

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS**

**PROGRAMA DE FILOSOFÍA**

**EVALUACIÓN DE TRABAJO DE GRADO**

**ESTUDIANTE:    *LAURA SOFÍA REY ENCINALES***

**TÍTULO: EL DEBATE FILOSÓFICO HART- DWORKIN COMO INSUMO EN LA  
LABOR JUDICIAL**

***CALIFICACIÓN***

***APROBADO***

***PEDRO JAVIER BARRERA VARELA***

*Asesor*

***AURA MARÍA ECHEVERRÍA RODRIGUEZ***

*Jurado*

Cartagena, febrero de 2019

**¿Cómo Solucionar Los Casos Difíciles?**

**El Debate Filosófico Hart- Dworkin Como Insumo en la Labor Judicial**

**Laura Sofía Rey Encinales**

**Universidad de Cartagena**

**Facultad de Ciencias Humanas**

**Programa de Filosofía**

**Cartagena- Bolívar**

**Febrero de 2019**

**¿Cómo Solucionar Los Casos Dificiles?**

**El Debate Filosófico Hart- Dworkin Como Insumo en la Labor Judicial**

**Laura Sofía Rey Encinales**

**Universidad de Cartagena**

**Trabajo de grado para obtener el título de Filósofa**

**Asesor: Pedro Javier Barrera Varela**

**Abogado**

**Universidad de Cartagena**

**Facultad de Ciencias Humanas**

**Programa de Filosofía**

**Cartagena de Indias**

**Febrero -2019**

**Dedicatoria**

A mi Madre, María Argelia Encinales Reyes,

Por su exigencia y apoyo incondicional.

### **Agradecimiento**

A mi asesor de Trabajo de grado, Pedro Javier Barrera Varela, por todo su compromiso, conocimiento y disposición para sacar adelante este proyecto.

## ¿CÓMO SOLUCIONAR LOS CASOS DIFÍCILES?

### EL DEBATE FILOSÓFICO HART- DWORKIN COMO INSUMO EN LA LABOR JUDICIAL

#### **Resumen**

La presente monografía se centra en determinar una metodología que sirva de guía para los jueces en sus decisiones, teniendo en cuenta los aportes del debate filosófico entre Ronald Dworkin y Herbert Hart respecto al papel de los jueces en los casos difíciles. Para lograr esto, se estudió el contexto histórico de la filosofía del derecho que influenció a ambos autores. De igual modo, se expuso los ejes centrales del debate entre estos pensadores, y, por último, se realizó un análisis de casos aplicando la metodología de resolución de los casos difíciles.

El estudio realizado evidencia que la metodología sugerida puede aplicarse a todos los casos difíciles. Sin embargo, dependiendo de la dificultad del caso, el análisis puede conllevar a distintos escenarios. De igual modo, se evidencia que el discurso de los autores Hart- Dworkin, antes de ser contrario, se complementa y contribuye a una mejor solución de dichos casos.

**Palabras claves:** Metodología, Casos difíciles, Jueces, Solución, Hart, Dworkin, Debate, Discrecionalidad, Derechos, Argumentación.

## Tabla de Contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Problemas de la filosofía del derecho: desde sus inicios hasta Hart- Dworkin .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Importancia de la filosofía en el derecho .....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Referentes Históricos del Debate Hart- Dworkin .....</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Iusnaturalismo.....</b>	<b>8</b>
<b>1.4 Iuspositivismo.....</b>	<b>10</b>
1.4.1 Temas centrales del Positivismo Jurídico .....	14
<b>1.5 Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin. ....</b>	<b>18</b>
<b>1.6 ¿Cómo se valida el derecho? .....</b>	<b>28</b>
1.6.1 Sobre el concepto de validez del derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin. ....	30
<b>1.7 La dicotomía Hart – Dworkin.....</b>	<b>35</b>
<b>1.8 La respuesta de Hart sobre los principios .....</b>	<b>38</b>
<b>1.9 El problema de la conexión entre derecho y moral en el debate Hart Dworkin .....</b>	<b>40</b>
<b>2 ¿Cómo resolver los casos difíciles en el derecho de acuerdo al debate Hart- Dworkin? .....</b>	<b>43</b>
<b>2.1 ¿Cómo distinguir los casos difíciles en el derecho?.....</b>	<b>44</b>
<b>2.2 Métodos de solución de casos difíciles: Herbert Hart.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3 La crítica de Dworkin a la metodología de la discrecionalidad judicial.....</b>	<b>51</b>

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

2.1.1	Concepto y tipos de discrecionalidad.....	52
<b>2.2</b>	<b>El papel de los jueces en los casos difíciles: Ronald Dworkin.....</b>	<b>55</b>
2.2.1	La tesis de los derechos y el papel del juez Hércules.....	56
<b>2.3</b>	<b>Sobre la discrecionalidad judicial en el Postscriptum de Hart.....</b>	<b>61</b>
<b>2.4</b>	<b>Autores que interpretan el debate Hart- Dworkin .....</b>	<b>64</b>
<b>3</b>	<b>Formulación de nuevas metodologías para resolver los casos difíciles en el ejercicio de la función judicial.....</b>	<b>70</b>
<b>1.1</b>	<b>Metodología para la resolución de casos difíciles.....</b>	<b>70</b>
3.1.1	La fórmula de la Subsunción.....	71
3.1.2	Analogía .....	73
3.1.3	Test de razonabilidad .....	80
3.1.4	Ponderación.....	87
<b>3.2</b>	<b>Exposición de casos y aplicación de metodología.....</b>	<b>93</b>
3.2.1	Caso sobre el castigo a los mitilenios.....	93
3.2.2	El caso de los exploradores de cavernas (Lon L. Fuller) .....	102
3.2.3	Caso del violín Stradivarius .....	110
3.2.4	Caso internas de Anayancy .....	119
	<b>Conclusiones .....</b>	<b>129</b>
	<b>Bibliografía .....</b>	<b>131</b>



**Tabla de figuras**

<b>Figura 1</b> Cuadro resumen de “Generalidades del Contexto Histórico” (Elaboración propia)....	17
<b>Figura 2</b> Cuadro resumen de “Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin” (Elaboración propia) .....	28
<b>Figura 3</b> Cuadro resumen de “¿Cómo se valida el derecho?” (Elaboración propia) .....	35
<b>Figura 4</b> Cuadro resumen de “Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin” y “¿Cómo se valida el derecho?” (Elaboración propia).....	42
<b>Figura 5</b> Cuadro resumen de “¿cómo resolver los casos difíciles en el derecho de acuerdo al debate Hart-Dworkin?” (Elaboración propia).....	63
<b>Figura 6</b> Cuadro resumen de “Subsunción” y “Analogía” (Elaboración propia) .....	79
<b>Figura 7</b> Test de Razonabilidad. (Elaboración propia).....	86
<b>Figura 8</b> Cuadro resumen de “Ponderación” (Elaboración propia) .....	92

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

### Introducción

El tema que se desarrollará en la siguiente monografía hace referencia al debate filosófico entre H.L.A Hart y Ronald Dworkin sobre el papel de los jueces en los *casos difíciles*, y cómo este debate se convierte en un insumo en la labor judicial que contribuye en la solución de este tipo de casos.

Siendo así, el objetivo general de esta investigación es proponer una metodología que sirva de apoyo para la resolución de los casos difíciles con fundamento en el debate filosófico Hart- Dworkin, el cual se pretende resolver analizando los siguientes puntos: i) problemas de la filosofía del derecho: desde sus inicios hasta Hart- Dworkin, ii) Resolución de los casos difíciles en el derecho de acuerdo al debate Hart-Dworkin y iii) Formulación de nuevas metodologías para resolver los casos difíciles en el ejercicio de la función judicial.

Esta investigación resulta pertinente porque a pesar de haber sido estudiadas las posturas sobre el papel de los jueces en casos difíciles, es un tema que no pierde vigencia práctica, ya que no resulta fácil la aplicación de estos contenidos teóricos a la pragmática judicial. De igual modo, resulta oportuno profundizar el análisis del debate Hart-Dworkin, porque, aunque la discusión se desarrolla en un sistema anglosajón, donde la jurisprudencia es fuente formal, los jueces están limitados a los precedentes de igual forma que en el sistema continental, estos lo están a la ley.

La solución de casos difíciles es una problemática que acoge a todos los jueces en general, porque la cuestión recae sobre la aplicabilidad del derecho y sus fuentes, ya sea la jurisprudencia o la ley. Lo que resulta difícil respecto al papel del juez, es decidir la resolución

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

de un caso sin salirse del sistema, lo que los limita en sus decisiones cuando no tienen las potestades ni la guía previa para fallar.

De esta manera, es relevante que se resalten las discusiones filosóficas con sus tradiciones y sus interpretaciones sobre el papel de los jueces, porque cada postura puede ser acogida de acuerdo al modo de entender el derecho y servir como guía en las decisiones judiciales. Es pertinente el desarrollo de este debate porque todavía no hay respuestas correctas, las interpretaciones y las discusiones siguen estando vigentes en los sistemas donde el juez, se ve en dificultades para la toma de decisiones en los casos difíciles. De igual manera, también para la formación teórica de un caso para los abogados, para un funcionario a la hora de emitir un juicio sancionatorio, o para un estudiante y un docente por el aprendizaje y la enseñanza, y en términos generales, para toda persona que haga parte de la sociedad, que busque estar informado y entender los procesos de su país, o simplemente porque en cualquier momento puede ser víctima de la vulneración de un derecho fundamental.

Para entender el problema del que se trata en esta monografía, hay que señalar que, desde la conformación de la sociedad y la estructura del Estado moderno, los órganos del poder público dividieron sus funciones específicas y autónomas para lograr la descentralización del poder, el control político y mejor ejercicio de la función pública. De esta manera, administrar el Estado, hacer las leyes e impartir justicia corresponde a tres ramas distintas: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. Es importante para el funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines, que haya una colaboración armónica entre las tres ramas del poder sin desconocer el papel que cada uno desempeña. Sin embargo, uno de los problemas que se ha presentado dentro de esta colaboración, es el papel de los jueces en la aplicación de la disposición normativa cuando éstas

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

son de textura abierta. Esto genera una serie de interrogantes que filósofos del derecho como Hart y Dworkin han desarrollado para dar soluciones a este problema.

H.L.A Hart, siguiendo la línea positivista sostiene que cuando hay casos donde la disposición a aplicar no es clara, o donde simplemente no haya un precepto aplicable para un caso concreto, no queda otro camino que aplicar la doctrina de la discrecionalidad judicial, por medio de la cual, el juez tiene la posibilidad de elegir ya sea de acuerdo a casos análogos o reglas, la solución de casos difíciles.

En contraposición, Dworkin critica la doctrina de la discrecionalidad judicial respecto de los casos difíciles que plantea Hart porque esa postura implica la concepción del derecho como un conjunto únicamente de reglas, y dejan de lado los principios que a su juicio también hacen parte del derecho, pues sirven como única respuesta correcta al momento de decidir sobre los casos difíciles.

En consecuencia, se formula el siguiente interrogante: **¿qué tipo de metodología pueden aplicar los jueces para solucionar los casos difíciles de acuerdo al aporte filosófico del debate Hart-Dworkin?**

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

### **1. Problemas de la filosofía del derecho: desde sus inicios hasta Hart- Dworkin**

La filosofía es una forma de pensamiento que genera una reflexión constante sobre las cosas, analiza bajo fundamentos racionales un sin número de categorías que rodean al ser humano, como el conocimiento, la existencia, la verdad, la persona, la ética, el ser, el hombre y en general todo lo que lo rodea.

Así mismo, la filosofía ayuda a comprender los distintos pilares en los que se funda la esencia del hombre, y genera un cuestionamiento permanente con una actitud crítica sobre lo establecido. De ahí, que la filosofía ayude a formar ciudadanos integrales con capacidad de análisis crítico y de transformación personal y social.

En ese sentido, la filosofía no pierde vigencia porque es importante para sentar los fundamentos de distintas áreas del saber en las que se relaciona, pues analiza por medio de un procedimiento racional, la certeza de los postulados en que se rigen. En el campo del saber del derecho, la filosofía ha contribuido al análisis y al desarrollo de problemas jurídicos relacionados con conceptos, entre esos, lo que se entiende por Derecho, de igual modo, ayuda a determinar su objetivo, cómo debe aplicarse y a validarse dentro de un conglomerado global sin desconocer los contextos.

#### **1.1 Importancia de la filosofía en el derecho**

El derecho, a diferencia de la filosofía, tiene un carácter coercitivo, al ser un conjunto de principios, reglas jurídicas y sociales de obligatorio cumplimiento, no solo tiene la capacidad de regular la conducta socialmente, manteniendo el respeto y consenso por lo establecido, sino que contribuye al desarrollo personal y social. Para esto, se deben analizar los hechos sociales nuevos

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

que obliguen al derecho a ser dinámico. Así mismo, el derecho tiene los medios de creación, ejecución y aplicación que están establecidos y legitimados para cumplir con su objetivo.

Por las razones antes mencionadas, la filosofía y el derecho se complementan. Es importante que las personas que se dedican al área del derecho tengan competencias en filosofía, con la finalidad de un mejoramiento continuo en la creación, ejecución y aplicación de leyes en la sociedad.

Dentro del estudio del derecho se han desarrollado corrientes de pensamiento clasificadas de acuerdo a los ideales, y concepciones filosóficas que se tienen sobre distintos temas y problemas del derecho. En efecto, corrientes como el iusnaturalismo, iuspositivismo, realismo jurídico, dan respuestas diferentes de acuerdo a la concepción que se tenga sobre el Derecho, a los criterios que se asuman sobre su validez, y por supuesto, al rol que desempeñan los jueces en la sociedad. Por su parte, los filósofos del derecho no dan por sentado presupuestos dogmáticos, ni las nociones de los teóricos jurídicos, lo importante, para la filosofía del derecho, es establecer y poner en evidencia un problema de carácter fundamental para el mejoramiento del derecho y buscar las posibles soluciones por medio de un método dialógico.

Uno de los problemas que se ha analizado dentro de la filosofía del derecho es el papel de los jueces en los casos difíciles, porque si bien las facultades de aquellos están determinadas por el ordenamiento jurídico, éste ya no es solo un conjunto de reglas, puesto que con la influencia de la filosofía, lo que constituye el derecho se ha ampliado de tal manera, que las facultades de los jueces deben abarcarlas, por eso los jueces deben tener un conocimiento integral sobre los fundamentos, finalidades y la esencia misma del derecho en el momento de aplicar los casos.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Por estas razones, filósofos del derecho como Hart y Dworkin analizan que hay un problema en el proceso de adjudicación del derecho cuando existen casos difíciles, porque el juez se ve limitado en sus decisiones frente al contenido de la legislación.

### **1.2 Referentes Históricos del Debate Hart- Dworkin**

El debate entre Hart y Dworkin revive la controversia sobre las corrientes de pensamiento jurídico y la crítica que se le ha hecho al positivismo jurídico, dadas las consecuencias que se generaron tras la segunda guerra mundial. Por este motivo, es de vital importancia señalar lo que aconteció, previo a la discusión de estos autores, es decir, el contexto histórico que generó la discusión central sobre los casos difíciles que se desarrollará en el segundo capítulo.

En principio, es menester señalar como referente el periodo comprendido durante la Revolución Francesa (1789), debido a que es un acontecimiento que dio cabida al positivismo jurídico, además, como corriente de pensamiento influyó no sólo a ambos autores, sino a todo el pensamiento jurídico continental. La Revolución Francesa el referente histórico directo cuando se habla de positivismo jurídico, éste periodo se caracterizó por la sujeción de los jueces al principio de legalidad, lo que generó no sólo una conquista en la codificación, sino una influencia en el carácter normativo de la Constitución Política.

Anteriormente, primaba la concepción iusnaturalista que generó distintos modos de concebir el derecho en varios periodos históricos tales como: La antigüedad, donde se resaltó el iusnaturalismo clásico o tradicional; en el Medioevo se desarrolló el iusnaturalismo teológico; y en la modernidad el Iusnaturalismo ilustrado, cada uno determinando la validez y fuente de derecho de acuerdo con la concepción o concepto de derecho que se sostenía (Trujillo, 2015, pág. 3).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

No obstante, con el advenimiento de la revolución francesa y el formalismo jurídico, la validez del derecho se sometía únicamente a la ley, y ésta a su vez, debía someterse a dos factores: ser expedida por un órgano competente y cumplir el procedimiento previamente establecido. De igual modo, el papel de los jueces y la solución de casos por parte de los mismos, no tenían por qué entrar en discusión, puesto que toda respuesta debía ser sometida a un proceso de subsunción, ya que la ley contemplaba todos los casos.

El positivismo formalista entró en crisis en la segunda posguerra. Dado que el principio de legalidad, la obediencia de la ley entre otros postulados, generaron un desprendimiento del derecho de principios morales que atentaban contra la dignidad del ser humano, esto se puede evidenciar en algunos regímenes que permitieron circunstancias como la esclavitud o normas racistas. Actualmente, ninguna persona racional puede considerarlas justas, sin embargo eran válidas en su momento (Bobbio, 2016, pág. 21).

En ese sentido, a partir de 1946 con la finalización de los juicios de Núremberg, donde se juzgaron a militares de la Alemania nazi por el exterminio de miles de judíos, se discutió precisamente, si el derecho debía validarse bajo una óptica formalista, teniendo en cuenta que esa postura generó que se realizaran actos inmorales, pero que a la luz del derecho vigente en ese momento eran justos y válidos.

Francisco Contreras expone que hay dos tipos de reacciones frente a la crisis del positivismo jurídico: en primer lugar, algunos autores consideran que se ha clausurado definitivamente la era positivista. No obstante, esto no implica necesariamente un retorno al iusnaturalismo. En tanto que otros, y los califica como “tardopositivistas o post positivismo”, crean estrategias para reformular el positivismo jurídico en términos más débiles con respecto a los tradicionales. De acuerdo con la reformulación del positivismo, se puede observar que



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

actualmente hay múltiples interpretaciones o consideraciones sobre lo que se denomina el positivismo jurídico (Contreras, 2007, pág. 3).

A continuación, se estudiarán las corrientes de pensamiento más representativas de la historia de la filosofía del derecho tales como el Iusnaturalismo y el Derecho positivo. Se realizará una descripción de su origen, de sus fundamentos a lo largo de periodos históricos y de cómo se configuró el paso de una cultura donde primaba el derecho natural, a una cultura monista del derecho positivo.

### **1.3 Iusnaturalismo**

Esta corriente de pensamiento tiene sus orígenes en Grecia y Roma clásicas, dentro de este periodo se destacan autores como Sócrates, Platón, Aristóteles y Cicerón entre otros. Continuó siendo una corriente dominante en la Edad Media donde se resaltaron autores como San Agustín y Santo Tomas, posteriormente, en la Edad Moderna en periodos como la Ilustración se encontraron notables pensadores como Montesquieu, Rousseau, Locke y Hobbes desarrollando entre otras ideas, el Iusnaturalismo Racionalista donde se destacan exponentes como Tomasio, Grocio y Pufendorf.

Centrando el estudio en el Iusnaturalismo Racionalista, se observa que Montesquieu se destacó por sus teorías de las formas de gobierno y la separación tripartita de poderes. Sus obras principales fueron “El espíritu de las leyes” y “Las cartas persas”. (Banchemo, 2013, pág. 3).

Rousseau, contribuyó en gran medida a las ideas de la ilustración, en sus teorías se analiza que el hombre es bueno y libre por naturaleza, es la sociedad quien lo corrompe y la esclaviza. Dentro de esta sociedad se debe firmar un contrato que emana de la voluntad general, es el pueblo donde

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

reside la soberanía. Su obra más conocida es el “contrato social”. (Revista digital de Historia y ciencias sociales, Rousseau., s.f.).

En ese mismo orden, El pensamiento de Locke fue influencia en la época ilustrada porque resaltó que la conformación de la sociedad se hizo necesaria para proteger y respetar derechos que poseen los seres humanos desde su estado natural. Una de las obras más importantes es el “Ensayo sobre el gobierno civil”. (Banchero, 2013, pág. 1). Por último, Hobbes influenció el pensamiento racionalista porque justificó fuera de la religión, la necesidad de un pacto voluntario para la conformación de la sociedad civil orientada por un tercero (monarca) con el fin de pasar del estado de naturaleza donde primaba el caos y la guerra constante. Su obra principal es Leviathan (1651) (Historia II, s.f.)

Otros autores como González Lagier y Pérez Lledó exponen que la tesis principal que defiende esta corriente de pensamiento, es la existencia de un derecho natural que se define como todas aquellas normas y principios morales tales como la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad, que vienen de la naturaleza. La cual, sin importar el periodo del iusnaturalismo, es entendida como una instancia suprasensible, y trascendente (Gonzalez Lagier & Pérez Lledó, 2012, pág. 4). No obstante, tiene sus variaciones. Por ejemplo, en el Iusnaturalismo Teológico se habla de una naturaleza divina, mientras que en el Iusnaturalismo Racionalista Ilustrado es una naturaleza racional del ser humano (Trujillo, 2015, pág. 4).

El iusnaturalismo no niega la existencia de un derecho positivo, sostiene que el verdadero derecho positivo es aquel que se desarrolla conforme al natural, es decir, debe ser obligatoriamente moral y justo, por lo que no basta que el derecho sea dictado conforme al órgano y procedimiento jurídicamente establecido para que sea válido. Esto se puede evidenciar en la tragedia de Edipo, de Sófocles cuyo argumento se expone en el siguiente párrafo:

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

El oráculo había vaticinado a Layo, rey de Tebas, que, de él y su esposa, Yocasta, nacería un hijo que le daría muerte y se casaría después con su madre. Al nacer un hijo, su madre lo entregó a un pastor para que lo dejase morir abandonado en la montaña, Movido éste último por la compasión, se lo entregó a otro pastor, que se lo llevó al rey de Corinto. Ya hombre e ignorante del hado, Edipo mató a su desconocido padre en un altercado, y se casó con su madre, sin saber que lo era. Andando el tiempo, se levantó en Tebas una peste terrible. Apolo declaró que no cesaría mientras la ciudad no se purificase con la expulsión o la muerte del asesino de Layo. La investigación acerca del homicida descubrió una serie de circunstancias que indicaron con evidencia al matador. Yocasta se ahorcó al convencerse de la realidad y Edipo se sacó los ojos. (Sofocles, 1994, pág. 48)

En esta historia, se representa la coherencia entre el derecho natural y la ley positiva. Ya que la ley natural, representada por la declaración del Dios Apolo orientó el actuar del rey de Tebas, Edipo, en la expedición de una ley positiva, con la finalidad de cumplir con los mandatos divinos y salvar a la ciudad de la desgracia. Finalmente, los destinos que sostenían los oráculos producto de las divinidades se hicieron realidad, y el rey encontrándose culpable, tomó responsabilidad.

