

# EL DEBATE HART-DWORKIN - UNA INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA -

**Prof. drd. Nicolae PANA**  
**(FULP – Universidad Las Palmas de Gran Canaria)**

(Abstract)

The world today is reflected in the law and in its application. What could be called future right has to be the society's response to economic political and cultural unrest. We all know what is right and we conclusively manifest whenever we have the opportunity to explain to others our rights and other. Right in general and the right of each person don not have to be distinct. We know that there is right as when we speak of „right” and „justice” and always hope that if we are right to do justice. Expectations may be unfair or illogical, and society reflect the injustice because it is unfair. If we to try to answer the question „What is justice?” the answer might be: for me justice is what I think I deserve and what the state gives me.

Analyzing the ideas presented in Hart-Dworkin debate, we must conclude that cultural differences are important in the implementation of legal norms in society. Another problem is the gap between generations and, in addition, the exchange of new technologies that make the difference seem insurmountable. Apart from these we can mention the differences between the civil and criminal rules that forces us to understand the law in different ways without regard to the other branches.

**Keywords:** *discussion, conclusions, law, implementation, society, norms, difference, generations*

## **Contenido:**

- 1. El positivismo jurídico**
- 2. El positivismo jurídico según Hart**
- 3. Las ideas de Dworkin**
- 4. Las respuestas de Hart**
- 5. Conclusiones**

### **1. El positivismo jurídico**

Para entender mejor las ideas de Hart y las críticas de Dworkin sobre el positivismo jurídico intentamos explicar lo que comporta este término, en general<sup>1</sup>. En su obra ya clásica<sup>2</sup> sobre el positivismo jurídico, Norberto Bobbio propuso una caracterización que se ha convertido en referencia en muchos de los libros publicados en este ámbito. Distinguió entre:

a) El positivismo jurídico como método o modo de aproximarse al estudio del Derecho: El Derecho es un conjunto de hechos sociales; “el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad natural, o sea, absteniéndose de formular juicios de valor”<sup>3</sup>; una consecuencia lógica de dicho acercamiento avalorativo sería, según Bobbio, la “teoría del formalismo jurídico”: “la validez del Derecho está basada en criterios que conciernen únicamente a su estructura formal, prescindiendo de su contenido”.

b) El positivismo jurídico como teoría del Derecho: Una concepción del fenómeno jurídico que incluiría las siguientes tesis: a) teoría de la coacción (“el iuspositivismo define el Derecho en función del elemento de la coacción”); b) teoría de la legislación como fuente principal del Derecho; c) concepción imperativista de la norma jurídica (las normas jurídicas son mandatos); d) teoría de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico; e) teoría de la interpretación mecanicista de la norma (o “juez-autómata”).

c) El positivismo jurídico como ideología: Resumible en una sola tesis (que es considerada como ética): la teoría del deber de obediencia incondicional a la ley positiva en cuanto tal.

---

<sup>1</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

<sup>2</sup> BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993

<sup>3</sup> BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, cit., p. 141.

Las tres acepciones del positivismo jurídico parecen en principio lógicamente independientes, de tal modo que se podría muy bien ser “positivista metodológico” sin por eso ser también “positivista teórico” (y menos aún “positivista ideológico” o “positivista ético”).

## 2. El positivismo jurídico según Hart

H.L.A. Hart en 1980 (en un artículo publicado en la revista española *Sistema*) reformulo la paradigma positivista que ha resultado más influyente en el último cuarto de siglo<sup>4</sup>, sirviendo como punto de referencia para las discusiones sobre la perdurabilidad del positivismo jurídico. Hart propone las tres tesis siguientes:

1) Separación conceptual de Derecho y moral: “Aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moral, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento *de facto* entre [ambos] [...], tales conexiones son *contingentes*, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”<sup>5</sup>.

En *El concepto de Derecho*, Hart está reformulando el concepto del positivismo jurídico de manera diferente: “usaremos la expresión “positivismo jurídico” para designar a la posición según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho sí las han reflejado con frecuencia”<sup>6</sup>. Los nuevos cambios tecnológicos producen una gran diferencia entre las generaciones y, muchas veces, las generaciones tienen una gran influencia en la moral. Si hace tiempo la comunicación no podría facilitar los cambios de ideas tan rápido esto ha tenido influencias en la moral. La sociedad cambia rápido últimamente y esto tiene que influenciar muchísimo la moral. Un ejemplo evidente es la diferencia de pensamiento entre la generación que ahora tiene 30 años y la que tiene 70 años. En 40 años la moral cambio claramente y las leyes no influenciaron este

---

<sup>4</sup> “Desde los años 70, hay un consenso en considerar que la forma más refinada de positivismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Hart” (ATIENZA, M. – RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo...”, cit., p. 769).

