es que la preocupación por la interpretación constructiva ha llevado a Dworkin a desconocer el hecho de que muchos principios jurídicos no deben su carácter a su contenido... sino a lo que él denomina su “linaje”, esto es, a la forma como han sido creados o adoptados por una fuente de autoridad reconocida”<sup>67</sup>. Como <<fuentes de autoridad reconocida>> señala Hart a la legislación y la jurisprudencia judicial. Y como ambas fuentes de autoridad conforman un criterio de identificación general o convencional de los principios: “Por consiguiente –dice Hart–, no existe la incompatibilidad que, según Dworkin, se da entre la aceptación de principios como parte del Derecho y la doctrina de la regla de reconocimiento”<sup>68</sup>. El Prof. García Figueroa, por su parte, cree que esta respuesta de Hart a Dworkin no es la más adecuada desde el positivismo jurídico: “El positivismo de Hart... consistente en insistir sobre el carácter jurídico de los principios, no es adecuado para dar respuesta al planteamiento dworkiniano”<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, cit., pp. 107-108. Subrayado mío.

<sup>66</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, cit., p. 122. Subrayado mío.

<sup>67</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, cit., p. 124-125.

<sup>68</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, cit., p. 127.

<sup>69</sup> A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, cit., p. 233.

## 2. El *Postscriptum*: la respuesta de Hart a la crítica de Dworkin sobre la discrecionalidad judicial

En el <<*Postscriptum*>> Hart manifiesta que: “El conflicto más radical entre la teoría del Derecho expuesta en este libro y la de Dworkin surge de mi afirmación según la cual, en cualquier sistema jurídico, habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley, en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez ha de llegar a una decisión y no, como lo sostuvo alguna vez Bentham, negar su jurisdicción o referir los aspectos no reglamentados por el Derecho existente a la legislación para que decida sobre ellos, el juez debe ejercer su <<discrecionalidad>> y <<legislar>> para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes”<sup>70</sup>. Sabemos que esta posición de Hart ha sido matizada a lo largo de su obra, pero Hart sigue manteniendo en el <<*Postscriptum*>> que el juez tiene discrecionalidad en los <<casos difíciles>> y que crea Derecho. Sin embargo, la creación de Derecho por el juez en estos casos, dice Hart: “no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho”<sup>71</sup>.

Frente a esta idea de Hart, Dworkin oponía su idea del “juez Hércules”, entendido como un juez que habla como si el Derecho fuese un sistema sin vacíos en el cual hay una solución para cada caso que él debe descubrir, no inventar. Y la respuesta de Hart a Dworkin es que si tal cosa fuera posible, entonces, la creación jurídica del Derecho, bien por el legislador o por el juez, no tendría sentido y sería eliminada del ordenamiento jurídico. Dice Hart: “Si para todos los casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica del Derecho no sería solamente diferido sino eliminado”<sup>72</sup>. Así que, para Hart, la discrecionalidad judicial en ciertos casos, es algo congruente con mantener una idea positivista del Derecho.

Por último, en cuanto a los llamados <<argumento democrático>> y <<argumentos liberal>> contra la discrecionalidad judicial, Hart contesta a ambos argumentos de Dworkin de la siguiente manera:

a) *Argumento democrático*: Consiste en la objeción de Dworkin a que los jueces creen Derecho cuando no han sido elegidos por los ciudadanos. Hart dice que este inconveniente es un precio que hay que pagar, aunque únicamente respecto de

---

<sup>70</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, *cit.*, p. 135-136.

<sup>71</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, *cit.*, p. 137.

<sup>72</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, *cit.*, p. 139.

“reglas para solucionar los problemas específicos que surgen de casos particulares”<sup>73</sup>, nunca respecto de reglas generales.

b) *Argumento liberal*: Es la objeción de Dworkin a la discreción judicial en el sentido de que crea se una norma *ex post facto* al supuesto de hecho, lo que pone en quiebra el principio liberal de la seguridad jurídica. Hart contesta que: “Tal objeción, sin embargo, incluso si procede en contra de un cambio o el desconocimiento judicial de una ley claramente establecida, no parece pertinente en absoluto en los casos difíciles, puesto que se trata de casos en los cuales el Derecho ha regulado de manera incompleta y en los que no hay un conocimiento del Derecho claramente establecido que justifique expectativas”<sup>74</sup>.

Estas fueron, en síntesis, las respuestas de Hart a las objeciones de Ronald Dworkin a su obra. Como resulta obvio, los términos del debate entre posiciones principialistas y positivistas continúan en la literatura actual. Sin embargo, el propósito de este trabajo se reducía a exponer los términos principales del debate entre Dworkin y Hart partiendo, principalmente, de sus obras más representativas.

---

<sup>73</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, *cit.*, p. 140.

<sup>74</sup> H.L.A. HART, “*Postscriptum*”, *cit.*, pp. 140-141.

**PRINCIPIOS Y REGLAS:  
EXAMEN DEL DEBATE ENTRE R. DWORKIN Y H.L.A. HART**

**Resumen:** El artículo plantea un examen general de la controversia entre dos grandes juristas, H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, de gran importancia en la teoría del Derecho actual. Se inicia el trabajo con un examen de los diferentes tipos de positivismo, considerando la teoría de Hart como representante del positivismo metodológico que sostiene que el Derecho es un conjunto de reglas primarias y secundarias, como forma de diferenciación entre Derecho y moral. Sin embargo, la posición de Dworkin es contraria al concepto de Derecho como un sistema de reglas, considerando a los principios jurídico-morales, expresos o implícitos en el sistema jurídico, como lo más importante de la caracterización del Derecho. A partir de esta diferencia en la definición del Derecho, se abordan las críticas que Dworkin realizó a la obra de Hart y la respuesta de éste en su "Postscriptum".

**Palabras clave:** Reglas y principios. Positivismo jurídico. Principios jurídicos. Discrecionalidad judicial.

**PRINCIPLES AND RULES: REVIEW OF THE DEBATE  
BETWEEN R. DWORKIN AND H.L.A. HART**

**Abstract:** This article presents an overview of the dispute between two great scholars, HLA Hart and Ronald Dworkin, of great importance in the current theory of law. The work begins with an examination of different types of positivism, considering the theory of Hart as a representative of methodological positivism arguing that law is a set of primary and secondary rules as a way of differentiating between law and morality. However, Dworkin's position is contrary to the concept of law as a system of rules, considering the legal and moral principles, expressed or implied in the legal system, as the most important characterization of law. From this difference in definition of law, the article addresses the criticism that Dworkin made to the work of Hart and the latter response in his "Postscript."

**Keywords:** Rules and principles. Legal positivism. Legal principles. Judicial discretion.

**Artículo recibido:** 29.4.2010  
**Artículo aceptado:** 20.9.2010