### **1.4 Iuspositivismo**

Los orígenes históricos del positivismo jurídico, como lo señala Bobbio se pueden establecer en la distinción que existía entre lo “Natural” o aquello que es por naturaleza (Physis), y lo positivo o lo que es por convención o voluntad de los hombres (Thésis). (Bobbio, 1993, pág. 35)

En el Derecho Romano se hacía una distinción entre el *Ius Gentium* y el *Ius Civile*; el primero de estos, se utilizaba para hacer referencia al derecho natural como un criterio moral, universal e inmutable, mientras que el *Ius Civile* hacía referencia al derecho positivo el cual establecía lo particular a los pueblos y lo útil como un criterio económico. (Bobbio, El Positivismo Jurídico, 1993, pág. 37)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Esta distinción se mantuvo en la Época medieval, Bobbio resaltó el análisis de Abelardo sobre la relevancia del derecho natural en el positivo por ser el establecido por los hombres. Tomas de Aquino a su vez, distingue entre *Lex naturalis* y *lex humana*, considerando que la Lex humana es positiva y obra del legislador la cual deriva de la Natural (Bobbio, 1993, pág. 39)

Posteriormente, ya en la modernidad, Grocio hace otra distinción enmarcada en el proyecto de la ilustración, considera que el Derecho natural es un dictamen de la razón, en contraposición con la concepción medieval del derecho natural que parte de un punto de vista teológico. (Bobbio, 1993, pág. 40)

En consecuencia, con la dicotomía Natural-Positiva “¿En qué momento se produjo el paso de la concepción iusnaturalista o de esa dicotomía Natural-positiva, a la concepción únicamente positivista?”, Bobbio señala que ese paso se da con la formación del Estado Moderno y la disolución de la sociedad medieval. En este momento, se concibe el derecho desde una postura monista, la “Positiva”, el derecho es una triada entre: el conflicto, la norma y un tercero que decide, el juez, quien está subordinado al legislativo porque finalmente la resolución de los conflictos se da a través de reglas. A partir de este momento sólo hay un único y verdadero derecho, el positivo. (Bobbio, 1993, pág. 44)

La época moderna trajo consigo diversos momentos históricos que marcaron gran influencia para la conformación del Positivismo jurídico como una corriente de pensamiento. En ese momento sobresalieron tres escenarios históricos, a saber: *La Ilustración, la Revolución Francesa y la codificación napoleónica*.

En primer lugar, Bulygin (2005) expone esos momentos analizando la época de la *Ilustración*, la cual generó la concepción de la división de poderes, idea rectora que cobró gran

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

importancia en el debate Hart- Dworkin. Ésta idea, como la Soberanía Popular y la Democracia Representativa, generaron límites a las decisiones arbitrarias del rey y una participación del pueblo en las decisiones públicas por medio de los representantes elegidos popularmente.

Así mismo, la división de poderes<sup>1</sup> generó influencia en dos aspectos centrales que conllevan a la conformación del positivismo jurídico tales como: La distinción entre creación de la ley (Competencia del legislador); y la aplicación de la ley (Competencia del Juez), en ese entonces, el poder legislativo se encargaba de expedir normas de carácter general, las cuales debían ser aceptadas como dogmas y obedecidas obligatoriamente, los jueces a partir de esas normas hacían una inferencia lógica al caso individual para la solución de casos, sus competencias se limitaban a aplicar la ley sin ningún tipo de modificación. Según esta postura separatista de poderes, no existen las lagunas del derecho, ni contradicciones o conflictos normativos.

Otra cuestión que fue influenciada por esta doctrina separatista fue, la formación del derecho como una ciencia y la limitación de su concepto a “El conjunto de normas generales creadas por el poder legislativo” (Bulygin, 2005, P.63), este concepto deja por fuera otras nociones consideradas “Derecho” en el siglo XVIII tales como: la doctrina, la costumbre, las citas de los padres de la iglesia, las leyes de los señores feudales y el Rey, es menester resaltar que anterior a esta concepción ilustrada del derecho no había separación entre las reglas jurídicas, morales y religiosas.

En segundo lugar, *La Revolución Francesa* conllevó a materializar las ideas planteadas en la Ilustración, conceptos claves como libertad, igualdad y fraternidad influenciados por

---

<sup>1</sup> La interpretación actual que se da a este principio no es una “división” sino una separación porque el poder es solo uno.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

pensadores como Rousseau, Voltaire y Montesquieu, conllevaron a consagrar el fundamento del positivismo jurídico dentro de lo que se resalta la Declaración de los Derechos del Hombre y *del Ciudadano*, estableciendo el rechazo a las políticas del antiguo régimen delimitando los poderes del Estado con el principio de legalidad y la codificación. De ahí, la famosa frase de Montesquieu en *El Espíritu de las leyes* “El Juez es la boca de la ley”, es decir, al momento de resolver un caso concreto sólo debía realizar el silogismo de subsunción.

En tercer lugar, *La Codificación Napoleónica* fue la culminación de un proceso de transformación política, con la creación deliberada de normas nuevas y el remplazo de codificaciones propias del siglo XVIII, que se caracterizó por las recopilaciones de las leyes. La codificación en general inició en Francia, y se extendió hasta el siglo XIX a casi todos los países del mundo propios de sistemas continentales<sup>2</sup>, excepto los del Common Law. La positivización del derecho finalmente significó que todo derecho se convirtió en positivo.

El cambio de la noción de la justicia moral del derecho natural, a una justicia como legalidad implica que el juez ya no debe preocuparse por la justicia de su decisión, sino por su legalidad, finalmente lo distingue del legislador a quien le compete crear normas justas. Por otro lado, Roig (1993) expone como precedentes directos al positivismo jurídico el *Corpus Iuris Civilis*, el cual fundamenta la validez en la voluntad del príncipe y de acuerdo con Bobbio, el dogma de la omnipotencia del legislador, el movimiento en favor de la codificación y la escuela de la exégesis.

---

<sup>2</sup> El sistema continental también es conocido como *sistema Romano germano –francés*. Debido a que tiene sus raíces en estos derechos, o también llamado *Civil Law*. Se fundamenta en la ley preexistente a la jurisprudencia, es propia de los países de Europa occidental entre los que podemos encontrar actualmente: Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En primer lugar, la *Omnipotencia del Legislador* está vinculada a una concepción absolutista del Estado, donde el legislador tiene pleno poder, pero con la aparición del Estado democrático, cambia el sentido del monopolio estatal de la producción jurídica, se crea el principio de representatividad del legislador y es el juez el encargado de aplicar el derecho válido, y es quien acude si es necesario, a los principios propios del iusnaturalismo. En esta instancia, ambos derechos: Natural y positivo fueron expresión de un legislador universal, es decir, se contenía y establecía el derecho natural dentro de un catálogo normativo.

En segundo lugar, el *Movimiento en favor de la codificación* se encuadra en Francia en los años de 1804 con el *Código de Napoleón*, en el cual se estableció la existencia de un legislador universal y la exigencia de un derecho sencillo, unitario y breve.

En tercer lugar, *la escuela de la exégesis* fue un nombre dado por la doctrina Anti formalista francesa<sup>3</sup>. Uí (2010) señala que dentro de los principales fundamentos de la escuela de la exégesis estaba la traducción del pensamiento o voluntad del legislador o autores de la ley. Los exégetas consideraban que el contenido literal de lo establecido en el Código civil era letra muerta, por lo que la importancia de la interpretación se centraba en encontrar el propósito, la finalidad y las necesidades que pretendía el legislador.

### 1.4.1 Temas centrales del Positivismo Jurídico

El positivismo jurídico puede caracterizarse dentro de las siguientes premisas: primero, con referencia al estudio del derecho, Bobbio señala que “el derecho es considerado como un

---

<sup>3</sup> La Doctrina antiformalista Francesa se desarrolla como antítesis a la doctrina formalista que se gestó con la escuela de exégesis, su principal Autor fue François Geny, el cual en su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* sostuvo que: “el vicio capital del sistema es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y para todo en la situación en que nos encontrábamos al mismo momento de aparecer la ley.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

hecho y no un valor”, de acuerdo con esto, lo clasifica dentro de una especie de *positivismo metodológico*<sup>4</sup>. Esta concepción del derecho permite analizarlo como una ciencia, puesto que tiene un método y un procedimiento objetivo, alejado de juicios de valor. Esta posición también ha generado un concepto de validez del derecho ligado al formalismo jurídico donde no se detiene a observar como relevante el contenido de la norma.

El derecho como ciencia social entra discusión, porque el objeto de estudio son las realidades sociales, las cuales pueden ser generadas por causas diferentes o generar varias consecuencias. Es decir, no hay un criterio uniforme, estático, seguro y determinado de cómo la sociedad va actuar en todas las circunstancias posibles. No todo es aplicable a todo, como pretende el positivismo científico y jurídico.

La postura científica del Estado moderno generó una actitud frente a la ciencia de acuerdo a lo experimental, dejando de lado cuestiones metafísicas, teológicas y moralistas, se busca el estudio de la realidad como es. Por eso, el estudio del derecho es el que se manifiesta en la realidad, se estudia el derecho que es, no el que se pretende o el que debe ser. Esta postura conlleva analizar si únicamente la ciencia del derecho estudia lo que es, y a partir de ese pensamiento no se tiene en cuenta si es justo o no, lo que lleva a la validez de sistemas como la esclavitud y el Nazismo.

Por otro lado, bajo la doctrina del positivismo jurídico, el derecho se puede definir como un *elemento de coacción*. Es considerado según la clasificación de Bobbio como el *positivismo teórico*. En una teoría clásica sobre la coacción, ésta es el medio para hacer efectiva la norma

---

<sup>4</sup> El positivismo metodológico se caracteriza por que el concepto de derecho debe darse dentro de propiedades descriptivas, descartando juicios de valor. No se opone directamente a la existencia de principios universalmente, sin embargo, la manifestación del derecho debe darse a través de leyes.



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

jurídica, mientras que en teorías modernas, la coerción no es el medio si no el objeto de las normas jurídicas para regular el uso de la fuerza.

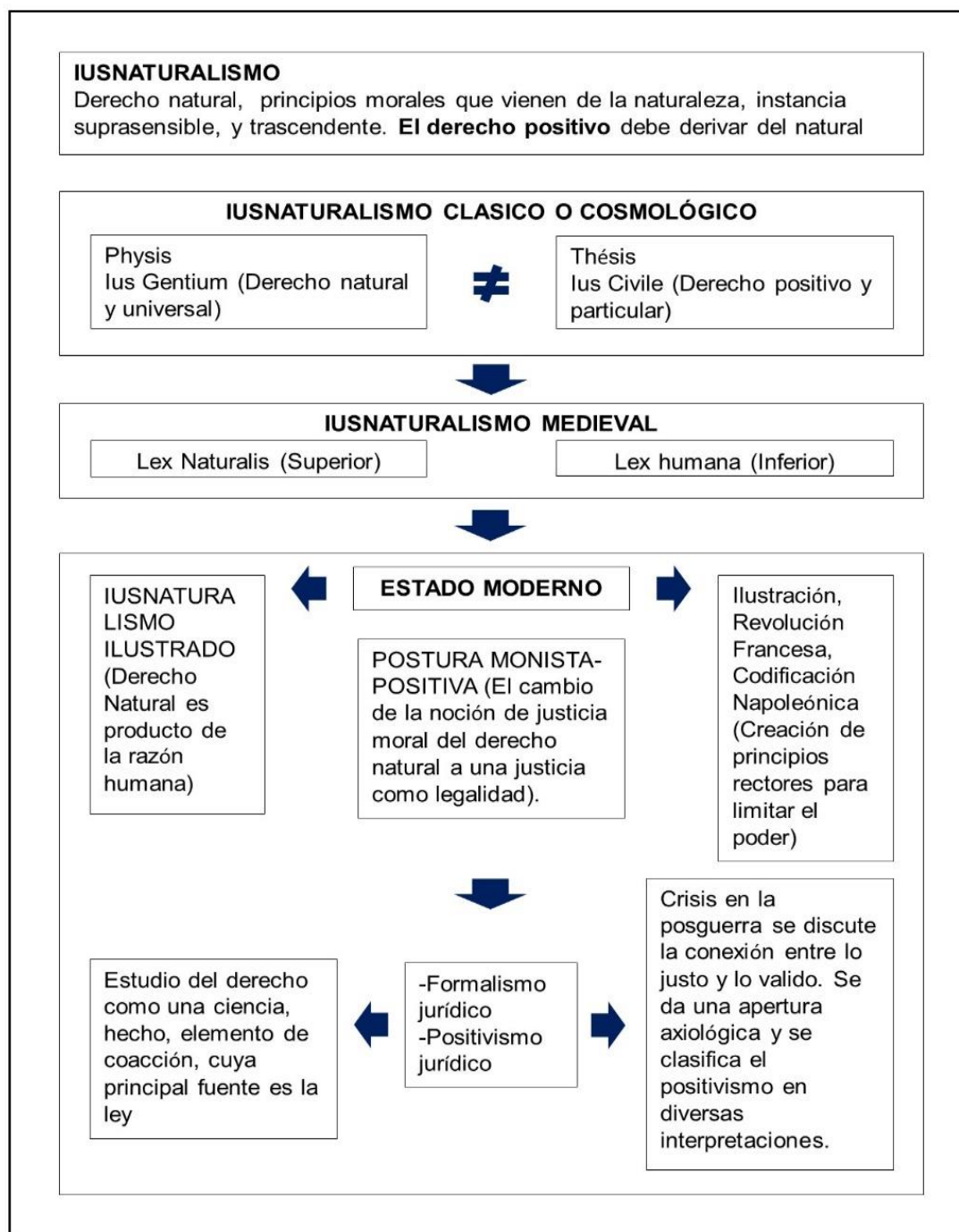
En el estudio del positivismo jurídico también se analiza la *fuerza de derecho*, para esta corriente la fuente principal es la ley, porque es la “manifestación directa del poder soberano del Estado”. La ley está en un plano superior a otro tipo de fuentes de derecho.

Por otro lado, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, exponen que la pretensión del positivismo jurídico es dar a la teoría del derecho un carácter descriptivo, dejando de lado la dimensión valorativa de las normas jurídicas que lo inhabilita para participar en los principales debates de hoy (Atienza J. R., 2007, pág. 7).

De los autores relevantes que critican esta postura positivista, descriptiva del derecho y aislada de contenidos morales se resaltan representantes del pensamiento anglosajón como Ronald Dworkin y Robert Alexy, ya que exponen la necesidad de la conexión entre el derecho y la moral, por la relevancia que tienen los principios y los formalismos jurídicos en las decisiones judiciales.

En consecuencia, diferentes circunstancias históricas y sociales han sido determinantes para la disolución de prácticas y la conformación de corrientes de pensamiento como el positivismo jurídico, el cual sigue imperante en diversos Estados teniendo múltiples interpretaciones. Así, se ha mantenido la construcción del debate sobre la mejor corriente de pensamiento que pueda explicar la práctica del derecho lo que ha generado que, toda postura moral subjetiva debe dejarse de lado para no afectar el sistema, y conservar un orden social.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES



**Figura 1** Cuadro resumen de “Generalidades del Contexto Histórico” (Elaboración propia)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

### **1.5 Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin.**

El contexto histórico sobre el desarrollo del derecho ha estado trazado por enfrentamientos en las teorías del derecho de diferentes autores, los cuales con sus postulados han ayudado a nutrir el debate y construir corrientes más sólidas sobre el estudio del derecho. Autores como Austin, Kelsen, Hart y Dworkin presentan postulados sobre lo que entienden por concepto del derecho, evidenciando la dificultad en determinar consenso frente a todas las nociones de las distintas escuelas filosóficas.

El primer autor que cobra relevancia para el estudio del debate Hart-Dworkin es Austin<sup>5</sup>. (1832) cuya tesis establece que “Toda norma jurídica (law) es un mandato, o mejor las normas son, propiamente hablando, especies de mandatos”.

De igual forma, el derecho puede caracterizarse por: “la reducción de las opciones del comportamiento mediante la amenaza de un castigo”. De acuerdo con esto, ¿Qué se entiende por mandato? En consonancia con la teoría de Austin, “mandato es la expresión de un deseo que otra persona haga o se abstenga de hacer algo bajo la coacción y el condicionamiento de un daño en el caso que no se atienda el deseo” (Salmoran, 1984, pág. 37). Otra noción correlacionada con mandato es *Obligación*, puesto que, al estar expuesto a un daño se ve vinculado u obligado a cumplir con el mandato. Por lo tanto, la palabra mandato conlleva a tres nociones tales como: deseo, daño y expresión mediante palabras o signos.

---

<sup>5</sup> fue un jurista Británico nacido en 1790, abogado y docente de la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Londres, considerado como el creador de la escuela analítica de la jurisprudencia. Particularmente, su teoría sobre los mandatos ha sido sujeto de diversas críticas, se caracterizó como un Utilitarista<sup>5</sup> debido a las influencias de su amigo Jeremías Bentham, quien se impresionó por su intelecto y potencial (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2001).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

El mandato a su vez, presupone una relación de dominio, en la que una persona ejerce el mandato y otra lo obedece, esto implica *superioridad*, ésta noción debe entenderse como poder, por el hecho de forzar a una persona en virtud del miedo a un castigo. Ejemplos de superioridad pueden ser: Dios y el soberano. Éste último, es la noción en la que se basa la teoría jurídica de Austin en cuanto a la constitución de una sociedad política. Para que ésta sea independiente debe tener un superior común que sea soberano, de quien deriva la fuente de derecho, y la capacidad de ejercer mandatos y ser obedecido.

De acuerdo con Austin, el derecho *es* “un conjunto de órdenes de un superior político dirigido a todos aquellos que se hallan sometidos a él y quienes habitualmente lo obedecen o si se quiere, como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas” (De La Rosa, 2011, pág. 94). No obstante, Hart establece en su doctrina jurídica los problemas que acarrea esta concepción imperativista del derecho, rechaza que el criterio de identificación de las reglas jurídicas se haga a través de un hábito de obediencia, porque ese criterio sería adecuado para las ordenes que emplea el asaltante con sus víctimas. De esta manera, ¿Cómo podría diferenciarse el derecho de este tipo de mandatos? Estas comparaciones pueden generar, según Hart, confusión y deformación en el concepto de derecho.

La crítica de Hart al positivismo de Austin es respecto a la idea de *mandato*, éste no debe ser primariamente una apelación al miedo, sino al respeto a la autoridad. El mandato de Austin no tiene la característica de órdenes permanentes de ser seguidas en el tiempo, puesto que se fundamentan en el miedo, y una de las características principales de “norma” que pretende exponer el positivismo es su característica de permanencia.

Hart expone que la razón principal de la falla de Austin, es no haber incluido la noción de reglas en su concepto, puesto que para entender la noción de “obligación”, es indispensable una

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

regla que la prevea y que el caso de esa persona se encuentre dentro del campo de aplicación de la regla.

Otro de los principales exponentes del positivismo jurídico y el que ha tenido más trascendencia e influencia de su doctrina es el filósofo del derecho Hans Kelsen, quien definió el derecho como una ciencia y la unificó como un sistema independiente de toda ideología política y moral, con leyes propias. Una de las características principales es su carácter coactivo de imponer sanciones por conductas ilícitas y previamente prescritas. Esto no significa que no se considere que el derecho debe ser moral, la independencia de la moral es ventajosa para poder calificar lo bueno, malo, justo e injusto del derecho (Kelsen, 2008, pág. 34).

El mismo autor expone que la finalidad de esta ciencia, es determinar la naturaleza del derecho y para conseguir este objetivo, se enfoca en distinguir el derecho de varios elementos, por ejemplo: hace una distinción para aclarar que el derecho no se pregunta cómo debe ser ni cómo debería formarse, sino lo que es y cómo se forma, es decir, se enfoca en el ser y no en el deber ser. Apoya la idea, según la cual, las ciencias de la naturaleza difieren de las sociales, a las cuales pertenece el derecho; porque el derecho se rige por un principio de imputación en el cual el acto ilícito y la sanción están mediados por una norma o regla de derecho, mientras que, en el principio de causalidad, propio de las ciencias naturales se rige por la causa y el efecto, el cual se produce independientemente de cualquier norma.

El derecho positivo como lo plantea Kelsen pretende regular todas las conductas humanas, de hecho, en la manera como está planteada no hay algo que no pueda ser juzgado desde el punto de vista normativo. Sobre todo, con el principio legal establecido por Carlos Cossio en su Teoría Ecológica del Derecho: *Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido.*

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

La crítica que se hace en la “Teoría Pura del Derecho” al positivismo tradicional, está enfocada en que la norma jurídica se expresa con contenidos morales en la idea del deber ser (lo bueno, justo, equitativo). Con la teoría tradicional del derecho, no se ha logrado establecer un sistema totalmente integrado e independiente de cualquier otra doctrina social, moral y natural. Con la segunda guerra mundial, esta teoría tradicional retornó a la doctrina del derecho natural, aunque continuó manteniendo el carácter coercitivo del derecho.

Otro de los cambios que genera Kelsen al positivismo tradicional es la noción de hecho ilícito frente a la noción del derecho, porque en la tradición jurídica, el hecho ilícito constituye una violación o negación al derecho, mientras que en la teoría pura, constituye una condición esencial para que el derecho pueda desempeñar su función sancionatoria.

De esta manera, Kelsen define el derecho como: “Sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad” (Kelsen, 2008, pág. 34), y de igual forma, en este sentido se define como: el Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho. (...) Se reconoce inequívocamente que el Derecho es un hecho históricamente condicionado. (Rivas, 1997, pág. 486)

En contraposición, una de las principales críticas al positivismo fueron las expuestas por Herbert L.A Hart. No sólo criticó el positivismo tradicional en cabeza de Austin y Bentham sino el expuesto por Hans Kelsen. Herbert Hart en su obra *El concepto de derecho*, expone el problema que se ha suscitado en torno al concepto de derecho. Este problema radica precisamente en los casos dudosos donde el concepto tradicional de derecho no puede extenderse, por lo que se ha generado una discusión prolongada en la cual se han presentado diferentes vertientes. Hart pretende establecer ciertos puntos de

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

concordancia que lleven a superar esta discusión que se ha tornado estática y estéril, al considerar que el término “reglas” es el punto de concordancia en toda pretensión de definir el derecho. Estas reglas han sido clasificadas por Hart (1961) de la siguiente manera:

- Reglas que obligan o prohíben tipos de conducta bajo amenaza de una pena
- Reglas que exigen que se indemnicen a quienes se han causado daño
- Reglas que establecen procedimientos para acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones. (Hart H. , 1961, págs. 3,4)

En ésta misma obra, se enuncian tres problemas recurrentes en la conceptualización de derecho: en primer lugar, la característica general más destacada del derecho de acuerdo con Austin, es que ciertos tipos de conducta no son optativos sino obligatorios. De esta manera, muestra Hart que el asaltante que ordena a su víctima puede considerarse una esencia del derecho bajo ese concepto.