<sup>5</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, *Sistema*, 36 (mayo de 1980), p. 4.

<sup>6</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law* [1961], Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 182.

cambio solo vinieron como una respuesta a los cambios pedidos por la sociedad. Para explicar mejor este concepto, es imprescindible tratar la diferencia entre la ley civil y la ley penal porque la sociedad requiere un cambio legislativo teniendo en cuenta el nuevo sentido de la moral actual y la ley penal obliga a la sociedad respetar la moral decidida por la nueva generación.

Lo habitual, por tanto, es que un sistema jurídico refleje las concepciones morales dominantes en la sociedad de que se trate (pues “no cabe negar que el desarrollo del Derecho, en todos los tiempos y lugares, ha estado de hecho profundamente influenciado por los ideales y convenciones morales de los grupos sociales”)<sup>7</sup>. Pero, desde el punto de vista iuspositivista, no debe confundirse dicha frecuencia estadística con necesidad<sup>8</sup> conceptual: la correspondencia con determinadas normas morales no forma parte del concepto de Derecho y, por tanto, la juridicidad de una norma no puede depender, en principio, de la satisfacción o no de determinados requisitos éticos<sup>9</sup>. Las concepciones morales dominantes, hoy en día, son cambiadas por las concepciones morales actuales y por consecuencia podemos encontrar leyes que no aceptadas o reconocidas por la mayoría pero son consideradas necesarias y obligatorias para el bienestar general de la sociedad. También hay casos cuando la mayoría o la concepción moral dominante niegan un tipo de comportamiento pero la sociedad acepta el grupo y la legislación que permite el desarrollo del mismo. Por esto lo que hace 40 años no era permitido porque no era moral ahora puede ser aceptado y dentro de 40 años nadie va a entender porque ponemos en cuestión de moral un hecho absolutamente normal.

2) Fuentes sociales del Derecho: “Para que el Derecho exista, debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en

---

<sup>7</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 181. Esta obvia influencia de la *positive morality* sobre los contenidos jurídicos ya había sido reconocida por Bentham y Austin, los clásicos del positivismo jurídico anglosajón (cf. AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Hackett, Indianapolis, 1998, p. 118 ss).

<sup>8</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

<sup>9</sup> KELSEN: la validez de una norma jurídica no debe depender “de su correspondencia con el orden moral”, y se mantiene intacta “aun cuando lo contradiga” (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* [ed. de 1960], trad. de R. Vernengo, UNAM, México DF, 1982, p. 81).

cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho, los criterios o tests últimos de validez jurídica”<sup>10</sup>. Aunque Hart la cite en segundo lugar, ésta es quizás la tesis lógica (y etimológicamente) primaria del positivismo jurídico<sup>11</sup>: el Derecho es *positum*, puesto o decretado por legisladores humanos; el Derecho es convención, artificio, y no naturaleza. Una gran diferencia en la actitud de los jueces y los ciudadanos ordinarios como fuentes sociales del derecho esta en la finalidad de las decisiones que toman o las ideas que quieren ingerir en las nuevas leyes. Si mucho tiempo la vista era hacia atrás en los que hicieron/pensaron/decidieron los de antes ahora el movimiento es en hacer para los que vienen, pensar en ellos y decidir de modo favorable para que el futuro no dejara pasar algo mal como en el pasado. En cuanto la convención humana, “el Derecho puede tener cualquier contenido” (Kelsen)<sup>12</sup>; es Derecho lo que los miembros de un grupo social decidan considerar y hacer respetar como tal. La mayoría ya no se forman por los que están de acuerdo, la mayoría se forman con los que aceptan los cambios y los que no aceptan los cambios pero no se manifiestan de ningún modo. En conclusión, un grupo en inferioridad numérica y sin representatividad puede actuar como si tenían y respetan la convención humana solo porque la mayoría esta presenta pero acepta o no responde a los cambios propuestos.