En segundo lugar, los postulados de la doctrina escolástica y el derecho natural, y teorías jurídicas contemporáneas que critican el positivismo jurídico derivado de Austin, generan a su vez un problema de Concepto en el derecho, puesto que según estas doctrinas, todos los sistemas jurídicos reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales y sugieren en resumen lo siguiente: el punto de vista del derecho es entendido como una “rama” de la moral o de la justicia, es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas lo que hace su “esencia (Hart H. , 1961, pág. 9).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

De acuerdo con este apartado, Hart señala que parecen confundir ambos tipos de conductas obligatorias, limitando las diferencias de especie que hay entre reglas morales y jurídicas, las cuales son tan importantes como las similitudes que presentan.

En tercer lugar, otra cuestión que resulta problemática es que ambos postulados enunciados anteriormente, tanto la corriente de Austin como la escolástica hablan del derecho como una cuestión de reglas. No obstante, la falta de certeza sobre su noción es la base para el problema en la delimitación de la naturaleza del derecho, de ahí, surge la necesidad de Hart de desarrollar una doctrina jurídica sobre las reglas.

El punto culminante del Positivismo de Hart es la conexión entre las reglas de carácter primario y reglas de carácter secundario. José González expone que Hart distingue dos tipos de reglas: primero, las reglas de tipo básico o primario, las cuales prescriben la comisión u omisión de ciertas acciones, las cuales deben ser acatadas porque son imprescindibles para asegurar la subsistencia de una sociedad, y las reglas de segundo orden que actúan sobre las primarias, porque pueden modificarlas, extinguirlas o hacer nacer otras que las sustituyan, confieren potestades, pueden crear o modificar deberes y obligaciones. (Gonzales, 1985, pág. 163)

El problema que se genera con que una sociedad sólo se guíe por el primer tipo de reglas, es una incertidumbre acerca del alcance de dichas normas y una dificultad para que puedan variar y adaptarse a los requerimientos de la vida humana, según Hart, este tipo de sociedades se encuentran en un nivel pre-jurídico y la solución es que todas las normas primarias pueden integrarse a un contexto de normas secundarias que les otorgue la juridicidad necesaria y estabilidad para su continuidad.



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

De acuerdo con la teoría jurídica de Hart, este autor define el derecho como *un* “conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento” (Rodríguez, 1997, pág. 36), y también lo define como “toda norma social obligatoria que pueda identificarse por referencia a alguno de los criterios especificados en la regla de reconocimiento” (De la Rosa Y. C., 2011, pág. 96).

Siguiendo con la línea del debate sobre el concepto del derecho, Dworkin en “Los derechos en serio” ataca la conceptualización del derecho de Hart puesto que: “el derecho no está constituido únicamente por reglas sino también- y de manera destacada por principios”. (Dworkin, 1989, pág. 9) Según este autor, los principios no pertenecen al derecho por integración de una regla de reconocimiento, pertenecen por razones de tipo moral, por lo tanto, el derecho no sólo es un conjunto de normas válidas y reglas sino también principios morales. De igual modo, Dworkin en *Law's Empire* mantiene la crítica argumentando que:

...el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juegan un papel determinante los fines y valores que definen la misma; la teoría del Derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: no importa tanto la descripción de una realidad ya dada, existente fuera de nosotros, como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas. (Manero, 2007, pág. 13)

Dworkin analiza que la importancia de contemplar los principios radica en la imposibilidad de incluirlos en el concepto de reglas que expone Hart. Por un lado, las reglas se identifican por su linaje y origen bajo el “Test de pedigree”, y se validan bajo una jerarquía de normas que tiene su fuente en la regla de reconocimiento. De igual modo, las reglas se aplican o no se aplican, y su enunciado determina las condiciones de aplicación, mientras que los principios se identifican por su contenido; la validez de los principios depende de su peso

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

específico en el caso concreto, así como dan razones para decidir, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación.

En contraste, Si bien la regla puede aplicarse o no, los principios siempre deben ser aplicados, porque si la literalidad de la regla va en contra de un principio, la regla puede ser desatendida. Ante estas premisas, es necesario analizar ¿Qué entiende Dworkin por principios?

En términos generales, al conjunto de estándares que no son normas; complementa su acepción de principio, como un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Por otra parte, entiende que una directriz es un estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, por lo general una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (Trejo, 2011 ).

Los jueces en sus decisiones pueden defender y justificar estos dos tipos de argumentos: de principios, por ejemplo, cuando defienden leyes que se oponen a la discriminación donde una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto. Por otra parte, se encuentran argumentos políticos, cuando argumentan a favor de una ley que otorga subsidios para los fabricantes de aviones. No obstante “al juez le estará permitido solo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedaran reservados al legislador. Solo en casos excepcionales le estará permitido al juez fundamentar sus decisiones en argumentos de directrices políticas” (Amandi, 2005, pág. 257).

De acuerdo con los positivistas, la lógica de un principio no obliga a su uso, si no se siguió un principio cuando debió hacerse, solo implica que hubo un error por parte del operador judicial. De ahí que es relevante preguntarse: “Por qué este tipo de obligación (los principios) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices políticas no obligan al derecho sino simplemente son normas extrajurídicas que los tribunales usan de manera característica?” (Dworkin, 1989, págs. 88-89).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Este autor norteamericano enuncia lo que podrían sostener los positivistas para mantener su posición respecto a la obligación de los principios, así como la dicotomía que pretenden mantener con las reglas. En primer lugar, pueden sostener que los principios no pueden ser vinculantes, para Dworkin esa consideración es un error, porque en la aplicación, si un juez deja de considerar un principio que otros jueces han tomado en consideración, la mayoría de los jueces rechazarían esa decisión. De igual modo, sucede cuando un juez deja de seguir una norma (la cual es obligatoria), se puede considerar que ha cometido un error.

En segundo lugar, los positivistas considerarían que aun cuando los principios obliguen, éstos no pueden determinar un resultado particular. Ante esto, Dworkin aduce que las normas imponen resultados, pero no los determinan. Sin embargo, se diferencia su aplicación en lo siguiente: “cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (Dworkin, 1989, pág. 89).

Para Dworkin, si un juez considera que hay dos principios que colisionan y no tienen el mismo peso, debe decidir de igual modo como decide lo que cree que es una norma obligatoria, la equivocación del funcionario puede darse tanto en una como otra forma de decisión.

Por último, los positivistas pueden sostener que un principio no puede considerarse como derecho porque su autoridad es discutible por naturaleza. Razón por la cual, Dworkin explica que un principio no se puede validar como una norma, pero se puede defender apelando a prácticas e implicaciones de la historia legislativa y judicial. De esta manera, ¿cómo se validaría la regla de reconocimiento si los principios no son susceptibles de prueba? es necesario validar los

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

principios de alguna forma como parte del derecho, puesto que estos desempeñan un papel en las discusiones sobre obligación jurídica.

En consecuencia, se puede observar que no hay una definición estándar de lo que se puede entender por derecho, desde la teoría imperativista se ha reformado con los conceptos de Kelsen y Hart. Desde la formulación del derecho, como un sistema de normas previamente establecidas que pretenden regular todo lo existente como plantea Kelsen, hasta la postura de Hart que fundamenta la importancia de incluir la noción de reglas a estos conceptos, para que las actuaciones tengan un sustento a la hora de aplicar las sanciones.

De igual modo, Dworkin se une a este aporte teórico alegando la existencia de los principios, los cuales también hacen parte del derecho, pero tienen un fundamento moral por lo que no pueden identificarse bajo el mismo procedimiento que una norma positiva.

### El concepto de Derecho

<p><b>AUSTIN</b></p>	<p>“...un conjunto de órdenes de un superior político dirigido a todos aquellos que se hallan sometidos a él y quienes habitualmente lo obedecen o si se quiere, como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas”</p>
<p><b>KELSEN</b></p>	<p>El derecho es un sistema de normas, un orden coactivo externo y de la conducta humana, técnica social o medio específico a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Es un aparato coactivo que carece de todo valor ético o político.</p>

<b>HART</b>	“El derecho es un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento”.
<b>DWORKIN</b>	“...el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juega un papel determinante los fines y valores que definen la misma...”

**Figura 2** Cuadro resumen de “Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin” (Elaboración propia)

### 1.6 ¿Cómo se valida el derecho?

Los autores anteriormente enunciados, así como mantienen posturas disimiles frente al concepto del derecho, de igual modo analizan su validez. Ésta palabra es un concepto utilizado en teoría jurídica para determinar aquellas normas que hacen parte del ordenamiento jurídico, porque cumplen los requisitos determinados por la práctica jurídica y son estudiados por los teóricos. Estos requisitos se clasifican en validez formalista, normativista y axiológica.

Inicialmente, el estudio sobre la validez del derecho cobra relevancia con la clasificación que estableció Bobbio para valorar las normas jurídicas, de esta manera las normas pueden ser analizadas bajo el problema de la justicia, la eficacia y la validez (De la Rosa Y. C., 2012, pág. 20).

En primer lugar, la justicia hace referencia a la correspondencia de valores superiores con los fines del orden jurídico, específicamente la relación entre la realidad y lo ideal, o lo que es con lo que debería ser; en segundo lugar, la eficacia determina si la norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirige. A su vez, la validez hace referencia a la existencia de la norma,

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

independientemente de si es justa o no y para esto es necesario, De acuerdo con Bobbio: “(i) determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; (ii) comprobar si no ha sido derogada; (iii) comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, ya sea superior, posterior”. (Bobbio, 2016, pág. 20). El punto crucial de este autor, es que los tres criterios son independientes entre sí. En consecuencia, según Bobbio, para que una norma sea válida no requiere ser justa o eficaz. (Bobbio, 2016, pág. 20)

De igual modo, Alf Ross resalta que la palabra validez es usada con tres significados: “(i) para indicar si tiene los efectos jurídicos deseados; (ii) la existencia de la norma en la realidad fáctica; (iii) por su fuerza obligatoria”. (Ross, 2008, pág. 214). Así

Se observa entonces que Bobbio y Alf Ross defienden una validez del derecho desde una óptica formalista. Ya que, en sus postulados teóricos hacen mención a la vigencia, existencia o pertenencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico.

La validez *Normativa*, hace referencia a la fuerza obligatoria o vinculante y presupone la validez formal, mientras que en la validez *axiológica*, se analiza la necesidad de que la norma tenga un contenido en valores para ser válida, requiere de un análisis formal y normativo previo (De la Rosa Y. C., 2012, pág. 21).

Por lo tanto, el concepto de la validez jurídica guarda relación con la ideología de derecho que se defiende. En ese sentido, a continuación, se analizarán algunos autores relevantes de la filosofía del derecho, puesto que representan un modelo teórico relevante sobre la validez, de acuerdo a la corriente iusfilosófica con la que guardan relación.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

### 1.6.1 Sobre el concepto de validez del derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin.

En primer lugar, analizando la teoría imperativista de John Austin se observa que la validez del derecho está ligada a su concepto, de esta manera, si el derecho es un conjunto de ordenes emitidas por un “superior político” que llama soberano, todo lo que el establezca debe estar acorde a sus requerimientos.

Para Austin entonces, la validez jurídica no se encuentra apelando a otro orden como el de la razón o la divinidad, sino en la posibilidad de constatar empíricamente que la norma en cuestión fue establecida por un soberano que habitualmente es obedecido. Austin define el derecho como un imperativo (De La Rosa, 2011, pág. 94).

Por otro lado, Kelsen establece que la validez de la norma hace referencia a cómo ésta va a existir y hacer parte del ordenamiento jurídico. Entonces, para que una norma exista, debe seguir unos procedimientos legales determinados por la voluntad humana, estas normas, deben aplicarse a la conducta de los individuos y a los hechos. Kelsen menciona los requisitos generales para que una norma sea válida, no obstante, deja claro que la eficacia es una condición sine qua non para que un orden jurídico sea válido. De ahí que, si la norma es ineficaz entonces cesan las condiciones para ser validada completamente.

La existencia de la norma y el cumplimiento de los procesos para su validez, es una de las características del derecho positivo más importantes, porque se pretende determinar y prescribir cada una de las conductas humanas prohibidas para regular los comportamientos y mantener un orden como fin último del derecho. Esta forma de ver el derecho, conlleva a garantizar el principio de la seguridad jurídica, es decir, una certeza de que el sistema de normas establecido y conocido, es el que va a ser aplicable. El hecho de que las leyes no sean cambiantes constantemente, genera una certeza en la forma como la sociedad se va a comportar y a evitar ciertos actos censurados por el sistema.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

La validez de una norma también depende de una jerarquía de normas, porque las normas son creadas e interpretadas de conformidad con la aplicación de otra norma, la Constitución Política de un Estado es aquella que se encuentra en la cima de la jerarquía de validez, pero debe haber otra que valide esa norma superior, por eso Kelsen crea la noción de *Norma fundamental*, y de ella se deriva la calidad de crear derecho.

Kelsen establece en su libro “Teoría Pura del Derecho” que, el carácter jurídico de la primera Constitución es supuesto, no es una norma de derecho positivo. Por esto, la validez depende de la suposición de la norma fundamental. Esta es la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho, porque permite considerar al derecho como un sistema de normas válidas, de igual manera, se considera que la norma fundamental es supuesta si el orden jurídico es eficaz.

En contraposición, Hart expone que esta idea de norma básica es equivocada por dos razones: primero, hablar de validez de la norma básica causa confusión, porque la validez se predica solo de las normas situadas debajo de ella.

Solo necesitamos la palabra “validez”, y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que se satisfagan ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. Siendo así, no puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporcionan los criterios; ella no puede ser válida ni invalida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera (Hart H. , 1961, pág. 135).

Hart critica la validez de derecho que expone Kelsen con la noción de norma fundamental, porque si de ella radica la validez de las demás normas de la jerarquía entonces ¿En qué radica la validez de la norma fundamental, si Kelsen ha negado el contenido del derecho natural dentro del sistema jurídico? Hart expone que la norma fundamental es innecesaria, porque la validez de las normas ya está dada a partir de la aceptación social, esta regla de



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

reconocimiento tiene un contenido sociológico-jurídico, factico, y su existencia deriva de una cuestión de hecho, mientras que la norma fundamental se debe a un análisis conceptual y abstracto, un razonamiento lógico que se aleja del derecho positivo.

Hart establece que, para la validez del derecho y la integralidad de estas normas al sistema, se da la regla de reconocimiento que muestra la aceptación social de la regla para ser válida. Ésta regla, se caracteriza por ser una forma de identificar un sistema de derecho, es un criterio de autoridad para la aceptación, es la regla última, es decir, en ella termina la cadena de validez del sistema.

No obstante, respecto a la noción de validez en Dworkin, crítica este postulado Hartiano, puesto que la regla de reconocimiento no puede dar cuenta de la validez de principios y directrices políticas, porque su pertenencia al sistema no depende del origen sino de su peso específico en el caso concreto.

De ahí que Dworkin considere que la validez de los principios, y directrices en el caso concreto depende de la capacidad persuasiva de los jueces y magistrados para extraer las razones, para decidir en un sentido determinado u otro. Dado que, los principios tienen su origen en la conveniencia y oportunidad desarrollada en la sociedad, y es ese sentido de adecuación, por parte del juez frente al hecho histórico, el que le otorga validez a los principios.

Como resultado del análisis presentado en el debate que la investigación se ha planteado hasta el momento, se evidencia lo siguiente:

Si se aceptara la tesis de Hart, los principios no podrían ser considerados como parte del sistema jurídico y consecuentemente, como pauta de comportamiento obligatorio, debido a que la regla de reconocimiento identifica a las normas por su origen o fuente, y en la práctica, los principios no son reconocidos por los jueces por provenir

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

de una autoridad, sino por el contenido, porque se aprecian como justos, plausibles o razonables para solucionar un caso (Carrillo, 2011, pág. 97).

En la cita mencionada previamente, se evidencia que Dworkin defiende una postura Axiológica de la validez, al considerar que los principios tienen un contenido de Justicia y Equidad, nociones propias de la moralidad y la teoría axiológica defiende la validez de una norma partiendo de una adecuación con otros postulados, ya sea normas o principios, extrajurídicos.

La noción de validez en Dworkin está estrictamente relacionada con su concepto, puesto que, en su teoría los postulados extrajurídicos que pueden tomarse como fuente para la validez del derecho no sólo son nociones jurídicas o morales sino también políticas. Dworkin maneja una noción del derecho como integralidad, de ahí que no hay un concepto determinado a lo que Dworkin pueda remitir la validez del ordenamiento jurídico, puesto que depende de la argumentación jurídica por parte de los jueces en el caso concreto sobre la adecuación y justificación de esos principios extrajurídicos.

Por lo tanto, la validez también ha tenido diferencias en los planteamientos de los autores, puesto que el fundamento último del derecho, deriva de la figura que se expone como superior ante las otras y que, conforme a ella, las demás integran al sistema. En esta medida, para Austin, la validez se corresponde con la figura del soberano, para Kelsen con la norma Fundamental, en Hart la validez está ligada a la Regla de reconocimiento, y por último, Dworkin considera que la validez está sometida a un principio de adecuación ligado a una capacidad de persuasión y razonamiento del juez en la resolución de casos.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Las nociones del concepto de validez y de derecho de los diferentes autores se han concretado a partir de los postulados de los demás, la crítica ha fomentado la creación de nuevos argumentos e ideas fundamentales para mayor comprensión de los temas y problemas de la filosofía del derecho. Como se observa, Hart y Dworkin han mantenido el debate sin dejar de lado los postulados previos, la discusión que se centra en este debate nutre las discusiones previas y ayuda a entender mejor los conceptos que se han discutido a lo largo de la tradición jurídica. Por esto, en subcapítulo siguiente se analizará la diferencia que mantienen estos autores en los diferentes puntos en los que se encuentran.

### La validez del derecho

<b>AUSTIN</b>	La validez no se encuentra apelando a otro orden como el de a razón o la divinidad, sino en la posibilidad de constatar empíricamente que la norma en cuestión fue establecida por un soberano que habitualmente es obedecido
<b>KELSEN</b>	La validez depende de la suposición de una norma fundamental, la cual es la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho porque permite considerarlo como un sistema de normas válidas.
<b>HART</b>	La validez de una regla depende de su conformidad con las reglas ubicadas en un nivel jurídico más alto. La regla de reconocimiento es la

	regla última de la cadena de validez del sistema, la validez de la constitución está dada por esta regla.
<b>DWORKIN</b>	La validez de los principios y directrices depende del peso específico en el caso concreto, de la capacidad persuasiva de jueces o magistrados para extraer las razones y decidir en un sentido.

**Figura 3** Cuadro resumen de “¿Cómo se valida el derecho?” (Elaboración propia)

### 1.7 La dicotomía Hart – Dworkin

El Postscriptum es un documento publicado posterior a la muerte de Herbert Hart, comprende una serie de argumentos formulados por el autor como respuesta a las críticas que se le plantearon a su teoría del derecho. En esta obra, responde a las críticas enunciadas por Ronald Dworkin en su obra “Los derechos en serio”.

En primer lugar, Hart resalta el contraste que existe entre su teoría del derecho y la de Ronald Dworkin. La teoría de Hart, se caracteriza por ser general, descriptiva y no se encuentra atada a ningún sistema o cultura jurídica particular. En comparación, Dworkin considera una teoría del derecho, como valorativa, justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, específicamente la del derecho anglo-americano.

Por otro lado, las teorías de ambos autores también se distancian en las consideraciones del propósito del derecho. Mientras que Dworkin considera que el propósito del derecho es justificar la coerción. Hart sostiene que el propósito del derecho es suministrar guías de conducta

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

y parámetros de crítica para dicha conducta; de esta manera, lo que lo distingue de otras reglas coercitivas son las provisiones a través de reglas secundarias que permiten identificar, cambiar, y hacer cumplir las pretensiones generales por encima de otra clase de reglas. Por lo que la regla de reconocimiento que defiende sirve para justificar la coerción, mas no debe entenderse esto como el propósito general del derecho.

Dentro del análisis sobre la naturaleza de la teoría del derecho de ambos autores, Hart señala que la característica principal del tipo de teoría que expone Dworkin es la interpretación, y consiste en “Identificar los principios que mejor se “adecuan” al derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico que al mismo tiempo, suministran la mejor justificación moral de ellos, mostrando así el derecho “bajo su mejor aspecto” (Hart H. , 1994, pág. 93) .

Hart sostiene que las teorías de Dworkin han contribuido en gran medida, a la forma de filosofía del derecho que él defiende, y no pretende criticar sus argumentos en torno a sus ideas interpretativas. Sin embargo, le parecen errados algunos de los argumentos que señala el autor norteamericano contra las teorías positivistas.

Hart no está de acuerdo con el argumento sobre el cual la teoría del derecho positivista debe ser reformulada a una teoría interpretativa. Puesto que, Dworkin en sus escritos considera que el derecho debe tener una perspectiva interna, el punto de vista de quien la práctica, debido a esto, una teoría descriptiva no podría ofrecer una explicación adecuada en este sentido, pues su perspectiva es la del observador externo. En contraposición a ello, Hart señala que:

(...)el teórico descriptivo del derecho debe “comprender” lo que significa adoptar el punto de vista interno y en este sentido restringido, debe estar en condiciones de ponerse en el lugar de un participante; pero esto no equivale a compartir o suscribir el punto de vista interno de un participante ni a renunciar en manera alguna a su posición descriptiva. (Hart H. , 1994, pág. 95)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

De igual modo, Dworkin sostiene la crítica a la naturaleza de la teoría del derecho de Hart, respecto a que el teórico descriptivo debe enfrentar problemas relativos al sentido y significado de las proposiciones jurídicas, las cuales sólo pueden ser respondidas satisfactoriamente por medio de una teoría parcialmente interpretativa y valorativa. En cambio, Hart, expone que, aunque la teoría descriptiva tenga que responder esas preguntas, no hay una razón que obligue al hecho de formulaciones interpretativas y valorativas, ya que incluso si los operadores jurídicos respondieran de esa manera, la teoría descriptiva lo registrará como un hecho sobre el cual basa conclusiones descriptivas generales.

En ese orden de ideas, Dworkin sostiene que es un error de los positivistas considerar que no hay desacuerdos teóricos ni controversias entre abogados y jueces sobre lo que constituyen los fundamentos del derecho, puesto que ya están fijados incontrovertiblemente por reglas lingüísticas. De no estarlo, el término “Derecho” significaría diferentes cosas para diferentes personas y al utilizarlo no se estarían refiriendo a la misma cosa. Así mismo, Dworkin señala que los fundamentos del derecho no sólo están cargados de hechos históricos evidentes donde los operadores jurídicos pueden estar a menudo de acuerdo, sino también contienen juicios morales y juicios de valor controvertibles.

Hart responde a esta crítica señalando que, su teoría no sostiene que haya una regla de reconocimiento semejante en todos los sistemas jurídicos como parte del significado de la palabra “derecho”. De igual modo, es errado considerar que, si no hay criterios de identificación fijados, el derecho tendría diferentes significados. Hart responde que Dworkin confunde los criterios de aplicación de un concepto con el significado. Explica que los criterios de aplicación pueden variar con un significado constante, también como puede haber distintas concepciones de un concepto, ambos controvertibles.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En efecto, aunque la regla de reconocimiento de Hart se haya ilustrado de acuerdo a cómo las instituciones crean el derecho y no en su contenido, el autor en su artículo sobre “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” afirma que “en algunos sistemas jurídicos, el de Estados Unidos, por ejemplo, el criterio último de validez jurídica puede incorporar, explícitamente, además del linaje, principios de justicia o valores morales sustantivos y que estos pueden constituir el contenido de restricciones constitucionales”. (Hart H. , 1994, pág. 102) De ahí que el positivismo de Hart sea caracterizado de “suave”. No obstante, señala que la crítica de Dworkin desconoce estos aspectos de su teoría.

### **1.8 La respuesta de Hart sobre los principios**

Ante la crítica que señala Dworkin sobre la dicotomía entre reglas y principios explicada en apartados anteriores, Hart responde que no hay razón para determinar un contraste radical entre principios y reglas, porque la diferencia es sólo una cuestión de grado.

Dworkin expuso la forma en como los principios no son tan distintos a las reglas, con la finalidad de explicar la debilidad en el concepto del derecho de los positivistas, al excluir los principios o apelar a ellos no como una cuestión obligatoria como las reglas. En este sentido, Hart reconoce que su teoría debió incluir los principios y resaltar que tienen una fuerza no concluyente tal como Dworkin lo analiza. Sin embargo, para solucionar este problema, Hart debe argumentar cómo va a incluir los principios junto con las reglas al sistema jurídico, sin modificar el concepto de derecho que planteó y que los excluyó.

Si Dworkin sostiene que en un conflicto entre regla-regla, la que es vencida debe ser abandonada o cambiada de conformidad con la regla que se impone, entonces Hart considera que una regla derrotada puede sobrevivir y determinar resultados en otros casos en los que se juzgue mejor bajo esa regla.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Por otro lado, en la teoría constructiva e interpretativa de Dworkin se generan dos enunciados: los principios no pueden identificarse por su linaje sino por su contenido, y la regla de reconocimiento únicamente puede suministrar criterios de linaje. Hart señala que estas aseveraciones son erradas. Principalmente, porque las características de los principios no impiden que puedan ser identificados de esta manera, por ejemplo, las disposiciones de una Constitución, enmienda o ley pueden operar de una manera no concluyente, así como los principios, sin embargo, sirven como razones para la decisión.

Por ejemplo, un principio básico como *nadie puede beneficiarse de su propio dolo* es identificado por prueba de linaje, porque han sido usados por los jueces en diferentes casos como razones para decidir, aunque en algunos casos prevalezca la decisión contraria.

Por cuanto Dworkin, este limitaría su crítica a la existencia de principios que, por sus características, solo permiten identificarse por medio de un esquema coherente de principios, los que mejor expliquen la historia y prácticas institucionales. No obstante, el criterio interpretativo no se adecua a la regla de reconocimiento porque no puede asegurar el grado de certeza en la identificación del principio. Hart plantea una conclusión, donde la prueba interpretativa de Dworkin se adecua a la regla de reconocimiento en todos los casos para la identificación de los principios:

(...) es necesaria una regla de reconocimiento si los principios han de ser identificados mediante un criterio semejante. Y esto porque, el punto de partida para la identificación de cualquier principio jurídico, que se evidencie mediante la prueba interpretativa de Dworkin es un campo específico del derecho establecido al que se adecua el principio, y que el principio contribuye a justificar. El uso de este criterio, por consiguiente, presupone la identificación del derecho establecido y, para que esto sea posible, es preciso disponer de una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del derecho y las relaciones de superioridad y subordinación que obtienen entre ellas. (Hart H. , 1994, pág. 127)



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Hart analiza que en *Law's Empire*, se afirma la necesidad de algún criterio de identificación semejante a la regla de reconocimiento para determinar las fuentes del derecho. La diferencia radica en que Hart atribuye al acuerdo entre los jueces sobre la identificación de las fuentes del derecho, a la aceptación compartida de las reglas. Mientras que Dworkin analiza en términos similares la aceptación general y compartida desde el punto de vista de los miembros de la misma comunidad interpretativa. En consecuencia, lo que pretende exponer Hart es que, aunque haya diferencias en la terminología utilizada por ambos autores, la explicación que dan sobre la identificación jurídica de las fuentes del derecho es sustancialmente igual.

### **1.9 El problema de la conexión entre derecho y moral en el debate Hart Dworkin**

El debate Hart- Dworkin está fundamentado principalmente en las diferencias de perspectivas respecto a la relación del derecho y la moral. Hart expone en el *Postscriptum* la respuesta a las críticas de Dworkin a los positivistas, porque señalan que no hay una conexión necesaria entre estos dos conceptos, mientras que el autor norteamericano defiende prácticamente toda su teoría bajo la premisa sobre la conexión necesaria entre ambos.

Una de las críticas que expone Dworkin sobre este tema, es que hay un fundamento moral en la existencia de los derechos y deberes jurídicos. Porque estos últimos, son una especie de los derechos morales. Hart defiende una relación contingente más no necesaria, porque pueden existir derechos y deberes jurídicos sin ningún tipo de justificación moral. Esto se evidencia porque, aunque las leyes sean moralmente justas o injustas, siempre prevalecen y merecen atención en las operaciones jurídicas relevantes para los seres humanos, lo cual prueba que, no es correcto señalar que dichas reglas solo tendrían sentido en la realidad si tienen fundamentos morales.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Como es indicado por Hart, la identificación del derecho se genera por referencia a las fuentes sociales del derecho como la legislación, decisiones judiciales, costumbres sociales, sin hacer referencia a la moralidad, excepto cuando el mismo derecho, las ha incluido para ser identificadas y validadas por medio de reglas y principios.

En contraste con lo anterior, Dworkin, al darse cuenta que puede haber un sistema que sea tan perverso que haga imposible una interpretación justificativa de sus leyes, admite que el derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral. Sin embargo, aun en estos casos, pueden existir situaciones en las que sea posible atribuir con propiedad a los individuos al menos, derechos con fuerza moral *prima facie*.

En forma de síntesis, este primer capítulo se centró en exponer las corrientes filosóficas y movimientos que influenciaron al derecho positivo. Se observó cómo se mantuvo una dicotomía entre el derecho natural y el positivo en buena parte de la historia del derecho; una vez que se dio paso al Estado moderno, el derecho positivo se impuso sobre gran parte de la cultura jurídica. La revolución francesa, la codificación napoleónica y la Ilustración sellaron los principios básicos que fundamentaron el Iuspositivismo, limitando los poderes arbitrarios que imperaban.

Así mismo, se resaltó que la formación del derecho como una ciencia, dio cabida al estudio del derecho y su concepto, varios autores como Austin, Kelsen, Hart y Dworkin establecieron sus conceptos del derecho ampliando y generando una crítica a sus antecesores, con la finalidad de conformar un concepto de derecho más integral que evidencie todas sus vertientes.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

CONCEPTO	VALIDEZ	CRITICAS
AUSTIN: <i>conjunto de órdenes de un superior político dirigido a todos aquellos que se hallan sometidos a él y quienes habitualmente lo obedecen o si se quiere, como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas.</i>	Norma establecida por un soberano que es obedecido.	HART: El problema en el concepto de derecho tradicional es: i) el carácter obligatorio y no optativo (no diferencia el derecho de otras prácticas) ii) limitan las diferencias entre reglas morales y jurídicas. iii) Falta de certeza sobre la noción de reglas del derecho.
KELSEN: <i>El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al Derecho.</i>	Suposición de la norma fundamental.	HART: Deja de lado la noción de reglas jurídicas lo que dificulta responder ante casos difíciles. La norma fundamental es innecesaria y confusa, la validez ya esta dada por la regla de reconocimiento.
HART: <i>un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento.</i>	Regla de reconocimiento que muestra la aceptación social de la regla.	DWORKIN: <i>El derecho no está constituido únicamente por reglas sino también- y de manera destacada por principios morales</i>

**Respuesta de Hart a Dworkin:**

La diferencia entre reglas y principios no es sustancial. Existe un contraste entre la teoría de Dworkin y la de Hart. Hart propone una teoría descriptiva, general, y Dworkin justificativa y valorativa particular al sistema anglo americano. Se distancian en el propósito del derecho; Dworkin considera que el propósito del derecho es justificar la coerción. Hart sostiene que es suministrar guías de conducta y parámetros de crítica para dicha conducta.



**Figura 4** Cuadro resumen de “Aportes teóricos sobre el concepto de derecho: Austin, Kelsen, Hart y Dworkin” y “¿Cómo se valida el derecho?” (Elaboración propia)

## 2 ¿Cómo resolver los casos difíciles en el derecho de acuerdo al debate Hart-Dworkin?

El debate Hart- Dworkin ha sido ampliamente comentado, analizado y discutido<sup>6</sup>, aun así, sus efectos no han perdido vigencia sobre la realidad de la práctica judicial. En los países donde opera un sistema continental, donde la ley es fuente formal, se ha suscitado un debate sobre la jurisprudencia como fuente formal. Algunos resaltan que el derecho que se aplica en el caso específico prevalece sobre la ley, además de su carácter vinculante en casos concretos. No obstante, otros no la consideran de esta manera, porque no tiene la capacidad de crear derecho como característica principal de las fuentes.

Independientemente de estas corrientes opuestas, la jurisprudencia desempeña un papel importante en la eficacia jurídica, puesto que una norma determinada puede ser válida porque ha cumplido los procedimientos para su creación, pero si en la realidad es desatendida, el juez tiene el deber de generar un estado de cosas donde el derecho se corresponda con la realidad y las normas jurídicas se cumplan. De igual modo, aunque el legislador no pueda prever todos los eventos, los principios básicos que comparten indudablemente los operadores judiciales, dan una guía al juez para que decida en los casos difíciles de una forma correcta o aceptada en la práctica judicial.

En ese orden de ideas, Hart y Dworkin, analizan bajo sus teorías jurídicas, cómo debe proceder el juez ante los casos difíciles. Esta discusión muestra los puntos de concordancia y diferencia de un debate en construcción, que, aunque haya sido ampliamente analizado, no está

---

<sup>6</sup> Autores que han escrito sobre el debate como: Joseph Raz, Genaro Carrió y Startorius, Greenawalt y MacCormick, Aarnio y Cesar Rodríguez.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

resuelto y no se resolverá por la imposibilidad de determinar todos los sucesos que ocurran. La sociedad es dinámica y de igual modo lo es el derecho, por lo que siempre va a existir lugar para analizar una mejor manera de resolver los casos difíciles en la función judicial. Por esta razón, éste debate es pertinente y de vital importancia para todas las personas que conviven en una sociedad, que estén sujetas a pasar por circunstancias impredecibles por el legislador y que, a su vez, esperan que el juez tenga cada vez mejor orientación para su decisión en estos casos.

A continuación, se expondrá la noción de casos difíciles en el derecho, se indicarán las diferentes metodologías propuestas por Hart y Dworkin: discrecionalidad judicial y aplicación de principios. Seguido, se analizará las críticas de Dworkin al método de Hart y la respuesta de éste, y por último, los autores que han interpretado el debate.

### 2.1 ¿Cómo distinguir los casos difíciles en el derecho?

El debate sobre los casos difíciles toma relevancia con el modelo positivista de la discreción judicial defendido por Hart y que contrasta con el modelo de la respuesta correcta expuesto por Ronald Dworkin. Éste debate, aunque evidencia posturas contrarias de los dos autores, ambos concuerdan en la existencia de casos difíciles en el derecho.

Ronald Dworkin expone que anteriormente, los modelos tradicionales del derecho como el *modelo silogístico* defendido por el formalismo jurídico, y el *modelo realista* no contemplaban la existencia de los casos difíciles. El primero de estos, porque consideraba que todas las actuaciones están reguladas bajo la premisa “Todo lo que no está prohibido, está permitido”, bajo esta regla todo lo que no tuviera una norma aplicable, no era relevante para ser debatido judicialmente, por lo que el juez debía rechazar la demanda. Mientras que en el modelo realista, en la medida que el juez tiene pleno poder político para solucionar los casos de acuerdo a sus

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

preferencias, no está subordinado a la ley y siempre soluciona los casos que se le plantean, primero decide y luego justifica la decisión mediante normas (Dworkin, 2012, pág. 20).

El debate entre Hart y Dworkin sobre los casos difíciles, gira en torno a la existencia de la incerteza del derecho ante la tarea del juez de decidir una circunstancia de relevancia jurídica. Por otro lado, es claro que para un operador judicial la decisión de un caso que tiene una regla preexistente, ya sea establecida por el legislador, o aclarada por los jueces por medio de un precedente, y que se pueda aplicar a casos análogos, son llamados “casos fáciles” porque se resuelven por el modelo silogístico. Sin embargo, el problema radica en la incerteza frente a la función del juez.

De esta manera, ¿cuándo hay incerteza? *en* “términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución” (Rodríguez, 1997, pág. 68). Los autores han sostenido que esta situación se presenta cuando “existen varias normas que determinen sentencias distintas, porque las normas son contradictorias, o porque no existe norma exactamente aplicable” (Dworkin, 1989, pág. 13).

De igual modo, Cesar Rodríguez, enuncia seis tipos de casos difíciles que se pueden presentar en las decisiones judiciales:

a. La textura abierta del derecho: Es el tipo de caso difícil más frecuente, ocurre cuando la norma a aplicar contiene una o más expresiones lingüísticas vagas. Hart expone un ejemplo de este tipo de casos, por ejemplo, la regla: “Está prohibida la circulación de vehículos en el parque”, en principio no habría discusión frente a la restricción para camiones y automóviles. No obstante, no habría un consenso uniforme de interpretación sobre si las bicicletas estarían comprendidas en esta restricción.

b. La norma es clara, pero existe más de una alternativa razonable de solución.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

c. Existe más de una norma aplicable al caso. Por ejemplo, esta dificultad se presentó en la Sentencia No. C-221/94 de la Corte Constitucional Colombiana sobre la despenalización del consumo de la dosis personal, donde se enfrentaban principios a saber: el libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal frente a la salud pública y la moralidad de los actos humanos.

d. No existe norma aplicable: este tipo de casos se resuelven por mecanismos de integración como la analogía, así como lo expone Cesar Rodríguez siguiendo a Dworkin en “judicial discretion”.

e. Existe una sola norma y es clara pero su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto: en este tipo de casos, el juez está autorizado excepcionalmente para acudir a criterios de equidad como criterios de decisión.

f. Necesidad de modificar un precedente: este tipo de casos se presentan de acuerdo con Dworkin, por razones de integridad. En principio, los tribunales y jueces deben seguir la línea de sus decisiones, por esta razón, el cambio de jurisprudencia implica una mayor carga argumentativa (Rodríguez, 1997, pág. 68).

### **2.2 Métodos de solución de casos difíciles: Herbert Hart**

Hart reconoce la existencia de reglas como guía de conducta y aplicación para los jueces a la hora de decidir los casos en el derecho. Las reglas del derecho, si bien pueden estar establecidas en términos que puedan servir de orientación al juez a la hora de aplicar un caso conforme a lo establecido, poseen un lenguaje que no siempre es claro para que el intérprete pueda aplicar sin equívocos y con un acuerdo unánime las decisiones (Hart H. , 1961, pág. 169).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

De esta manera, cuando hay un lenguaje claro, las reglas serán aplicadas por medio de un proceso silogístico de subsunción propio del formalismo jurídico. Su aplicación se genera directamente de la regla, porque el contenido de los términos que en ella se establecen parece no necesitar interpretación, por lo que se repiten de manera constante en casos similares, existiendo un acuerdo en su aplicabilidad.

No obstante, existe otro tipo de casos donde la comunicación puede dejar abiertas posibilidades de interpretación o aplicabilidad, y el lenguaje de la regla no permita escoger ejemplos fácilmente reconocibles, es en este tipo de casos donde Hart critica la imposibilidad del proceso de subsunción de determinar una acción correcta, porque el contenido de significación de los términos, puede ser tan amplio que todas las variantes que se interpretan, reclaman ser clasificadas bajo términos generales o comunes, y a su vez, no hay una convención sobre clasificar o no estos términos, a este tipo de casos los llama “casos paradigmáticos”, ante los cuales, el juez debe resolver de cualquier modo las dudas y elegir entre alternativas abiertas de solución.

En este sentido, Hart expone situaciones no jurídicas para ejemplificar los casos difíciles o casos paradigmáticos. Por ejemplo: un padre le dice a su hijo antes de entrar a la iglesia “todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia”, éste puede ser un ejemplo de un uso máximo de palabras clasificadoras generales tipificado por el legislador, mientras que otro padre descubriéndose al entrar a la iglesia, dice a su hijo “mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones”, se hace un uso mínimo de palabras clasificadoras generales propias del precedente (Hart H. , 1961, pág. 169).

De acuerdo a lo anterior, Hart quiere resaltar que la comunicación por el ejemplo, como en el último caso que se acaba de enunciar, puede dejar abiertos campos de posibilidades y dudas



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

sobre la verdadera intención del que está comunicando, y, sobre todo, la forma como debe realizarse la orden. El niño en este caso, puede guiarse por el sentido común y por el conocimiento general de cosas que los adultos consideran importantes, entre otras variables que pueda tomar en consideración.

Este autor, pretende demostrar con estos ejemplos que cualquier técnica (precedente o legislación) que se escoja para comunicar criterios de conducta, puede llegar a ser indeterminada en su aplicación, lo que se llama “textura abierta”, en tanto que, la imposibilidad de regular todas las conductas, se debe a que nuestro mundo no es mecánico, en este tipo de perspectivas todo sería conocido y se podría saber por adelantado las situaciones y posibles combinaciones de circunstancias. No obstante, el mundo en el que viven los legisladores no funciona de esa manera, por lo que hay una relativa ignorancia sobre los hechos y una indeterminación de propósitos.

Teniendo en cuenta estas circunstancias y tipos de casos que se presentan, es relevante preguntarse ¿Qué debe hacer el juez? El autor en análisis, estudia estas situaciones y expone que la conclusión del operador judicial es una elección. El operador judicial puede elegir añadir un caso nuevo a una línea de casos argumentando y defendiendo razonablemente las semejanzas, las cuales, pueden ser jurídicamente relevantes o cuando el caso no es contemplado previamente, se deben confrontar las cuestiones en juego y se puede resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto. De esta manera, la discrecionalidad es una necesidad última para la resolución de los casos, la cual es la base de su argumento ante casos difíciles y la defiende en los siguientes apartados:

En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

leyes o desarrollando y acondicionando las reglas que solo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad (Hart H. , 1961, pág. 169).

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente que la textura abierta del derecho, deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa (Hart H. , 1961, pág. 252).

De ahí que Hart, para resolver los casos paradigmáticos establece dos métodos: en primer lugar, el método del precedente judicial y la analogía en relación con los casos comunes, “ en tal evento, el intérprete judicial debe asimilar el caso paradigmático a un caso común que sea análogo y aplicar el precedente respectivo”; en segundo lugar, la discrecionalidad judicial, donde “el intérprete judicial puede elegir entre todo el sistema jurídico la norma aplicable para el caso particular, ante la ausencia de una única respuesta correcta debido a las diversas opciones normativas, convirtiéndose lo discrecional en una necesidad del juez” (Barrera, 2012, pág. 44).

Por su parte, Cesar Rodríguez aduce que un caso difícil como la decisión sobre si las bicicletas están incluidas en la prohibición, se puede resolver por analogía, analizando si las bicicletas se parecen a los camiones y los automóviles en aspectos relevantes para efectos de circulación en el parque. Por otro lado, añade siguiendo a Hart, que si las reglas no le indican alguna dirección para su decisión, la discrecionalidad en estas circunstancias excepcionales no implica aplicación de derecho sino creación para el caso concreto, y el juez definiría *ex post facto* los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio (Rodríguez, 1997, pág. 71).

No obstante, en la necesidad de la discrecionalidad en Hart, los jueces están limitados en su poder creativo en dos circunstancias enunciadas a continuación, primero: “aunque exista más de una alternativa de decisión, la gama de posibilidades está circunscrita por el texto de las normas aplicables, si estas existen, o por el de las normas y precedentes judiciales que tratan

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

temas similares en el caso contrario” (Rodríguez, 1997, pág. 71); segundo, están limitados por principios procesales del sistema jurídico por ejemplo: “en el caso de la dosis personal de estupefacientes, la corte no puede ordenar, que como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de la prohibición, se indemnice en general a todas las personas que han sido internadas en centros de rehabilitación, esa competencia es de los jueces administrativos” (Rodríguez, 1997, pág. 72).

De igual manera, Hart expone que los jueces al interpretar las leyes o los precedentes, no están limitados a decisiones de manera ciega y arbitraria o deducciones mecánicas de reglas. Su elección está orientada por la interpretación razonable de las reglas y por virtudes judiciales tales como: “Imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible, una pluralidad de tales principios...” (Hart H. , 1961, pág. 253).

Frente a la decisión que estableció la Corte Constitucional de despenalizar el consumo de la dosis personal de estupefacientes, siendo en su momento un caso difícil, el juez de Hart, buscaría hacer justicia en medio de intereses en conflicto acudiendo a la *ponderación*, para luego considerar todas las alternativas de solución, por ejemplo “Herbert sigue sus convicciones morales y políticas liberales y sostiene que del derecho al libre desarrollo de la personalidad se sigue la inconstitucionalidad de la prohibición” (Rodríguez, 1997, pág. 75).

En conclusión, la filosofía de Hart respecto a los casos difíciles parte de la consideración de la dificultad en la interpretación, en la indeterminación en la aplicación de las reglas del derecho debido a las lagunas, y a casos paradigmáticos que escapan de la generalidad sobre la

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

aplicación de reglas claras. La textura abierta en los casos difíciles es generada por el carácter abstracto e impersonal del lenguaje donde se dificulta aplicar el silogismo.

No obstante, la postura de Hart establece que el juez está en la obligación de solucionarlos, por lo que acepta una creación judicial limitada a principios generales y a reglas establecidas en casos similares, resolviendo el caso entre los intereses en conflicto, y finalmente, una última decisión basada en sus convicciones personales.