3) Discrecionalidad judicial: “En todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente [...] y, en consecuencia, el Derecho es parcialmente indeterminado o incompleto. [...] El juez [...] en tales casos [“difíciles”] [...] debe ejercitar su discrecionalidad y crear Derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente Derecho ya preexistente y establecido, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección [...]”<sup>13</sup>. El reconocimiento de la “incompletud” y la parcial indeterminación<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 5.

<sup>11</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

<sup>12</sup> “El Derecho puede tener cualquier contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica” (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* [ed. de 1953], trad. de M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1989, p. 136).

<sup>13</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., pp. 5-6.

<sup>14</sup> Guarda relación con esto la famosa doctrina hartiana sobre la “textura abierta” de las normas jurídicas: cf. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 120 ss.

del ordenamiento -y la consiguiente aprobación de la discrecionalidad judicial- supone el abandono expreso de las dos tesis del positivismo jurídico clásico sobre la cuestión (a saber, la plenitud del ordenamiento y la concepción mecánico-subsuntiva de la función jurisdiccional)<sup>15</sup>. El positivismo jurídico puede tener razón cuando manifiesta la habilidad del juez de crear derecho al resolver un “caso difícil” pero tenemos que tratar esta idea de manera diferente. En el presente el juez no es, como en el pasado, una persona que trabaja en un medio protegido y aislado, hoy en día se trabaja en grupos, la información circula en tiempo real y la sociedad tiene mucha influencia en las decisiones judiciales. El derecho creado por el juez no es su decisión es la sociedad que obliga y la necesidad social de imponer nuevas reglas.

### 3. Las ideas de Dworkin

El trabajo de Dworkin es muy importante para el estudio del positivismo jurídico porque ofrece vías alternativas a un tipo de lógica jurídica. Dworkin presenta sus ideas en relación a las tres tesis centrales del positivismo jurídico, tal como fueron formuladas por Hart en su trabajo de 1980.

1) Separación conceptual de Derecho y moral: Dworkin propone un jurista “creyente”<sup>16</sup>, aceptador de los principios y valores que subyacen al sistema jurídico y comprometido en la empresa de presentar a éste “bajo la mejor luz moral posible”: “una teoría general del Derecho debe ser *normativa* [valorativa], y no sólo conceptual [...]; la teoría de la legislación debe incluir una teoría de la legitimidad [...]. Dworkin propone una teoría holística del “Derecho como integridad” que difumina deliberadamente las nítidas fronteras normativas (las divisorias Derecho-moral y Derecho-política). El Derecho no consta sólo de reglas, sino también de políticas y principios. Pero tenemos

<sup>15</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

<sup>16</sup> [...] el jurista tiene que ser capaz de transitar de la moral al Derecho, y lógicamente sentirse obligado por ambos. Las normas jurídicas [...] no son más que la punta de un iceberg, la expresión institucionalizada pero parcial de un sistema de normatividad mucho más amplio dentro del cual no cabe trazar ninguna frontera rigurosa, y para cuya plena comprensión es preciso un compromiso, una aceptación moral” (PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 52).

en cuenta que las reglas surgen de los principios siendo como explicaciones para que todos aceptan el hecho de que los principios constituyen la base y las reglas son los paredes de una sociedad correcta. Los principios son “Derecho implícito” o “Derecho en el sentido interpretativo”<sup>17</sup>. Y son de carácter moral: “llamo “principio” a un estándar que debe ser observado, no porque promueva o asegure alguna situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque así lo requiere la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral”<sup>18</sup>.

2) Fuentes sociales del Derecho: Según Dworkin, el normativismo positivista es reduccionista de modo que las reglas “son aplicables en la manera del *todo o nada*”<sup>19</sup> (en el sentido de que, si se verifica la “condición jurídica” [Kelsen], la consecuencia jurídica prevista por la norma debe ser aplicada). Los principios “no establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente cuando se verifiquen las condiciones jurídicas pertinentes<sup>20</sup>”: un principio ofrece “una razón para decidir en cierta dirección, pero no impone una decisión concreta”, pues “puede haber otros principios o directrices que apunten en la otra dirección”<sup>21</sup>. Los principios, por otra parte, poseen una dimensión (el “peso o importancia”)<sup>22</sup> que, según Dworkin, falta en las reglas.