### 2.3 La crítica de Dworkin a la metodología de la discrecionalidad judicial

La teoría de la discrecionalidad judicial que establece Hart, implica que el juez puede darle solución a un caso cuando hay dificultades para generar una respuesta al problema, esto genera, según Dworkin, múltiples soluciones a un caso que probablemente no esté contemplado por el derecho establecido y que, a su vez, puede generarse una vulneración a principios básicos del Estado social de Derecho. De esta manera, Dworkin (2012) expone que la teoría de Hart genera problemas a las siguientes premisas:

- Principio de irretroactividad de la ley
- Principio democrático
- La función del juez es garantizadora no creadora
- El derecho como un sistema de reglas, principios y directrices políticas

En primer lugar, la primera crítica respecto al *principio de irretroactividad de la ley* hace referencia a que, si el juez decide un caso de penumbra discrecionalmente, estaría introduciendo y aplicando retroactivamente derechos nuevos y de acuerdo con Dworkin, es deber del juez incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes y aplicar los principios.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En consonancia con lo anterior, si un juez legisla y aplica retroactivamente, la persona que pierde será castigada no por infringir una norma preexistente y conocida sino por un derecho nuevo, lo que vulnera tajantemente este principio de irretroactividad de la ley que se encuentra consagrado en el Artículo 29<sup>7</sup> de la Constitución Política de Colombia.

En segundo lugar, la discrecionalidad judicial también implica una *Violación al principio democrático* porque se afectan las facultades constitucionales de los poderes del Estado. El poder de creación del derecho, es otorgado por el constituyente primario al legislativo y no al judicial.

En tercer lugar, *la función del juez es garantizadora no creadora*. Por lo tanto, Dworkin expone que, si se toma la democracia en serio, el juez no debe ser discrecional, sino que debe exigir la búsqueda de criterios y construcción de teorías que justifiquen la decisión.

Por último, el concepto que sostiene Hart sobre *el derecho como un “Sistema de reglas”*, es lo que limita la solución de los casos difíciles a la discrecionalidad judicial, porque no se encuentra otra salida para lograr una solución del caso. Sin embargo, Dworkin expone que, para lograr una solución única a los casos difíciles, es necesario reformar ese concepto errado del derecho, e incluir los principios y directrices políticas, ya que si se analiza el derecho bajo las nociones de norma, principios y directrices políticas se encuentra la respuesta correcta.

### 2.1.1 Concepto y tipos de discrecionalidad

Ronald Dworkin expone el papel que juega la discrecionalidad judicial en la resolución de casos paradigmáticos y resalta que este término fue acogido por los positivistas del lenguaje ordinario. El concepto de discreción solo sería adecuado para este autor, cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a normas establecidas por una autoridad, por ejemplo, un

---

<sup>7</sup> Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, un funcionario deportivo o un juez de competición. De esta manera, considera “la discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que lo rodea, es por consiguiente un concepto relativo” (Dworkin, 1989, pág. 84). El significado de discreción varía de conformidad con el contexto y la información que se tenga a la hora de aplicarse, así, se pueden establecer distintos matices entre las que Dworkin diferencia tres tipos:

- *Discreción en sentido débil*: Cuando las normas que debe aplicar el funcionario exigen discernimiento, este sentido se usa cuando el contexto no es claro. Por ejemplo: “el teniente le había ordenado que formara una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, pero le era difícil decidir quiénes eran los más experimentados” (Dworkin, 1989, pág. 84), se puede entender este primer sentido como aquella “que tiene una persona cuyo deber viene establecido por estándares que los «hombres razonables» pueden interpretar de formas diferentes” (Puerto Rodríguez, 1999, pág. 126).
- *Discrecional en sentido débil diferente*: Cuando un funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Por ejemplo: la decisión de si la pelota o el corredor llegó primero a la segunda base son competencia discrecional del árbitro de la segunda base, respecto de esto, el árbitro principal no tiene poder para imponer su propio criterio, aunque este en desacuerdo. No obstante, las pautas de autoridad son diferentes dependiendo de las clases de decisiones (Dworkin, 1989, pág. 85).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> La discrecionalidad débil diferente es llamada de esta forma en el libro los derechos en serio de Ronald Dworkin en la traducción de Marta Guastavino de la Ed. Ariel. No obstante, Pablo Raúl Bonorino, Jairo Iván Peña Ayazo la llama discrecionalidad en sentido débil 2 en su libro “filosofía del derecho”. La finalidad es distinguir el tipo las dos modalidades de discrecionalidad débil donde se conserva la obligatoriedad de seguir reglas de decisión a diferencia de la discrecionalidad fuerte.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

- *Discrecionalidad en sentido fuerte*: Cuando un funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Se usa este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni a quien tiene la última palabra en su aplicación, si no para hacer referencia a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar, por ejemplo: “un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los 5 hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción si las reglas no estipulan un orden determinado” (Dworkin, 1989, pág. 86).

No obstante, Dworkin deja claro que el sentido fuerte de discreción puede implicar que se pongan en juego estándares de racionalidad, justicia y eficacia, por lo que está abierta a la crítica. Se sigue que, su aplicación no significa una libertad sin límites, se debe recurrir a normas de sensatez y justicia. En consecuencia, para Dworkin los jueces solo deben poseer discrecionalidad en el primero de los sentidos, ante la inexistencia de una regla social que de manera inequívoca requiera una decisión concreta, por lo que implica una decisión más allá de la aplicación de una regla.

En ese mismo sentido, Puerto expone que los miembros del tribunal supremo gozan de discreción en el segundo de los sentidos. No obstante “ningún magistrado o tribunal tiene discreción del tercer tipo, a menos que reduzcamos el derecho a un bloque de normas. Debido a la presencia de los principios, no es razonable decir que en ciertos casos no existe ninguna directriz que vincule al juez en el momento de tomar una decisión, incluso en los casos más difíciles, el derecho no calla” (Puerto Rodríguez, 1999, pág. 126).

En consonancia con lo anterior, Dworkin analiza que, en algunas ocasiones, los positivistas aplican el término discreción en sentido fuerte, puesto que da igual decir:(...) que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces (principios) y que no son normas, no son obligatorios para ellos. (Dworkin, 1989, pág. 88)

En consecuencia, Dworkin expone que la tesis de los positivistas no puede considerarse apropiada porque al no existir una regla, acuden a nociones por fuera del derecho y deciden de manera discrecional en sentido fuerte, porque si deciden con base a principios y estos no hacen parte del derecho, entonces no los obligan en sus decisiones por lo que tienen un amplio margen de decisión sin límites.

### **2.2 El papel de los jueces en los casos difíciles: Ronald Dworkin.**

Ronald Dworkin reconoce la existencia de casos difíciles y propone una teoría de solución analizando el derecho en su integralidad, resaltando el papel del juez con amplias cualidades argumentativas y de conocimiento teórico para poder llegar a una solución correcta en cada caso concreto.

La postura de Ronald Dworkin referente a los casos difíciles es conocida principalmente como una crítica a las posturas del positivismo y realismo jurídico, en la medida que pretende establecer un análisis donde el juez no deba estar obligatoriamente ceñido al tenor de la norma inalterable, pero que esto no implique necesariamente una creación de derecho del juez a su arbitrio.

El papel del juez es de amplia discusión, aunque se encuentran establecidas sus funciones, no siempre es claro dentro de su aplicación como deben funcionar o cómo funcionan realmente. Es decir, si los jueces incluso en casos difíciles aplican las normas preestablecidas o echan mano de otras nociones del derecho, e incluso de las que están por fuera de él,



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

extralimitándose en sus funciones con la finalidad de dar una solución a un caso de relevancia jurídica.

De ahí que Dworkin expone cómo deben proceder los jueces en los casos difíciles, con la ayuda de los principios ya que como no hay una jerarquía preestablecida, es posible que se generen decisiones distintas. Por esto, el autor propone un modelo de juez omnisciente que ha denominado: “Hércules”, el cual es capaz de generar un razonamiento para crear una teoría que justifique el balance de los principios, decidiendo cuál tiene más peso conforme al derecho histórico y vigente.

Teniendo en cuenta las críticas y fundamentos de la filosofía de Dworkin, se torna interesante analizar cómo resolvería los casos difíciles un juez que considere correcto el análisis que hace este autor. Lo fundamental, es que este juez debe tener en cuenta que siempre hay una respuesta correcta para todos los casos.

### **2.2.1 La tesis de los derechos y el papel del juez Hércules**

La teoría Dworkiniana resalta que las nociones del derecho inclusive las reglas, pueden ser discutibles dentro de un análisis interpretativo sobre su aplicación, puesto que no hay un procedimiento mecánico para demostrar cuales son los derechos de las partes frente a un litigio, por lo que juristas, abogados y jueces suelen tener discusiones al respecto.

El autor en mención genera una crítica a la respuesta sobre la inclusión de juicios por parte del juez en la aplicación de casos, que se ha seguido y que a su modo de ver es insatisfactoria. La cual expresa lo siguiente: “el derecho consuetudinario restringe el área de discreción en que un juez pueda confiar en su moralidad personal, pero no la eliminan por completo” (Dworkin, 1989, pág. 153). Los problemas que genera esta postura, es que no aclara

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

que hay una moralidad implícita en las decisiones, y que los límites institucionales no son tan fácilmente determinados y reconocibles para saber cuándo pueden los jueces dejarlos e implementar su propio juicio.

De esta manera, Dworkin propone *la tesis de los derechos*, con la que pretende generar una respuesta y un análisis sobre la realidad de la práctica judicial frente a la resolución de casos difíciles, donde se muestre que no hay una delimitación tan marcada entre la moralidad personal y la moralidad institucional, sino más bien una acción recíproca entre ambas.

Esta tesis sugiere una explicación sobre la aplicación de los jueces frente a los casos difíciles, ante la creencia de que deben mantenerse limitados en sus decisiones por las reglas institucionales. En este sentido, Dworkin analiza la historia, práctica y justicia institucional, no como un factor restrictivo sobre el juicio político de los jueces, sino como un conjunto de factores de los cuales dependen los derechos y que deben tener en cuenta en sus decisiones.

Dworkin sostiene que los jueces tienen un poder político y a menudo, sus decisiones lo reflejan. Esto se observa cuando en ocasiones los jueces deben elegir entre hacer juicios nuevos y los precedentes, aunque generalmente van de la mano la historia y la justicia, no se trata de una elección entre ambas, en ciertas ocasiones, el juez debe hacer un análisis donde se enfrenten, pero con un objetivo de construcción teórica y política.

La utilización de precedentes y reglas de derecho en las decisiones judiciales se enmarca dentro de lo que Dworkin denomina la *Responsabilidad política*, esto implica que el uso de los precedentes en las decisiones debe justificarse dentro de teorías políticas establecidas. Todas aquellas prácticas aisladas, aun pareciendo correctas, pero que no se pueden incluir dentro de una teoría que abarque principios y directrices políticas y que no sea congruente con otras decisiones, serán condenadas (Dworkin, 1989, pág. 154).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Como se muestra hasta este punto, un argumento de principio es justificable si el principio es coherente con decisiones previas, que no han sido modificadas y que eventualmente estarían dispuestos a tomar en decisiones posteriores. La responsabilidad política implica la doctrina de la coherencia y Dworkin la resalta en el siguiente apartado: (...) una secuencia de precedente es, de hecho, injusta, porque se niega a imponer, como derecho jurídico, algún derecho político de los ciudadanos. Aun cuando, al decidir un caso difícil un juez desapruebe por esa razón tales precedentes, la doctrina de la coherencia expresa le exige sin embargo que abra su argumentación a la influencia de ellos. (Dworkin, 1989, pág. 157)

Este arraigo es razonable pero no implica que el juez no pueda realizar nuevos juicios que cambien lo establecido. De ahí que, si la tesis ha de ser defendida, es necesario demostrar el error en el que se incurre con ese precedente por medio de la elaboración de una teoría que construya el juez y que “explique por qué, en el caso de su institución, las reglas o normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil”. (Dworkin, 1989, pág. 175)

Para solucionar los problemas a los que se enfrentan los jueces frente a la *responsabilidad política*, Dworkin también analiza un tipo de juez “filósofo, abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas” al cual denomina *Hércules*, el cual sería capaz de elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos, aceptando que los jueces deben ajustarse a las decisiones anteriores.

En la constitución de Hércules se establece lo siguiente: “ninguna ley será válida si establece una religión. La legislatura promulga una ley que concede transporte escolar gratuito a los niños de las escuelas parroquiales”, en esta regla, pueden existir dos puntos de vista

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

contrarios en los que se considere sobre si se establece una religión con esta ley. Hércules tiene que decidir si la niña que está ante él tiene derecho a su transporte escolar.

Ante esto, deberá crear teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos y ponerlos en consideración y donde estudie integralmente la intención del legislador, las normas constitucionales, así como los principios que se deben tener en cuenta para constituir una teoría política global que justifique la constitución y sirva para argumentar la decisión en el caso.

Hércules podría analizar dos teorías a saber para resolver el caso: una teoría, por ejemplo, podría estipular que está mal que el gobierno promulgue cualquier ley que pueda causar gran tensión o conmoción social, de modo que, si el establecimiento de una iglesia ha de tener ese efecto, estaría mal dar poderes al legislador para que la establezca. Otra teoría tendrá previsto un derecho básico a la libertad religiosa, y sostendrá por ende que una iglesia establecida no es justa, no porque sea causa de conmoción social sino porque es una violación de este derecho básico. (Dworkin, 1989, pág. 178)

Así mismo, Hércules debe acudir a las normas restantes y a lo que se ha practicado en virtud de esas normas para definir cuál de las dos teorías es más adecuada a la Constitución. No obstante, aunque el juez opte por una de las dos teorías, debe analizar más a fondo lo que esta implica, para saber si puede aplicarse efectivamente al caso concreto. Por ejemplo, si Hércules decide optar por el derecho a la libertad religiosa, entonces debe preguntarse por lo que significa y preguntarse: ¿Incluye el derecho que lo que pagas de impuestos no sea usado con fin de ayudar a la supervivencia de una religión? ¿O simplemente a que no lo usen en beneficio de una religión a expensas de otra? (Dworkin, 2012, pág. 178).

Se puede analizar que, en el primer caso, la legislación sobre la gratuidad del transporte público viola ese derecho mientras que en el segundo no. Hércules ahora debe elegir qué

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

posición es más satisfactoria con el derecho de libertad religiosa. Finalmente, cuando se hayan analizado las distintas teorías y una triunfe sobre otra, el juez deberá elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría ganadora.

En la resolución de casos difíciles, ya observamos cómo se puede analizar la intención del legislador. Así mismo, Hércules debe tener en cuenta que los operadores judiciales pueden estar en desacuerdo sobre cuál es la regla preestablecida por la norma o el precedente, porque no solo se interpretan de distinta manera si no que hay diferencias sobre si considerarlos normas o principios en sí. Sin embargo, coinciden en que las reglas previas tienen fuerza gravitacional y contribuyen a la formulación de unas nuevas.

En efecto, “la fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes”. (Dworkin, 1989, pág. 185). Por ejemplo: “si el gobierno de una comunidad ha obligado al fabricante de motores de automóvil defectuosos a pagar daños y perjuicios a una mujer que resultó herida a causa del defecto, entonces este hecho histórico debe ofrecer alguna razón para que por lo menos el mismo gobierno exija a un contratista que ha causado perjuicio económico por el mal trabajo de sus empleados que compense la pérdida resultante” (Dworkin, 1989, pág. 186).

Respecto a esto, Hércules concluye que la doctrina de la equidad ofrece la única justificación adecuada para la práctica del precedente. Los precedentes han de aplicarse justificados en una razón y un resultado determinado, siempre que no haya habido retractación de una decisión anterior o no haya sido motivo de crítica a nivel institucional, entonces se hace imperante la aplicación de la misma decisión al caso actual. De ahí que el juez, acuda a la tesis

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

de los derechos como una guía para decidir casos difíciles del derecho consuetudinario, para descubrir y explicar el conjunto de principios que mejor justifica los precedentes.

Para especificar el concepto de los principios Hércules, se debe asignar a cada uno de los precedentes que vienen al caso un esquema de principios, que permita justificar la decisión de ese precedente y se adecue a otras decisiones judiciales dentro de su jurisdicción general.

Como resultado, Dworkin muestra a Hércules como un modelo ejemplar de juez, que considera el derecho como una integración y que a la hora de decidir casos difíciles no se ve limitado a la responsabilidad política, porque elabora teorías con sus propios juicios sobre presupuestos de las leyes e instituciones. Este juez debe descubrir los posibles derechos, analizarlos, controvertirlos y determinar cuál es el que mejor justifica el derecho vigente. Es decir, todo un conjunto de reglas, principios, prácticas sociales, intenciones de los constituyentes y legisladores, sin distinguir necesariamente el fundamento moral que contienen los jueces en sus decisiones.

### **2.3 Sobre la discrecionalidad judicial en el Postscriptum de Hart**

El principal argumento de Hart sobre el papel de los jueces en los casos difíciles es la afirmación sobre la cual los jueces pueden ejercer una facultad discrecional restringida y legislar, creando nuevas leyes en los casos donde el derecho es incompleto, porque no está previsto ni reglamentado por la ley. En apartados anteriores se analizaron las críticas de Dworkin a este argumento, Hart responde a tres de ellas a saber: principio de irretroactividad de la ley, violación al principio democrático, y la función del juez como garantizadora y no creadora.

Primero, respecto de la violación del *Principio de irretroactividad de la ley*, Hart señala que no es pertinente resaltar esta objeción en los casos difíciles, porque precisamente son casos donde el derecho está regulado de manera incompleta y no hay un conocimiento claro del

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

mismo. Por lo que no habría lugar a que las personas tengan expectativas claras sobre el derecho, como en los casos donde hay un cambio o el desconocimiento de una ley claramente establecida. (Hart H. , 1994, pág. 93)

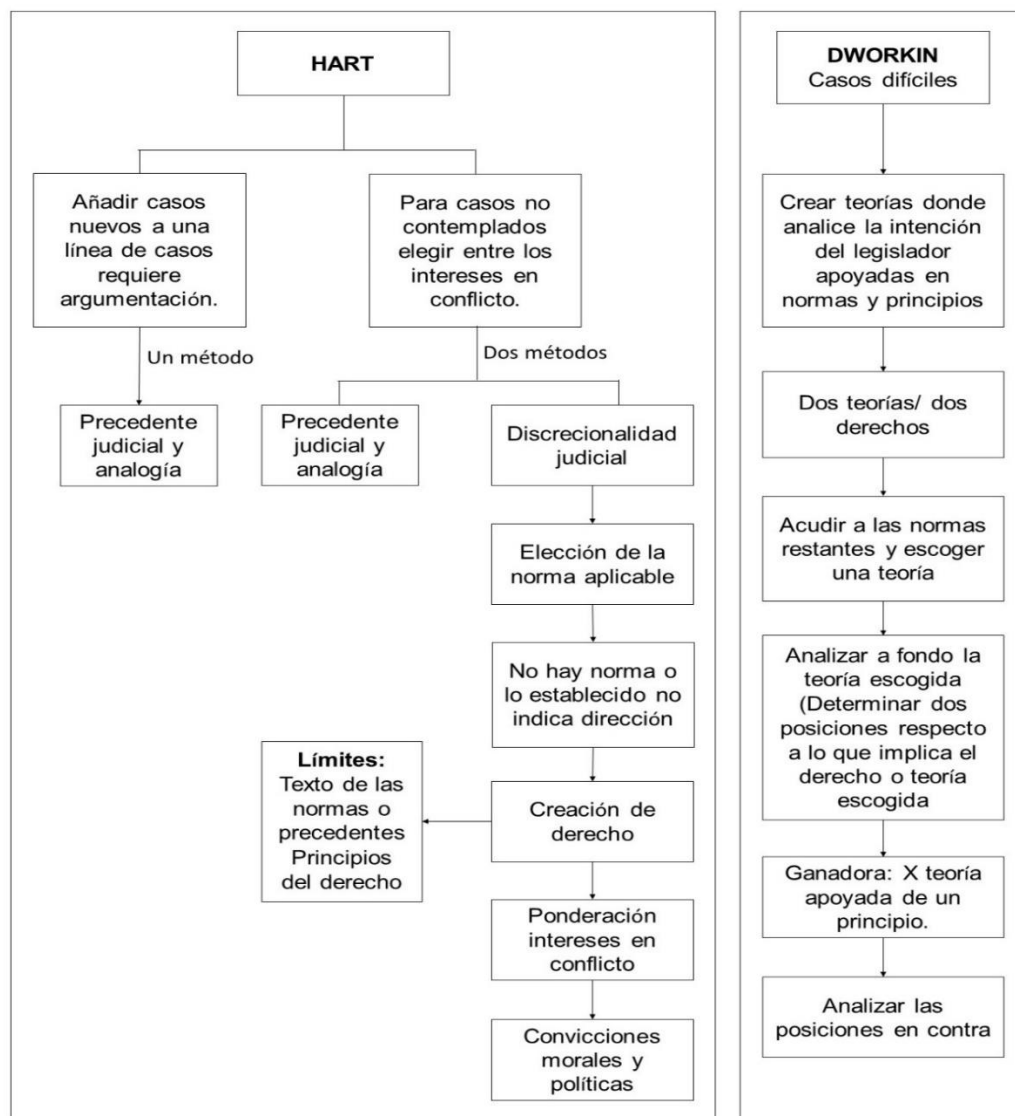
Segundo, sobre la *Violación del principio democrático*, Hart señala que las facultades legislativas que se le atribuyen a los jueces para solucionar los casos difíciles puede ser considerado como un precio menor que hay que pagar para evitar acudir a métodos alternativos de regulación concernientes a la legislatura, y que el juez se vea restringido en su ejercicio únicamente al diseño de reglas para los casos concretos. De igual forma, estas facultades otorgadas al juez son una muestra de las nuevas democracias, donde los poderes de las distintas ramas no están delimitados de manera absoluta. Hoy en día, existe una colaboración armónica entre los poderes del Estado, como por ejemplo la delegación de facultades legislativas limitados al ejecutivo. (Hart H. , 1994, pág. 93)

Por último, Hart responde sobre *la función del juez como garantizador no creador*, afirmando que en algunas ocasiones los jueces hacen y aplican el derecho, cuando deciden casos no regulados.

No es cierto, afirma Hart, que, ante los casos difíciles, los jueces legislen sin ninguna guía jurídica, porque a menudo los jueces citan algún principio o meta general del derecho que orienta una respuesta en un caso difícil. Éste es precisamente una característica de la teoría de Dworkin. Sin embargo, este hecho no implica que el juez no cree derecho, porque ante la colisión de principios el juez debe decidir bajo su juicio y no bajo un orden establecido cuál es mejor. Hart expone que la única manera de que sea eliminada la realidad de la creación judicial, es que exista para todos los casos, un conjunto de principios de orden superior que asignen un peso relativo a principios de rango inferior.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En conclusión, Hart invita analizar hasta qué punto afecta al derecho que la práctica judicial en los casos difíciles sobrepase ciertos principios del derecho y facultades constitucionales, y si este hecho debe ser entendido como la mejor respuesta para que los jueces puedan decidir los casos difíciles.



**Figura 5** Cuadro resumen de “¿cómo resolver los casos difíciles en el derecho de acuerdo al debate Hart-Dworkin?” (Elaboración propia)



## 2.4 Autores que interpretan el debate Hart- Dworkin

Es importante resaltar el análisis y la contribución que han hecho al estudio del derecho autores posteriores a Hart y Dworkin, autores relevantes del positivismo jurídico, que analizan bajo su óptica como puede darse una respuesta a la crítica, algunas se fundamentan en la doctrina de Hart como guía, y otros se fundamentan en un análisis propio de cómo debe entenderse el problema. Sin lugar a dudas, las teorías y respuestas que plantean estos autores no es la respuesta última al debate suscitado, razón por la cual, el análisis que plantean también ha sido objeto de un debate en construcción integrado por nuevos estudiosos del derecho.

Joseph Raz es un filósofo del derecho nacido en Israel, defensor del Iuspositivismo y sucesor de Hart, sus aportes han colaborado en gran medida a las discusiones sobre el estudio del derecho como consta en su perfil de la Universidad Complutense de Madrid; por su parte, Raz ha generado críticas a los argumentos de Hart y Dworkin planteando su propia teoría jurídica sobre la práctica judicial, su teoría se enmarca dentro del positivismo jurídico excluyente, los cuales siguen fieles a la tradición positivista ortodoxa y defienden la separación de la moral dentro del proceso de identificación de normas jurídicas. Raz ha analizado debate Hart-Dworkin bajo criterios distintos a los planteados por ambos autores a diferencia de otros críticos positivistas (Cano, 2013, pág. 99).

La respuesta de este autor respecto a la naturaleza del derecho, gira en torno a la identificación del mismo por medio de las fuentes sociales dotadas de autoridad. En primer lugar, la autoridad a la que hace referencia no es una regla como señala Hart, sino una “autoridad práctica”, “esto es, una persona o institución con aptitud para emitir instrucciones o directivas que constituyen razones para la acción para las personas a quienes van dirigidas” (Cano, 2013,

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

pág. 99), de esta manera, para la identificación de una norma sólo hay que remitirse a la autoridad que la emitió.

Del mismo modo, Raz enuncia tres tesis para validar la autoridad: *Condición de dependencia*, la cual hace referencia a que las órdenes de la autoridad deben estar basadas en razones que se apliquen a los destinatarios; *exclusividad*, en la medida que los destinatarios tengan mayor probabilidad de guiarse por la solución correcta, optando por las instrucciones de la autoridad y; *justificación normal*, que implica que se reconozca ésta orden como preferente respecto de otras razones concurrentes, principalmente porque la exige la autoridad. (Cano, 2013, pág. 100)

En segundo lugar, Raz complementa su teoría de la autoridad con la tesis de las fuentes, porque “según esta tesis, el derecho está basado en fuentes si “su existencia y contenido puede ser identificado únicamente con referencia a hechos sociales, sin recurrir a argumento evaluativo alguno” (Gatica, 2007, pág. 36). De esta manera, si las tradicionales fuentes del derecho como *la legislación, la jurisprudencia y la costumbre* son órdenes dotadas de autoridad, entonces, la tesis de las fuentes cumple con los preceptos determinados en el concepto de autoridad para la identificación del derecho.

De acuerdo con Raz, la identificación de las normas jurídicas válidas, que pertenecen a un sistema jurídico determinado, dependerá de la posibilidad de atribuir su origen a una de las autoridades relevantes reconocida como fuente creadora del derecho. Según Raz, la tesis de las fuentes se encarga de determinar “la naturaleza y los límites del derecho” en forma descriptiva sin guardar relación con lo “que los jueces deberían hacer, o cómo deberían decidir los casos (Gatica, 2007, pág. 41).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En el debate Hart- Dworkin se discutía sobre el problema de identificar los principios como parte del derecho. Ante esto, Raz analiza que por medio de la tesis de las fuentes se puede dar el reconocimiento jurídico de los principios, y éste “se hará patente mientras éstos sean establecidos o derogados por el legislador, o por una autoridad administrativa, o mientras sean establecidos a través del reconocimiento judicial” (Gatica, 2007, pág. 46).

Algunos autores como Genaro Carrió y Startorius trataron de integrar la dicotomía regla-principios con una modificación en la regla de reconocimiento. En el prólogo del libro *Los Derechos en serio*, de Dworkin, se expone una breve crítica de ambos. Por un lado, Carrió fue un abogado y filósofo del derecho nacido en argentina que se dedicó a realizar labores de traducción al castellano entre las que se destacan “*El concepto de derecho*” de Hart, Defendió la teoría de Hart de las críticas señaladas por Ronald Dworkin y expone 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>. (Jaraba, 2010, pág. 15).

En ese sentido, Carrió toma como ejemplo un país que carece de constitución escrita y los jueces y funcionarios rechazan como normas validas, de manera sistemática, a todas las que sean contrarias a los preceptos del Corán. Éstos supuestos se estarían reconociendo no por su origen sino por su contenido, Esto lo analiza con la finalidad de incluir a la regla de reconocimiento los principios, analizando supuestos parecidos. (Dworkin, 1989, pág. 10).

En ese orden de ideas, Startorius apoyaba la idea de ampliar la regla de reconocimiento bajo el entendido que “es posible encontrar un criterio complejo por medio del cual se puede

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

determinar que ciertos principios y directrices forman parte del derecho de la misma forma que las normas y los precedentes judiciales” (Dworkin, 1989, pág. 10).

Por otro lado, el problema de la discreción judicial en el debate Hart-Dworkin, se encontraba en el hecho de confiar en el criterio y la comprensión de los jueces como delimitación de la discreción judicial. Raz agrega sobre este argumento que, ese límite no se encuentra en la postura interna del juez, sino que están limitados por la lógica interna del derecho. Sin embargo, aun así, hay lugar para una actividad creadora del juez porque la jurisprudencia como fuente del derecho, integra las decisiones al sistema jurídico por medio de la autoridad que tiene esa potestad. En ese orden de ideas, Raz expone lo siguiente: “(...) el límite no se encuentra en la autocomprensión de los jueces de su función sino en el derecho, en su lógica interna. Los jueces como creadores de derecho no pueden reflejar en sus decisiones cuestiones de política social, i.e. políticas, económicas, etc, sino que deben atender a las implicaciones internas del sistema jurídico “[Indagar] en el espíritu del derecho, [desplegar] su fuerza oculta y [revelar] su significado”. (Gatica, 2007, pág. 42)

Joseph Raz plantea su teoría del derecho y no sólo analiza algunos problemas que tratan Hart y Dworkin en su debate, además expone que la distinción de ambos autores no es sustancial, basta con adaptar la teoría de Hart, que, si bien no estudió a fondo el tema de los principios, en su teoría nunca negó la existencia de los mismos. Por lo tanto, cuando hablaba de reglas también hacía referencia a principios (Rodriguez, 1997, pág. 46).

Autores como Greenawalt y MacCormick junto con Aarnio critican el argumento de Dworkin respecto a la discrecionalidad judicial y la tesis de la respuesta correcta respectivamente. En principio, Greenawalt aduce que afirmar que los jueces no tienen discreción en un caso difícil es errónea, puesto que cuando los estándares no dan respuestas claras, o cuando

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

ve necesario apoyarse en aseveraciones personales, puede existir más de un resultado, según este autor, no tiene sentido argumentar que el juez está en la obligación de determinar un resultado por encima de otro, simplemente el juez tiene discreción para decidir entre esas opciones (Dworkin, 1989, pág. 452).

De igual modo, MacCormick y Aarnio sostienen lo siguiente:

Que existen criterios de racionalidad aplicables a las decisiones judiciales, aunque en algunos casos, estos pueden ser insuficientes, en el sentido de que puede haber más de una solución que cumpliría con los criterios de racionalidad, en cuyo caso, no cabría hablar ya de una única respuesta correcta. Habría sí, una respuesta mejor, que sería en el caso de MacCormick, la que elegiría un espectador imparcial (MacCormick se inspira aquí en Adam Smith y en Hume) y; en el caso de Aarnio, la que aceptarían la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que pensarán racionalmente (Atienza M. , 2009, pág. 19).

Por último, es importante resaltar la postura de Cesar Rodríguez, jurista y sociólogo colombiano, donde analiza cada una de las críticas que se han desarrollado en este capítulo e integra otros temas relacionados con los autores. De este modo, Rodríguez interpreta este debate y también niega la existencia del desacuerdo entre ambos autores, pero no bajo el argumento de Raz, sino porque ambos autores plantean una teoría muy distinta, por lo que muy difícilmente podrían encontrar puntos de concordancia.

Por un lado, Hart establece una teoría descriptiva y general mientras que Dworkin propone una descriptiva- justificativa. Hart expone la relevancia de las condiciones de existencia del derecho, mientras que Dworkin intenta justificar las prácticas judiciales basadas en virtudes morales del contexto particular. Solo concuerdan en ser descriptivas, aunque la teoría de Dworkin puede plantearse para todas aquellas situaciones que tengan un control constitucional fuerte, igual se consideran generales como la de Hart (Rodríguez, 1997, pág. 46).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En consecuencia, la mayoría de los autores que han interpretado la crítica de Dworkin hacia Hart, hacen parte de la corriente positivista del derecho, por lo que concuerdan en gran parte con los argumentos planteados por Hart sobre la identificación de los principios jurídicos y la necesidad de la discrecionalidad judicial.

El punto de concordancia entre los autores es que la diferencia de teorías no es sustancial, puesto que se puede resolver, modificando o aclarando un poco la postura de Hart respecto a la inclusión de los principios, como esa parte del derecho que no fue desarrollada a profundidad. En ese mismo sentido, se aporta al debate, el análisis bajo el que las teorías no necesariamente tienen que coincidir, porque el modelo de derecho y las preguntas que pretenden resolver son totalmente distintas.

Para concluir en este capítulo, es importante resaltar que ambos autores, tanto Hart como Dworkin muestran una teoría que explica la práctica judicial en los casos difíciles. Dworkin lo analiza desde un punto de vista justificativo, analizando la realidad de la función judicial sin descartar la influencia de la moral en las decisiones, sobre todo porque no es claro, el momento cuando el juez utiliza esos parámetros, porque el derecho en su conjunto está cargado de valores morales. No obstante, el juez debe tener el conocimiento y aptitud necesarios para crear una tesis que pueda comprender todo el derecho en su conjunto, para así lograr una única decisión correcta para todos los casos, sin acudir a sus propios juicios personales como una discrecionalidad ilimitada.

Hart apoya la doctrina de Dworkin respecto al análisis que debe hacer el juez, indica que no es su pretensión justificar estas prácticas sino describir su naturaleza, y bajo ese entendido aun como Dworkin lo analiza, el juez siempre va a tener ocasiones para crear derecho y ser discrecional, aunque eso no implica que no tenga límites establecidos por el propio derecho.

### **3 Formulación de nuevas metodologías para resolver los casos difíciles en el ejercicio de la función judicial**

En este capítulo, se expondrá una guía metodológica para la aplicación del derecho en los casos difíciles, se realizará un análisis de procesos de razonamiento que han ayudado en la función judicial y que han sido útiles en la resolución de diferentes tipos de casos. No obstante, la presente metodología pretende evidenciar que los procesos de análisis en mención, no están desligados y que al analizarlos conjuntamente, contribuyen a unificar los criterios metodológicos que serían aplicables a todos los casos difíciles.

#### **1.1 Metodología para la resolución de casos difíciles**

La metodología que se propone, se evidencia en el siguiente orden de análisis: i) situación fáctica; ii) métodos de resolución: subsunción, analogía, test de razonabilidad, ponderación<sup>9</sup> y; iii) conclusión.

La metodología se aplicará de la siguiente manera: 1. Inicialmente se estudia e identifica el caso. 2. luego se analiza la adecuación del método de subsunción, estudiando si existe una regla, ya sea norma o precedente, que pueda ser aplicado fácilmente a la situación fáctica, de lo contrario se demuestra la existencia del caso difícil. 3. Si se determina el caso difícil, se realiza un estudio de precedentes para verificar si se puede resolver el caso por analogía. 4. Si el caso no se puede resolver fácilmente por analogía, entonces es procedente analizar la situación por medio del test de razonabilidad, para determinar si hay una intervención constitucional en un derecho fundamental que ocasiona el problema jurídico. 5. Realizado el análisis previo, el juez sigue presentando dudas en la resolución del caso se decidirá por medio de la Ponderación, para

---

<sup>9</sup> Los métodos de resolución fueron seleccionados discrecionalmente porque han contribuido en gran medida a la práctica de los funcionarios judiciales en cada uno de su ámbito de aplicación, puesto que han orientado con fundamentos racionales la deliberación con criterios objetivos.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

determinar si se justifica o no, el grado de afectación al derecho fundamental. 6. Se concluye la decisión la cual debe seguir un orden lógico y coherente con lo analizado previamente.

El objeto de la aplicación metodológica y racional en casos difíciles, es evitar la arbitrariedad en la resolución judicial, lo que genera vulneración de derechos fundamentales como ocurrió con el caso Eichman en Jerusalem<sup>10</sup>.

### 3.1.1 La fórmula de la Subsunción

Este método tiene su fundamento en nociones propias de la lógica, específicamente lo que se entiende por “argumento”. Los lógicos utilizan esta palabra para referirse a “un grupo de proposiciones del cual, se dice que una de ellas se sigue de las otras, consideradas como base o fundamento para la verdad de este” (Irving M. Copi, 2013, pág. 7).

Es este mismo orden de ideas, la estructura del conjunto de proposiciones debe tener una inferencia lógica y se describe por medio de premisa y conclusión. (Irving M. Copi, 2013, pág. 7). La estructura de los argumentos más simples contiene una sola premisa, y la conclusión se sigue de ella, como se evidencia en el siguiente ejemplo: (Premisa): Siendo una milicia bien preparada, necesaria para la seguridad de un Estado Libre, (Conclusión): el derecho del pueblo a poseer y portar armas no debe ser vulnerado. Constitución de los Estados Unidos, Segunda Enmienda (Irving M. Copi, 2013, pág. 10). En ese sentido, también se pueden construir argumentos con una estructura compleja como el siguiente:

---

<sup>10</sup> "Eichmann en Jerusalem" es un reportaje al proceso que se siguió a Adolf Eichmann en Israel, por su pertenencia al gobierno nazi y su desempeño como uno de los engranajes importantes en la puesta en marcha de la "solución final". *The New Yorker* escogió como enviada especial a Hannah Arendt, filósofa alemana judía exiliada en EUA para asistir al juicio, la cual evidencio problemas sobre la legalidad jurídica de Israel a la hora de juzgar a Eichmann. Además, según Arendt, el tribunal de Jerusalén fracasó al no abordar tres problemas: *el problema de la parcialidad propia de un tribunal formado por los vencedores, el de una justa definición de "delito contra la humanidad", y el de establecer claramente el perfil del nuevo tipo de delincuente que comete este tipo de delito*. El mayor defecto fue, según la filósofa, que la acusación se basó en los sufrimientos de los judíos y no en los actos de Eichmann. (Vicente, 2014)



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

La justificación teórica de nuestro argumento (que la legalización del aborto en la década de 1970 redujo sustancialmente la delincuencia en la década de 1990) se apoya en dos supuestos simples que se exponen a continuación, primera premisa: el aborto legal conduce a que nazcan menos bebés “no deseados”, y segunda premisa: los bebés no deseados tienen más probabilidad de sufrir abuso y rechazo, (Conclusión) por lo tanto, son más propensos a estar vinculados en actividades delictivas en etapas posteriores de la vida (Irving M. Copi, 2013, pág. 12).

Como se observa, la premisa es un elemento esencial de la cual se infiere la conclusión.

De ahí, que sea importante mencionar dos maneras en las cuales una conclusión se sustenta en las premisas, o que también permita hacer referencia a dos clases de argumentos tales como: deductivos e inductivos. La diferencia radica en que el deductivo establece su conclusión de manera concluyente, mientras que el inductivo solo con un grado de probabilidad (Irving M. Copi, 2013, pág. 13).

Uno de los factores determinantes dentro de un razonamiento de tipo deductivo es la subsunción la cual puede entenderse de la siguiente manera: “(...) el estadio final del razonamiento jurídico, el puro proceder formal, la mera aplicación del esquema de inferencia, una vez que, por los medios que sea, se han fijado las premisas, y con total independencia del contenido de estas y del de la conclusión que con tal operación deductiva se establezca”. (Amado, 1998, pág. 199)

El estudio de estos conceptos es importante para evidenciar que la estructura de un silogismo o razonamiento, puede ser aplicable a contextos jurídicos, específicamente en los argumentos judiciales, donde la decisión o conclusión se sigue necesariamente de las premisas. Lo anterior se evidencia en lo que sostiene MacCormick, que una decisión está legalmente justificada en un argumento deductivo. Puesto que este tipo de argumentos no se enfocan únicamente en la demostración de verdades lógicas, también en su aplicación lógica de

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

argumentos en contextos jurídicos (Uturralde, 1991, pág. 93). Por ejemplo, el modelo silogístico de subsunción generalmente se formula con el siguiente análisis:

La premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar, y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica (Uturralde, 1991, pág. 77)

En este primer método, se verifica la existencia del caso difícil, se puede evidenciar una dificultad de aplicación de una regla determinada a la situación fáctica que se presente. En la subsunción se expone qué tipo de premisas son necesarias y cómo se relacionan entre sí, para justificar una decisión jurídica. De igual modo, Alexy sostiene la importancia de la justificación de las premisas, no basta sólo con un análisis lógico de ellas (Alexy, 2006, pág. 95).

### 3.1.2 Analogía

En la práctica judicial, a menudo se evidencian diversos casos en los que tanto las partes como el juez, tienen una expectativa sobre el posible resultado, esto generalmente se presenta por el conocimiento que se tiene sobre los precedentes y el deber de aplicarlos de conformidad a casos similares. Así mismo, en apartados anteriores se ha resaltado la dificultad de solucionar aquellos casos llamados “difíciles” porque no logran adecuarse fácilmente a las reglas preestablecidas. En este sentido, para que se puedan resolver estos casos, es necesario que el juez, una vez identificada la dificultad para subsumir el caso a una regla, identifique en primera medida, los casos “Ilustrativos” o modelos de decisión para fundamentar las futuras decisiones en las similitudes fundamentales que se analizan.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Por ejemplo, en el sistema judicial chino, se ha desarrollado un método para identificar los casos ilustrativos adecuados, facilitando la práctica judicial con criterios de análisis racionales, fundamentados en el razonamiento por analogía, lo que “significa aplicar reglas prescritas por el elemento constitutivo -A al elemento constitutivo similar -B sin que el ordenamiento jurídico expresamente lo requiera” (Qi, 2015, pág. 265). Como muestra este concepto, es necesario seleccionar un elemento constitutivo referente en el caso ilustrativo. Por lo que el juez, debe realizar una búsqueda de casos, y una vez identificado el proceso, debe analizar los hechos fundamentales y comprender lo que alegan las partes, tanto en el caso ilustrativo como en el caso a resolver.

Así, para la identificación de elementos constitutivos en la similitud de casos, se pueden tener en cuenta factores como el objeto del litigio, influencia del daño y la culpa, la influencia de la declaración de voluntad, el propósito de la legislación, y la intención de la acción procesal. También se tienen en cuenta otros factores como: hechos, la justificación de la sentencia, el análisis de los hechos, teorías académicas avanzadas y disposiciones jurídicas relevantes. (Qi, 2015, pág. 268)

Por otro lado, al juzgar la similitud de los casos, los jueces en ciertas circunstancias, usan juicios de valor porque pueden existir casos similares con distinta consecuencia jurídica, así el juez debe decidir qué caso escoger de acuerdo a sus propios valores, en ese sentido, el análisis de la similitud de los casos depende del razonamiento de cada juez y de la solución que se quiera dar al problema (Qi, 2015, pág. 283).

Este método es utilizado igualmente por Hart y Dworkin en la resolución de casos, como se explicó en apartados anteriores, Hart expone la analogía como la fórmula para aplicar el precedente judicial, previo a eso, el juez tiene discreción porque debe elegir la norma aplicable y

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

se debe hacer una argumentación para agregar un caso nuevo a una línea de casos semejantes.

Mientras que el juez de Dworkin, por medio de la tesis de los derechos debe analizar todo el sistema de derechos en su conjunto para fundamentar la teoría triunfante y aplicar un precedente respectivo.

En consecuencia, el juez puede seguir el siguiente proceso de juicio de similitud en su práctica, debe realizar una búsqueda de casos, determinar los factores de identificación, juzgar la relación jurídica, es decir, determinar los elementos constitutivos de acuerdo a diversos factores como el objeto, la voluntad y la consecuencia, para que así finalmente, se pueda construir el razonamiento analógico de acuerdo con Hart, o la tesis de derecho más acertada siguiendo a Dworkin, para determinar de alguna de las dos maneras, las disposiciones jurídicas aplicables.

### ***3.1.2.1 El uso del precedente judicial en Colombia.***

La constitución Política de Colombia, en su artículo 230, evidencia la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y determina que la jurisprudencia es fuente formal. La Corte Constitucional sostiene que no se debe entender de manera literal ese enunciado, porque bajo ese mismo precepto, el mandato constitucional adscribe funciones a las altas cortes de unificación jurisprudencial, con el fin de mantener la coherencia interna del sistema de justicia, la seguridad jurídica, y la igualdad de las personas que acceden a la justicia con la creencia de que se conservaran las razones reiteradas en casos análogos y anteriores. (Auto, 2006). Son estos principios los que generan la fuerza vinculante o la obligatoriedad de los pronunciamientos de las altas cortes.

De igual modo, los jueces y magistrados de menor jerarquía, deben cumplir con la aplicación uniforme de los pronunciamientos de sus superiores. Éstos deben tener presente las

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

partes de la sentencia y cuales son vinculantes, una sentencia se divide en tres: *Obiter dicta*, la cual no es vinculante, pero hace referencia a la fuerza persuasiva porque expone teoría, doctrina general, y lo hace con el fin de apoyar la argumentación en la que se funda la decisión; *Decisum*, es la resolución concreta del caso, en tutela tiene efectos interpartes y en sentencia de constitucionalidad efectos *erga omnes*; La *Ratio decidendi*, es el fundamento, principio, regla jurisprudencial o argumento de la sentencia, el cual puede ser aplicado a casos similares, por esto, la *ratio* es la que constituye el precedente judicial de carácter vinculante (Camargo, 2016, pág. 25).

Así como se expone en el siguiente apartado jurisprudencial:

La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones, que los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijan sus superiores. Así, en sentencia T-566 de 1998, se precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se "verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto", o que "existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica", en cuyo caso se exige una "debida y suficiente justificación (Sentencia T-569, 2001)

Inicialmente, la obligatoriedad de los precedentes se predicaba de las sentencias de la Corte Constitucional, pero con la Sentencia C-836 de 2001, se amplió el carácter obligatorio a las decisiones de otras jurisdicciones (ordinaria y contenciosa administrativa).