En opinión de Dworkin, el positivismo jurídico considera que entre juristas sólo caben discrepancias *empíricas* acerca de, por ejemplo, la norma aplicable a determinado caso, o la interpretación correcta de dicha norma. Dichas discrepancias son resolubles en última instancia mediante la constatación de determinados *hechos*: la aprobación de tal norma por tal órgano legislativo en tal fecha; la existencia de tal precedente judicial que resolvía un caso similar al que ahora tenemos entre manos. Los principios son intrínsecamente *discutibles*: obligan al debate, a la argumentación, a la interpretación. El Derecho

<sup>17</sup> Cf. DWORKIN, R.M., *Law's Empire*, cit., p. 66 ss.

<sup>18</sup> DWORKIN, R.M., “The Model of Rules I”, en *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22.

<sup>19</sup> DWORKIN, R.M., “The Model of Rules I”, cit., p. 24.

<sup>20</sup> “[P]rinciples [...] do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met” (“The Model of Rules I”, cit., p. 25).

<sup>21</sup> DWORKIN, R.M., “The Model of Rules I”, cit., p. 26.

<sup>22</sup> “Principles have a dimension that rules do not –the dimension of weight or importance” (“The Model of Rules I”, cit., p. 26).

no consiste básicamente en un conjunto de *hechos* (como piensa el positivismo jurídico), sino en un conjunto de *prácticas* interpretativo-justificadoras.

3) Discrecionalidad judicial: Dworkin rechaza que –como entiende Hart– los jueces deban juzgar con discrecionalidad cuando el Derecho disponible no parezca contemplar la solución para un “caso difícil”. Contra la tesis de la discrecionalidad judicial pueden levantarse, según Dworkin, dos grandes objeciones político-morales. Si el juez resuelve el caso discrecionalmente, está de hecho creando Derecho nuevo<sup>23</sup>: ahora bien, el juez carece de legitimidad democrática para ejercer como legislador, tanto el principio democrático como la separación de poderes resultan, pues, lesionados<sup>24</sup>. La explicación es muy simple y direccionada hacia el interés subjetivo, el juez no necesita legitimidad porque esta legitimidad no está dada por la mayoría consciente de la población (como he explicado más arriba, la sociedad votan personas o en contra de las personas sin contar en las ideas, políticas o planes) Y, en segundo lugar, si el juez “crea Derecho” discrecionalmente y lo emplea para resolver el caso difícil, está aplicando a los litigantes normas que no existían aun cuando tuvieron lugar los hechos juzgados, vulnerando así –para la parte “perdedora”– el principio de irretroactividad de las normas desfavorables<sup>25</sup>. Las normas y los principios son cosas diferentes en la actualidad. Si no existe una norma se puede aplicar el principio en vez de una norma errónea o sin finalidad. Muchas veces, además en la legislación penal, las decisiones judiciales no son vinculadas a la realidad. La libertad individual tiene otro sentido en la realidad, metiendo una persona en la cárcel ya no es una medida correccional, muchas veces es el comienzo de una conducta criminal sin regreso y legitimada por el rechazo de la sociedad.

---

<sup>23</sup> “[If the judge decides discretionally] In reality he has legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand” (DWORKIN, R.M., “Hard Cases”, en *Taking Rights Seriously*, cit., p. 81).

<sup>24</sup> DWORKIN, R.M., “Hard Cases”, cit., p. 84.

<sup>25</sup> “[I]f a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event” (DWORKIN, R.M., “Hard Cases”, cit., p. 84).

#### 4. Las respuestas de Hart

El último escrito de Hart publicado póstumamente como apéndice a la edición de 1994 de *El concepto de Derecho* consiste en una respuesta de Hart a los ataques de Dworkin en los 70 y 80:

1) Separación conceptual de Derecho y moral: En el Postscriptum, Hart explica sus tesis iniciales sobre la falibilidad moral del Derecho: “Sostengo [...] que aunque hay muchas conexiones contingentes entre el Derecho y la moral, no existen, sin embargo, conexiones conceptuales necesarias, y, por tanto, disposiciones moralmente inicuas pueden ser normas o principios jurídicos válidos”<sup>26</sup> Según Hart, Dworkin, al postular una conexión esencial o necesaria entre ambos, parece a veces dar ingenuamente por supuesto que los principios que inspiran al Derecho van a ser en cualquier caso los correctos. El “principalismo” no garantiza por sí mismo la aceptabilidad moral del contenido del Derecho: un Derecho de principios puede ser más inmoral que un Derecho de reglas (si los principios resultan ser, por ejemplo, los de la supremacía aria o los de la discriminación racial).