En concordancia con la unificación de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia aplica la Doctrina probable. Establecida en la ley 153 de 1887 artículo 10: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. (Congreso de la republica de colombia, 1887)

Se reitera en la Ley 169 de 1896 artículo 4 que “En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable” (Congreso de la Republica de Colombia, 1896). Por otro lado, el Consejo de Estado fue adoptando la noción de precedente judicial y con las leyes 1395 de 2010 (actualmente derogada), y 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se le otorgaron herramientas procesales (Ortíz, 2016, pág. 2).

A pesar de toda la doctrina sobre el precedente, el propósito sobre la unificación jurisprudencial sigue teniendo sus falencias, puesto que, dentro de las sentencias de la Corte Constitucional, se evidencia de manera constante el cambio de precedente, como se puede observar con los temas sobre estabilidad laboral reforzada. De igual modo, en el Consejo de Estado al constatar que las reglas jurisprudenciales no sirven para resolver todos los casos, está reemplazando las citas jurisprudenciales conceptuales por la herramienta de la doctrina probable, con el fin de aplicar soluciones jurídicas similares a hechos análogos. (Camargo, 2016, pág. 74)

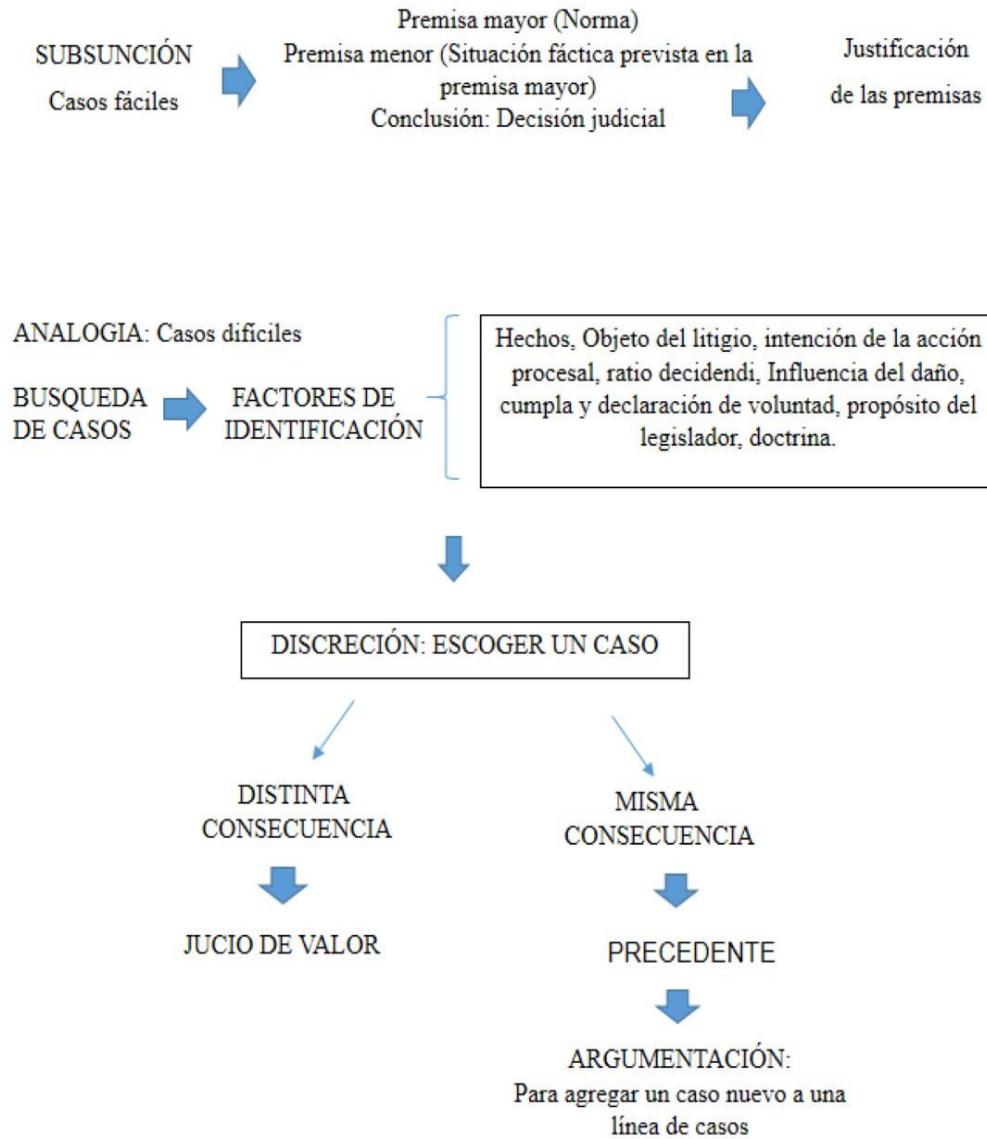
Esta dificultad también se evidencia entre los precedentes de distintas cortes. Por ejemplo, las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se enfrentan en el caso de “la determinación de los factores salariales que se deberían tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los funcionarios al servicio del Estado beneficiarios del régimen de transición” (Camargo, 2016, pág. 45). No obstante, con la sentencia C-816 de 2011, se determinó que cuando se presenten este tipo de diferencias prevalecería el precedente de la Corte

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Constitucional para asegurar la armonía del sistema jurídico Colombiano (Camargo, 2016, pág. 74).

En conclusión, el uso del precedente judicial en Colombia se evidencia en las razones que motivan la decisión en los casos concretos, en sede de Constitucionalidad, con una sentencia es suficiente para crear precedente vinculante, mientras que en la jurisdicción ordinaria se requiere de un mínimo de tres sentencias análogas (Doctrina probable) para hablar de unificación. De igual modo, la necesidad de unificación jurisprudencial no se predica únicamente en cada corporación internamente, sino que todas las altas cortes unifiquen criterios y puedan colaborar armónicamente dentro de sus ramas. Sin embargo, por ser la Corte Constitucional la que salvaguarda la norma de normas, los criterios que en ella se definan deben prevalecer por encima de los demás, fundamentados en la necesidad de unificar la jurisprudencia.

**SUBSUNCIÓN Y ANALOGÍA**



**Figura 6** Cuadro resumen de “Subsunción” y “Analogía” (Elaboración propia)



### 3.1.3 Test de razonabilidad

En la función judicial también se pueden encontrar casos difíciles, donde la colisión de derechos no esté representada por dos personas particulares. En estos casos, puede haber una afectación directa al derecho de una persona por la aplicación injusta<sup>11</sup> de una norma o de la actuación diferenciada de una autoridad dentro de sus funciones, la cual habiendo sido expedida, en el caso de la norma, o siendo realizada por una autoridad, presupone que deben corresponder con un conjunto de principios constitucionales. Esto conlleva a que las cortes, deban justificar razonablemente hasta dónde pueden llegar las actuaciones de las autoridades en cuanto a vulneración de derechos, teniendo en cuenta el marco constitucional.

En la práctica judicial, los jueces a menudo se preguntan cómo se pueden determinar los ámbitos de discriminación, precisamente en eventos donde una norma o una acción se encuentran enfrentadas con el derecho a la igualdad de un individuo. El desarrollo de la jurisprudencia ha evidenciado la utilidad de principios como la proporcionalidad, razonabilidad, igualdad, desarrollados en teorías hermenéuticas con el objeto de prestar una guía para la resolución de casos como estos. A su vez, los jueces ejercen el control de constitucionalidad para analizar que efectivamente haya una correspondencia de las leyes con la Constitución.

Una vez analizados los posibles fundamentos jurídicos análogos, y al evidenciar la dificultad para la aplicación de reglas similares, se hace necesario la aplicación del test de razonabilidad. Por medio de esta herramienta hermenéutica, se analizan criterios para evaluar si en el caso difícil, las actuaciones que vulneran derechos se justifican a la luz del derecho vigente.

---

<sup>11</sup> Tipo de caso difícil, Cap. 2 Pag 53. *Existe una sola norma y es clara pero su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto*

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En ese orden de ideas, para definir la constitucionalidad de las intervenciones, se destacan modelos de derecho comparado como el europeo basado en el principio de proporcionalidad, y el norteamericano que distingue niveles de intensidad para la aplicación del juicio de igualdad<sup>12</sup>. En primer lugar, el modelo europeo, se apoya inicialmente del test de razonabilidad para analizar la constitucionalidad del trato diferenciado. En este análisis se consideran los siguientes aspectos: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido” (Pulido, 2002, pág. 58).

El principio de proporcionalidad tiene su origen inicialmente en el derecho policivo prusiano, el cual servía para orientar las intervenciones a la libertad individual. Posteriormente, la jurisprudencia desarrolló este principio extendiéndolo al ejecutivo, con la finalidad de controlar los poderes discrecionales de la administración y finalmente con la ley fundamental de Bonn en 1949, el concepto de proporcionalidad se entendió como fundamental en la naturaleza de los derechos fundamentales y el Estado social de derecho, otorgándosele un rango constitucional y por ende, de aplicación a todos los poderes públicos (Urbina, 2012).

El principio de proporcionalidad, surge ante la realidad de que los derechos no son absolutos y deben convivir unos con otros, este encuentro entre derechos implica que uno de

---

<sup>12</sup> El test o juicio de igualdad, es utilizado para analizar cuándo se está ante circunstancias o normas contrarias al derecho a la igualdad. “En efecto, como señala Prieto Sanchís: “los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades y desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas” (Gutarra, 2014) . De esta manera, para responder estos cuestionamientos existe el test de igualdad, el cual comprende inicialmente los siguientes pasos: a. Existencia de una diferenciación legal y b. razones que puedan justificarla. Estos pasos implican, en primer lugar, definir la situación de desigualdad o igualdad dependiendo el destinatario de la ley, posteriormente en una etapa comparativa determinar si efectivamente la ley estableció dicha diferenciación y finalmente en una etapa discursiva justificar las razones de la diferenciación legal. (Criado-Castilla, 2016, pág. 349)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

ellos debe ser limitado. Por lo que este principio, se ha desarrollado como una técnica de interpretación judicial, con el objetivo de tutelar de mejor manera los derechos en conflicto.

Siendo así, ¿de qué manera se pueden limitar derechos? (Carbonell, 2008, pág. 9), para limitar un derecho, los jueces tienen la obligación de realizar control constitucional. Es decir, cuando exista una norma o circunstancia que limite un derecho, se debe analizar y determinar si este acto es o no compatible con la constitución, si no es constitucional, entonces debe ser retirada del ordenamiento y la circunstancia debe ser censurada.

A su vez, el concepto de proporcionalidad implica el cumplimiento de ciertos puntos de análisis: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, referenciados de la siguiente manera:

si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (Villaverde, 2008, pág. 183).

En segundo lugar, el modelo jurisprudencial norteamericano se fundamenta en la existencia de niveles de intensidad para la aplicación del juicio de igualdad, no obstante, se puede aplicar a otros derechos, los cuales se clasifican en: *escrutinio estricto/ intensidad grave*: que debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios sospechosos, como la raza o la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía (Pulido, 2002, pág. 63). Además tiene como consecuencia, el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (derecho a la participación política) o un derecho constitucional (Villaverde, 2008, pág. 183); “el nivel estricto se predica cuando existen criterios que indican que la diferenciación realizada puede ser “potencialmente discriminatoria”, por lo tanto, justificar cualquier medida

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

desventajosa debe necesariamente ser una condición para alcanzar un objetivo constitucional (Insignares-Cera, 2012, pág. 101).

Este tipo de intensidad tiene dos exigencias: a. Un objetivo permitido y constitucionalmente imperioso para la sociedad y el Estado, y b. Que la medida sea necesaria para alcanzar el objetivo, esto es, la única o la más idónea (Pulido, 2002, pág. 51).

Por otro lado, también se puede presentar el *escrutinio intermedio o Intensidad media*, que se aplica para los casos en que el Estado establece diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario, para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real (Pulido, 2002, pág. 64). Por ejemplo, cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (Gesetnes, 2011).

Este tipo de intensidad tiene dos exigencias, la primera, para que el objetivo del trato diferente sea importante y segundo lugar, para que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva (Pulido, 2002).

Sobre el *Escrutinio débil o Intensidad leve*, se establece que para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que establezca, sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico” (Pulido, 2002, pág. 51).

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (Gesetnes, 2011).

Este tipo de intensidad tiene dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo (Pulido, 2002, pág. 51).

En la aplicación de los escrutinios se puede observar ciertos inconvenientes en la adecuación de los casos, entre otras razones, porque no es clara la diferenciación de los escrutinios al no existir un criterio límite frente a los casos donde se puedan evidenciar criterios sospechosos o casos potencialmente discriminatorios de derechos protegidos constitucionalmente. Ante esto, la Corte constitucional colombiana determina que lo relevante en este método, es la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida diferencial (Pulido, 2002, pág. 65).

Según Urbina (2012), se hizo un análisis de la adopción del principio de proporcionalidad en los ordenamientos jurídicos sudamericanos y resalta que la Corte Constitucional Colombiana, es una de las jurisdicciones constitucionales que mejor han hecho uso del test de proporcionalidad.

Esta corte estudió los modelos europeo y norteamericano del juicio de igualdad y las analizó en su conjunto, conformando un *juicio integrado de igualdad*<sup>13</sup>, fundamentado en la aplicación de los niveles de intensidad en cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad. Este juicio comprende las siguientes etapas: a. Determinación del tipo de escrutinio; b. Juicio de

---

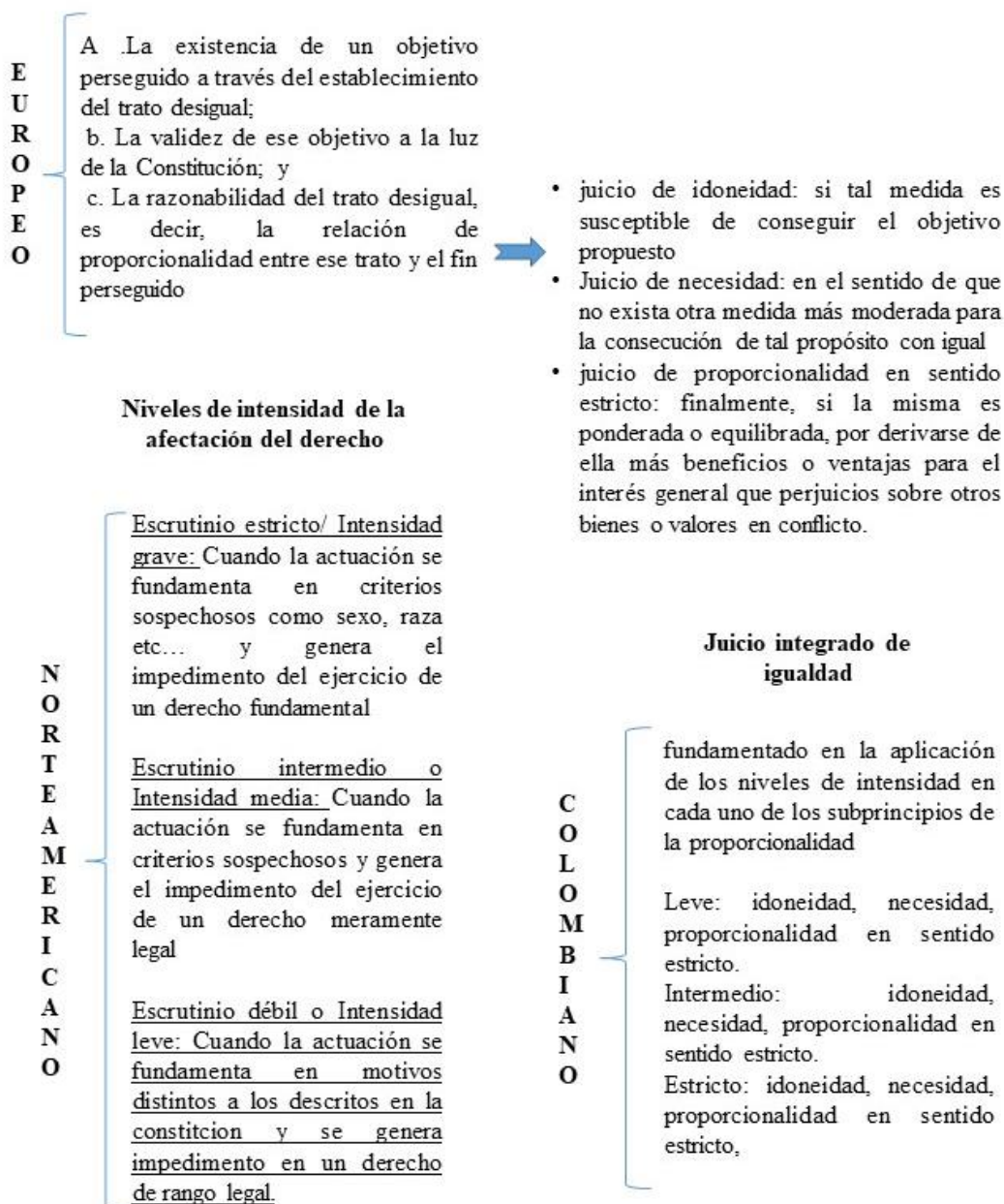
<sup>13</sup> Esta tercera vía, sugerida anteriormente en el contexto colombiano por César Rodríguez, ha sido acogida y desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-93 de 2001.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

adecuación o idoneidad; y c. Juicio de indispensabilidad o necesidad que han sido referenciados previamente (Pulido, 2002, pág. 51).

Con el fin de unificar criterios en la aplicación de la metodología propuesta se utilizará el test de razonabilidad con los siguientes criterios de análisis: i) existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la constitución, iii) principio de proporcionalidad: juicio de idoneidad, juicio de necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, iv) niveles de intensidad de la intervención: Leve, intermedio, estricto.

## TEST DE RAZONABILIDAD



**Figura 7** Test de Razonabilidad. (Elaboración propia)

### 3.1.4 Ponderación

En los apartados anteriores, se analizaron los primeros procesos de análisis de la metodología propuesta, a continuación, se expondrán los criterios esenciales del último proceso racional que debe realizar un juez en casos difíciles, considerando que con los métodos anteriores no se hayan resuelto las dificultades para la decisión.

La ponderación no es otro método desligado de ese proceso racional, Alexy (2006) sostiene que es una regla por medio de la cual, se puede expresar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y es utilizada cuando un juez se encuentra en una colisión de principios. De igual modo, la ponderación se puede definir como un proceso metodológico para la protección de derechos fundamentales contenido en Constituciones. A lo que Pulido (2015) señala que, para la resolución de la colisión de principios, la estructura de la ponderación de Alexy establece tres elementos importantes: la ley de ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

En primer lugar, la ley de la ponderación expresa que: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un derecho o principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. (Alexy, 2006, pág. 97). De este enunciado se pueden desprender los siguientes objetivos:

1. La primera etapa implica definir el grado de la no satisfacción o afectación del primer principio
2. Importancia de satisfacer el segundo principio que entra a competir con el primero



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

3. Se define si la importancia de satisfacer el último principio, justifica la afectación o la no satisfacción del primero.

Según Pulido (2015) el primer y segundo principio están relacionados, porque ambos consisten en establecer la importancia de los principios en juego. El grado de afectación <sup>14</sup> puede determinarse con la escala tríadica: leve (l) moderado (m) y grave (s).

Esta escala se puede evidenciar en una decisión de la Corte Constitucional federal alemana donde se califica el deber de los productores de tabaco de poner etiquetas de advertencia sobre los efectos nocivos de fumar como una *intervención leve* en la libertad de profesión, puesto que, una *intervención grave* sería una prohibición total de la venta de los productos. Así, en esta escala se puede ubicar casos en el que haya una *intervención moderada* o represente un punto intermedio. (Alexy, 2006, pág. 97).

La escala tríadica debe ir acompañada de juicios racionales sobre el derecho vulnerado y un proceso reflexivo con una carga argumentativa sobre el grado de satisfacción y la intensidad de la intervención. De ahí que, este proceso no se convierta en arbitrario y el juez pueda moldear la escala de acuerdo a sus opiniones personales. Así como se evidencia en el siguiente ejemplo:

Un magazin satirico, describió a un oficial parapléjico de la reserva, quien por haber cumplido con sus responsabilidades fue llamado de nuevo a filas. La revista lo describió como un “asesino nato” y como un “tullido”, el oficial demandó y a la revista le tocó pagar una indemnización por lesiones causadas, a su vez, la revista presentó una queja

---

<sup>14</sup> Bernal Pulido en “Precedente y ponderación” de “Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial”. Pone en duda la posibilidad de que existan realmente criterios objetivos para aplicar a variables relevantes en casos paradigmáticos. Por ejemplo, en el principio de libertad religiosa, es cuestionable considerar que el grado de restricción de la libertad religiosa puede ser determinado en abstracto sin puntos de vista subjetivos. La manera en que se evalúa, es la forma como el individuo vive su fe religiosa. Entonces, la evaluación sobre la importancia de un principio por medio de la fórmula del peso, debe estar precedida por una posición en concreto, lo que implica una gran discreción al juez para decidir con base en opiniones. Es claro que la moralidad e ideología política juegan un papel importante, de igual modo la fórmula de peso es importante porque hace transparente el margen de discreción del juez.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

constitucional a quienes realizaron una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho a la honra.

La intervención respecto a “asesino nato” se interpretó como grave contra la libertad de expresión, porque esta expresión se interpreta dentro del contexto de las sátiras publicadas por la revista, las cuales habían sido consideradas previamente con una intervención moderada. De acuerdo con esto, concluyeron que la intervención respecto a la libertad de expresión fue desproporcionada. Mientras que frente a la palabra “tullido”, la Corte Constitucional si lo considero como una vulneración grave del derecho a la honra, por representar algo degradante para una persona que se haya en esas condiciones, por lo que la Corte justificó la intervención frente a este último punto (Alexy, 2006, pág. 98).

Tres variables son relevantes para analizar los dos primeros objetivos de la ley de ponderación: a. Importancia de los principios; b. Peso abstracto; y c. Seguridad de las apreciaciones empíricas.

En la primera variable, se analizan los dos primeros objetivos de la ley de ponderación: “definir el grado de la no satisfacción o afectación del primer principio, Alexy prefiere hablar en términos de “intensidad de la intervención”, y la “importancia de satisfacer el segundo principio que entra a competir con el primero”.

La segunda variable, sobre el peso abstracto<sup>15</sup>, deriva de la jerarquía jurídica del órgano que defiende un principio, o de valores sociales positivos donde Alexy (006) sostiene que está determinado por su relación con otros principios, independientemente de las situaciones del caso, por ejemplo, un órgano judicial puede considerar de mayor peso abstracto el derecho a la vida que al de la libertad porque para ser libres necesitamos estar vivos, mientras que otro juez puede

---

<sup>15</sup> Bernal Pulido en “Precedente y ponderación” de “Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial”. También existe un margen de discreción en la selección del peso abstracto porque el juez debe tener una opinión respecto de la constitución, del rol del estado y del concepto mismo de justicia. La variable del peso abstracto cobra importancia cuando son principios de distinta naturaleza ya que no hay una jerarquía establecida de los principios. Ante esto, Bernal resalta la dificultad que esto acarrea al escoger el mejor argumento moral por lo que sostiene que no hay respuesta correcta como sostiene HART.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

darle mayor peso a la libertad por estar íntimamente relacionado con el principio democrático y la dignidad humana (Pulido, 2015, pág. 114).