Los criterios de identificación del Derecho –la famosa “regla de reconocimiento” que define las condiciones de validez jurídica- pueden ser moralmente neutros (de tal forma que una norma sea válida independientemente de su calidad moral)<sup>27</sup>. Puede ocurrir que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico haga depender la validez jurídica de las normas de su calidad moral: “Según mi teoría, la existencia y contenido del Derecho pueden ser identificados mediante la referencia a las fuentes sociales del Derecho (por ejemplo, la legislación, las decisiones judiciales o las costumbres sociales) sin referencia a la moral, excepto allí donde el Derecho así identificado haya incorporado criterios morales para la identificación de la juridicidad”<sup>28</sup>.

2) Fuentes sociales del Derecho: Dworkin alegaba –en relación con esta tesis- que los principios jurídicos no se dejan validar “mecánica” o empíricamente (no son susceptibles de ningún “test del

<sup>26</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 268.

<sup>27</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

<sup>28</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 269.

*pedigree*”); y que, por tanto, la innegable relevancia de los principios en la vida jurídica supone la refutación de la idea hartiana de la regla de reconocimiento<sup>29</sup> (pues, en opinión de Dworkin, la regla de reconocimiento atenderá siempre al *pedigree* de las normas –la forma en que hayan sido elaboradas, la autoridad de la que procedan, etc.- a la hora de identificarlas o establecer su validez). El *pedigree* de las normas prevalece a la moralidad de la misma y esto es así por el hecho que siempre la sociedad necesita un punto de referencia. Muchas veces este punto de referencia coincide con la última instancia o la autoridad suprema (así empezaron las normas) y se traspasan en el mundo físico convirtiéndose en reglas.

En la respuesta Hart reconoce que no prestó suficiente atención en su obra al tema de los principios: “ciertamente deseo admitir ahora que dije demasiado poco en mi libro sobre el tema de la adjudicación y el razonamiento jurídico, y, en particular, sobre la argumentación basada en lo que mis críticos llaman principios jurídicos”<sup>30</sup>. Por lo demás, Hart rechaza la interpretación “pedigrista”-empirista de la regla de reconocimiento que Dworkin parece dar por supuesta: “Dworkin trata mi doctrina de la regla de reconocimiento como si ésta implicase que los criterios proporcionados por ésta para la identificación del Derecho debieran consistir sólo en [la constatación de] hechos históricos; [se refiere a ella] como un ejemplo del “positivismo de los meros hechos” [*plain-fact positivism*]. Pero, aunque es cierto que la mayoría de los ejemplos que aduje para ilustrar los criterios empleados por la regla de reconocimiento tenían que ver con lo que Dworkin ha llamado “pedigree” –es decir, se relacionaban sólo con la forma en que las leyes eran adoptadas o creadas por las instituciones, y no con el contenido de aquéllas- afirmo expresamente tanto en este libro [*El concepto de Derecho*] como en mi artículo anterior “Positivismo y la separación

---

<sup>29</sup> “Dworkin [...] has insisted that legal principles could only be included in my theory of law at the cost of surrender of its central doctrines. If I were to admit that law consists in part of principles I could not, according to him, consistently maintain, as I have done, that the law of a system is identified by criteria provided by a rule of recognition [...]” (HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 259).

<sup>30</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 259. HART no tiene inconveniente en ponderar este aspecto de la aportación de DWORKIN: “Much credit is due to Dworkin for having shown and illustrated the importance of principles and their role in legal reasoning” (“Postscript”, p. 263).

del Derecho y la moral”<sup>31</sup> que en algunos sistemas jurídicos, como el de los EEUU, los criterios últimos de validez jurídica pueden incluir explícitamente, además del pedigree, principios de justicia o valores morales sustantivos”<sup>32</sup>.

3) Discrecionalidad judicial: Dworkin había sostenido que reconocerle al juez la capacidad de crear discrecionalmente “derecho nuevo” en los casos difíciles lesionaba el principio de separación de poderes, el principio democrático y el de irretroactividad de las normas desfavorables. Había argüido también que del lenguaje utilizado por los jueces en sus dictámenes se desprende que ellos siempre conciben su propia labor como interpretación-aplicación del Derecho ya existente, y no como creación de Derecho nuevo<sup>33</sup>- sostiene, sin embargo, que esto es una especie de retórica ritual e insincera: los jueces saben que son algo más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu), son conscientes de sus atribuciones legislativas “intersticiales”, y algunos especialmente lúcidos se han atrevido a reconocerlo (O.W. Holmes, Cardozo, Lord Macmillan, etc.)<sup>34</sup>.

Frente a la tesis dworkiniana según la cual “donde no lleguen las reglas, llegarán los principios” (resultando, por tanto, innecesaria e ilegítima la discrecionalidad judicial), Hart alega que el recurso a los principios retrasa, pero no elimina el momento de la creación judicial de Derecho nuevo . Pues con frecuencia resultarán aplicables al caso difícil “principios diversos de los que quepa derivar analogías opuestas, y el juez tendrá que elegir entre ellas, recurriendo, como un legislador escrupuloso,

<sup>31</sup> HART, H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, cit.

<sup>32</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 247. Para el pasaje de *El concepto de Derecho* en el que HART reconoce la posibilidad de la incorporación de principios morales a los criterios de validez jurídica incluidos en la regla de reconocimiento, vid. nota 95. Cf. *The Concept of Law*, cit., p. 72.

<sup>33</sup> “[L]awyers address the judge as if he was always concerned to discover and enforce existing law and the judge speaks as if the law were a gapless system [...] in which a solution for every case awaits his discovery, not his invention. [...] But how seriously is this to be taken?” (HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 274).

<sup>34</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 274.

<sup>35</sup> CONTRERAS, Francisco J. – El debate sobre la superación del positivismo jurídico – *Chronica Juridica Hispalense*, nº5/2007, pp. 471-502

a su sentido de lo que es mejor, y no a algún orden preestablecido de prioridades impuesto a él por el Derecho”<sup>36</sup>. En cuanto a la supuesta violación del principio de separación de poderes, Hart aduce que: 1) cabe admitir que la discrecionalidad judicial implica alguna erosión del principio (también del principio democrático, pues los jueces no son elegibles en la mayoría de los países), pero dicha erosión representa un mal menor, si la comparamos con los males que resultarían de los demás procedimientos imaginables para la resolución de casos difíciles; 2) en todo caso, los poderes “legislativos” del juez no son comparables a los del Parlamento: los jueces ejercen una discrecionalidad muy limitada en los “intersticios” que dejan libres ordenamientos muy debatidos y complejos; no pueden –a diferencia de los verdaderos órganos legislativos- emprender innovaciones revolucionarias o reformas amplias; 3) en las democracias modernas se viene practicando desde hace tiempo la delegación limitada de competencias legislativas al poder ejecutivo (reglamentos administrativos, etc.): no se ve por qué una delegación similar al poder judicial tendría que suponer una amenaza mayor para la democracia<sup>37</sup>.

## 5. Conclusiones

Analizando las ideas expuestas en el debate Hart-Dworkin tenemos que concretar que las diferencias culturales son muy importantes en la transposición de las normas legales en la sociedad. Otro problema es la diferencia entre las generaciones y, además de esto, los cambios aportados por las nuevas tecnologías hacen que esta diferencia parezca insuperable. Además de estas dos podemos mencionar las diferencias entre las normas civiles y las normas penales que nos obligan entender el derecho de maneras diferentes sin tener en cuenta los demás ramas.

La generalización puede ser útil para explicar una cierta situación y sin hacer vínculos en el pasado pero las respuestas pueden ser solo filosóficas. La ciencia y su exactitud, en el campo del derecho, se refiere a las estadísticas y, en el presente, estas nos enseñan que la justicia se aleja alguna veces del derecho.

---

<sup>36</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 275 (cf. HART, H.L.A., “El nuevo desafío ...”, cit., p. 10).

<sup>37</sup> HART, H.L.A., “Postscript”, cit., p. 275 (cf. “El nuevo desafío ...”, cit., p. 11).