Por último, la tercera variable, se refiere a que la apreciación empírica de la afectación del primer principio y la satisfacción que del segundo puede tener distintos grados de certeza. En consecuencia, Alexy sostiene que para evaluar estas variables de manera idónea, es necesario la aplicación del segundo elemento de la ponderación: la fórmula del peso<sup>16</sup>, la cual tiene la siguiente estructura según Bernal Pulido (2015):

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

- Pi, Pj: Principios
- Ipi: Intensidad de la intervención en Pi
- Gpi: Peso abstracto
- C: caso concreto
- Ipic: Intensidad del principio en el caso concreto
- Li: Relación de igualdad con Ipic . Es lo mismo, pero abreviad
- A: carácter abstracto para hacerlo específico

---

<sup>16</sup> Ante esto, Bernal Pulido resalta la dificultad que esto acarrea al escoger el mejor argumento moral por lo que sostiene que no hay respuesta correcta como sostiene HART. Bernal Pulido en “Precedente y ponderación” de “Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial”. La fórmula de peso requiere premisas fácticas para sus variables como guía para determinar si un principio debe tener más o menos peso que otro o si una apreciación empírica es más o menos segura. Estas premisas que sustentan las variables están sustentadas a su vez en una red de precedentes que reducen el margen de discreción. Por ejemplo: Países de tradición civilista han llegado a la conclusión de que el principio de igualdad debe ser mayor cuando las normas establezcan un trato diferenciado por razones de género o preferencias sexuales o que el ejercicio de la libertad de expresión debe ser mayor cuando se trate de participación democrática.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

- $G_{piA}$  o  $G_i$  Version corta Peso abstracto del principio
- $W$ : Importancia concreta del principio contrario de una manera análoga a  $I_{pic}$  mediante  $W_{pjc}$
- $Spic$ : Seguridad de los presupuestos empíricos (Alexy, 2006, pág. 97)

En la formula se evidencia el peso en concreto del principio  $P_i$  frente al principio  $P_j$ , el cual resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio  $P_i$ , su peso abstracto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas o probabilidad de afectación de los principios. Alexy sostiene que es posible dar un valor numérico a las variables por medio de la escala triádica, de tal manera, que el caso debe ser resuelto de acuerdo al principio que tenga mayor peso concreto.

Los valores se determinan así:

- Leve: 2 elevado a la 0 es decir = 1
- Moderado 2 elevado a la 1= 2
- Intenso: 2 elevado a la 2=4

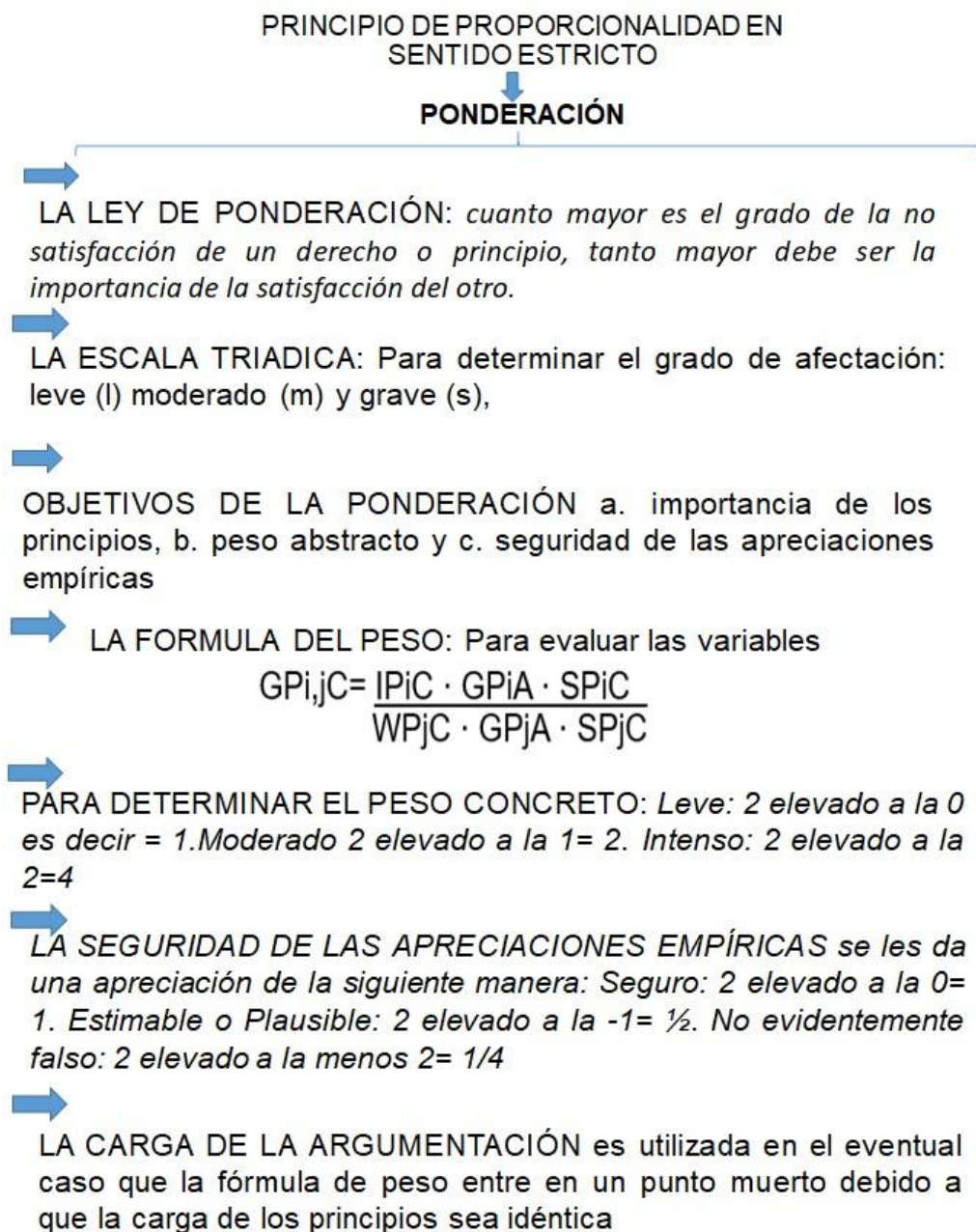
La seguridad de las apreciaciones empíricas se les da una apreciación de la siguiente manera:

- Seguro: 2 elevado a la 0= 1
- Estimable o Plausible: 2 elevado a la -1=  $\frac{1}{2}$
- No evidentemente falso: 2 elevado a la menos 2=  $\frac{1}{4}$  (Pulido, 2015)

Finalmente, no siempre se aplica el último objetivo de la ley de la ponderación, respecto a la carga de la argumentación. Puesto que, es utilizada en el eventual caso que la fórmula de peso entre en un punto muerto debido a que la carga de los principios sea idéntica. En estos casos,

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

servirá de orientación las restricciones que hayan hecho el parlamento o congreso respecto a un principio y se considerarán proporcionadas (Pulido, 2015, pág. 114).



**Figura 8** Cuadro resumen de “Ponderación” (Elaboración propia)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En consecuencia, el juez tiene diversos criterios de análisis y metodologías racionales para la resolución de casos difíciles. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estos métodos están estrictamente ligados con la argumentación jurídica, la cual es la que reconoce los criterios particulares de cada caso dentro de los procedimientos de aplicación. Finalmente, las propuestas de Hart y Dworkin para solucionar los casos difíciles se evidencian en cada uno de estos procedimientos.

Por un lado, hay espacio para que el juez pueda hacer un razonamiento por analogía, así como señala Hart bajo criterios de responsabilidad política como señala Dworkin aunado al apoyo de la tesis de los derechos con el test de razonabilidad, donde se evalúa, entre otras cosas, el propositivo y la validez del objetivo de intervenir o afectar un derecho.

### **3.2 Exposición de casos y aplicación de metodología**

#### **3.2.1 Caso sobre el castigo a los mitilenios**

##### *i) Situación fáctica*

La rebelión de Mitilene tuvo lugar en el 428 a. c durante la guerra del Peloponeso. Mitilene era una ciudad – Estado autónoma respecto a sus asuntos internos, tenían una situación privilegiada dentro de la confederación ateniense, porque junto con Quíos no estaban obligadas a pagar tributo alguno. Los mitilenios estaban preparando la guerra contra Atenas. Los cuales, al enterarse, enviaron flotas ordenando suspender las actividades de rebelión así se evitaría una lucha contra ellos. Tras un pequeño enfrentamiento y al no encontrarse preparados para la lucha, los mitilenios firmaron un armisticio enviando una flota de embajadores mitilenios a Atenas para discutir un posible acuerdo de no continuar con la rebelión a cambio de retirar las naves

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

atenienses. Sin embargo, al mismo tiempo enviaron una flota a Esparta con el propósito de formar una política contra el imperio ateniense. (Schmill, 1987, pág. 203)

El acuerdo fracasó y Atenas logró bloquear por mar a Mitilene, cuando finalmente llegaron los espartanos, Mitilene se había rendido ante los atenienses. En consecuencia, Atenas debía decidir el destino de este pueblo y la decisión que tomaron en primera instancia consideró que Atenas se encontraba en una situación límite por el contagio de la peste, esta situación aunada a la rebelión, generó que la asamblea ateniense ordenara la ejecución masiva de todos los prisioneros mitilenios mayores de edad y vender como esclavos a niños y mujeres.

La defensa de los mitilenios se fundamenta en lo siguiente:

Sabed, pues, que nuestra amistad y alianza con los atenienses data desde que vosotros os apartasteis de la guerra contra los medos y ellos prosiguieron la empresa. Entonces nos confederamos con ellos, no para poner a los griegos bajo la sujeción de los atenienses, sino para librarles de la servidumbre de los medos. Mientras nos tuvieron por iguales, siempre los seguimos con entera voluntad; pero al ver que, terminada la guerra contra los medos, procuraban someter a sus amigos y confederados a servidumbre, no pudimos dejar de recelarnos. Y porque no era posible a los otros aliados y confederados unirse para defenderse de los atenienses, por la diversidad de votos y pareceres que suele haber entre muchos, todos quedaron sujetos a servidumbre, excepto nosotros, y los de Quíos". (Tucídides, 1986, pág. 160).

A pesar de la pena, la embajada mitilenea convenció a los magistrados a que convocaran a una nueva asamblea para una nueva deliberación que reflexionara sobre la decisión. (Schmill, 1987, pág. 209).

La asamblea en Atenas consideró que hubo circunstancias que no se tuvieron en cuenta, por lo que debía decidir nuevamente analizando la justificación de la pena, la fundamentación de la sanción y la legitimidad del castigo. En esta deliberación se encontraban dos derechos en colisión. Por un lado, la seguridad jurídica fundamentada en la aplicación de la pena capital como regla precedente y, por otro lado, la legitimidad de Atenas como imperio.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

El caso de los mitilenios es un ejemplo de un caso difícil porque aunque el tribunal de Atenas haya establecido un precedente que por razones de consistencia debían seguir, era necesario el cambio de jurisprudencia por razones de integridad, conservación y legitimidad de Atenas<sup>17</sup>.

La aplicación de una metodología de análisis en el caso del castigo a los mitilenios se hace relevante porque en esa época no pudo llevarse a cabo la deliberación en un plano de análisis detallado, generalizado y abstracto porque se hacía urgente una nueva decisión antes de que la orden de la pena capital sea ejecutada. Porque ya había sido despachada con el encargo de proceder con prontitud. En cualquier otra circunstancia, los jueces se pueden ver en la obligación de decidir casos con tal grado de dificultad en muy poco tiempo, por eso el análisis posterior detallado y en abstracto de casos ya fallados ayuda a tener una idea de cómo pueden ser resueltos casos que se encuentren en las mismas circunstancias.

### ***3.2.1.1 Aplicación metodológica al caso en concreto***

#### *ii) Formula de subsunción*

En la antigua Atenas los tribunales funcionaban por medio de una asamblea y jurados donde imperaba la formulación de debates. Las partes proponían las penas a la asamblea, la cual en la mayoría de ocasiones se sometían a los precedentes. El delito de rebelión fue el que se sostuvo de acuerdo a los argumentos esgrimidos por los oradores, el cual debía ser castigado con pena capital.

Premisa mayor: El que cometa rebelión, debe ser castigado con pena de muerte

---

<sup>17</sup> Cesar Rodríguez en “ La decisión judicial” establece que el cambio de precedente por motivos de consistencia e integridad en sentido Dworkiniano es un tipo de caso difícil



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Premisa menor: Los mitilénios cometieron rebelión

Conclusión: Por lo tanto, los mitilénios deben ser acusados a pena de muerte.

El caso sobre el pueblo mitilénico que se suscitó dentro de la guerra del Peloponeso, podría resolverse como un caso fácil porque existe una norma preestablecida al hecho. Sin embargo, la decisión que se tomó inicialmente ameritó una segunda revisión porque la aplicación conlleva a otras implicaciones que pueden afectar el destino de Atenas<sup>18</sup>. Por esta razón, ante la demostración de este caso como difícil, es necesario analizarlo con más detenimiento y profundidad.

iii) Analogía

Hechos: Los casos precedentes al pueblo ateniense fueron resueltos de conformidad con las penas establecidas en el desarrollo de casos similares, sin ningún tipo de excepción. Si un pueblo elevaba sus armas en contra de Atenas era castigado con muerte. Es importante resaltar, que los precedentes no se suscitaron dentro de un contexto de guerra, y en el momento de la rebelión, Grecia estaba pasando por la peste.

Objeto del litigio: En los precedentes se observa que el objeto del litigio estaba determinado a evidenciar si la conducta rebelde de los pueblos subordinados atentaba contra las instituciones e ideales políticos de Atenas. Puede considerarse como criterio análogo al presente caso, aunque los factores que determinan la dificultad es que para los atenienses el pueblo de Mitilene no era subordinado, y aun así sin importar el contexto de guerra y la situación límite en la que se encontraba Atenas, actuaron de tal manera.

---

<sup>18</sup> Cesar Rodríguez en “La decisión judicial” establece que es un tipo de casos difíciles cuando existe una norma que es pertinente y su texto es claro pero su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial para el caso concreto.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Disposiciones jurídicas relevantes: Dentro de las disposiciones jurídicas relevantes se encuentran todos los precedentes y costumbres jurídicas que se desarrollaron en Atenas para regular las conductas de rebelión.

Propósito de la legislación: El propósito de las penas contra los delitos de rebelión, tienen su fundamento en conservar el respeto por las instituciones políticas atenienses.

Justificación de la sentencia: Los casos anteriores se sustentaron en la violación a las normas y precedentes preestablecidos por la asamblea ateniense, al encontrar que las situaciones fácticas se encuadraban dentro de las disposiciones legales, la decisión se fundamentaba en un proceso silogístico de subsunción que resultaba con el castigo preestablecido.

### *iv) Test de razonabilidad*

En el caso del castigo a los mitilenios es indispensable aplicar el test de razonabilidad para analizar si la aplicación de la pena prevista cumple con los criterios para considerarse válida a la luz de las costumbres atenienses. Esto es importante porque se pretende imponer una pena establecida y aplicada previamente para casos de rebelión, pero que no se dieron en las mismas circunstancias del presente caso. De ahí, que sea necesario examinar si es justificable un trato desigual aplicando la misma pena.

Existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual: El objetivo perseguido es conservar los ideales y las instituciones políticas del Estado de Atenas.

La validez de ese objetivo a la luz de la constitución: El objetivo es válido constitucionalmente porque para Atenas la legitimidad, el respeto y la conservación de sus ideales y sus sistemas políticos son los valores de mayor importancia y se ven reflejados en todas sus actuaciones.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

-Principio de proporcionalidad:

Juicio de idoneidad: Imponer las penas sin excepción como una medida para castigar, mostrar al pueblo ateniense como un Estado riguroso que hace respetar sus penas y obliga a sus aliados o subordinados a obedecer, contribuye a mantener la seguridad jurídica y es probable que logre cumplir con el objetivo. Sin embargo, es probable que resulte contrario al objetivo propuesto. Puesto que, puede generar una mala imagen con respecto a los demás pueblos, los cuales pueden terminar rebelándose.

De igual modo, endurecer las penas no implica necesariamente la obediencia, porque en casos anteriores hay evidencia que penas más estrictas no han logrado limitar la voluntad de las personas cuando tienen esperanza y razón en lo que hacen. Lo anterior se sustenta en el siguiente pasaje del orador de Atenas Diodoto cuyos argumentos generaron que la asamblea de Atenas cambiara el veredicto en el caso del pueblo mitileno.

..No sin causa al principio para grandes delitos había pequeños castigos, mucho más leves que ahora, los cuales, por la continua transgresión de los hombres, andando el tiempo, se han reducido a pena de muerte; y aun con todo esto, no nos apartamos de errar. Es, pues, necesario, o inventar otra pena más dura que la muerte, o pensar que esta no impedirá pecar a los hombres, porque a unos la pobreza les obliga a que se atrevan, y a otros las riquezas les alientan a ser soberbios y codiciosos de más haberes, mientras otros tienen otras pasiones. y ocasiones que los atraen e inducen a pecar. Cada cual es atraído por su inclinación y apetito desordenado, tan poderoso, que apenas lo puede refrenar ni moderar por miedo de daño ni peligro que le amenace. (Tucídides, 1986, pág. 178)

Por lo tanto, la pena de muerte no es una medida idónea porque no es susceptible de conseguir el fin opuesto al que se pretende.

Juicio de necesidad: En consonancia con lo anterior, si la pena de muerte para todo el pueblo mitileno puede ocasionar el objetivo opuesto porque implica una medida muy rigurosa. Entonces, no es una medida necesaria. Ya que no es la más moderada para conseguir el propósito

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

con igual eficacia. Una medida más moderada sería aplicar el castigo únicamente para las personas que fueron autores de la rebelión. Sería una medida muy restrictiva juzgar a madres, niños o ancianos inocentes. Es decir, con una medida más moderada se logra ganar la aceptación no sólo del pueblo mitileno con respecto al perdón de las personas que no le hicieron mal a Atenas sino de no darle gusto a los enemigos de generar una imagen de injustos y malos con aquellos que han obrado bien con el gobierno. No es provechoso en últimas condenar a los que no habían sido delincuentes, porque todo el pueblo se echaría en su contra y se apoyarían de los enemigos al notar que no habría diferencia alguna (en cuanto a la pena) para los atenienses. (Tucídides, 1986, pág. 179). Por lo tanto, no es una medida necesaria.

Proporcional en sentido estricto: La medida no es proporcional porque no se derivan más beneficios para el interés general que desventajas para los valores en conflicto. Resulta más ventajoso para el principio de legalidad y seguridad jurídica que para el interés general. Ya que, con el cumplimiento de la pena morirán la mayoría de los mitilenos, incluso los que no fueron participes ni autores de la rebelión. De igual modo, tampoco es ventajosa para el interés general de Atenas.

El nivel de intensidad al derecho afectado que se presenta en el presente caso es estricto porque se fundamenta en un criterio constitucionalmente válido pero que vulnera un derecho protegido igualmente.

v) Ponderación

Pi: Principio de legalidad y seguridad jurídica

Pj: Principio de legitimidad

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Ipi: (Intensidad de la intervención o grado de afectación en el primer principio) Si se protege el principio de legitimidad (Pj) de Atenas, se vulnera el principio de legalidad y seguridad jurídica. La afectación del principio de legalidad es intensa porque es un principio que se enmarca dentro del desarrollo de las actuaciones primordiales del pueblo ateniense, cumplir con la ley. Por esta razón, se le asignará un valor de 4.

Wpj (Importancia de satisfacer el segundo principio) Si se protege el principio de legalidad (Pi) se vulnera el principio de legitimidad (Pj) es importante satisfacer el segundo principio porque en un contexto de guerra resulta necesario mantener la legitimidad y el buen nombre frente a los pueblos aliados o subordinados, con el fin de evitar que se conviertan en sus enemigos y pueda resultar perjudicial para el pueblo ateniense. De ahí que el grado de afectación de este principio sea de 4.

Gpi: Para determinar el peso abstracto del principio de legalidad es necesario tener en cuenta la importancia de este principio para el Estado de Atenas, en un contexto de normalidad social se puede aducir que la legalidad es un factor necesario para mantener la legitimidad del pueblo. Pero en un estado de guerra, es importante contar con los recursos que puedan garantizar el cumplimiento de los fines de manera necesaria y suficiente porque cualquier actuación que se realice sin la plena seguridad de las consecuencias puede resultar perjudicial. Así, teniendo en cuenta los intereses del contexto se le asignará un valor de 2.

Gpj: El peso abstracto del principio de legitimidad en el caso concreto es intenso y mayor que el de legalidad. Porque si no se cumple el principio de legalidad pero se mantiene la legitimidad del pueblo ateniense frente a terceros, entonces sería menos perjudicial para ellos y tendrían más soporte para el paso de la guerra. Por esto, se le asignará un valor de 4.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Sp<sub>i</sub>: La probabilidad de las apreciaciones empíricas del primer principio es plausible. Por lo que le corresponde un valor de ½, debido a que hay una creencia que haciendo cumplir las penas los pueblos aliados se van a mantener en obediencia con Atenas. No obstante, el mecanismo de represión y castigo no es susceptible de mantenerse en el tiempo<sup>19</sup>, es probable que los pueblos aliados cuando tengan la oportunidad se rebelen por ir en contra de los castigos de Atenas y por temor a sufrir el mismo destino.

Sp<sub>j</sub>: la apreciación empírica del principio de legitimidad es segura, se le asignará el valor de 1, porque los pueblos aliados observarán un actuar con justicia donde las personas que no son directamente responsables tengan que pagar con igual medida que aquellos que lo propiciaron. En un momento límite, como la guerra, la mayoría de personas pretende conservar su vida y no estar sujeto a la responsabilidad del actuar de los demás. Así, terceros pueden tener la seguridad de que Atenas no los hará responsables en estas circunstancias lo que resultaría mayor credibilidad, confort y aceptación.

Con los valores se obtiene que la afectación de P<sub>i</sub> es la siguiente:

$$\frac{4.2. \frac{1}{2}}{4.4.1 \quad 16} = \frac{4}{16} = 0,25$$

Seguido, se invierten los valores para hallar la afectación del principio P<sub>j</sub> respecto al principio P<sub>i</sub>. (Barrera, 2012, pág. 129)

$$\frac{4.4. 1}{4.2. \frac{1}{2}} = \frac{16}{4} = 4$$

vi) *Conclusión*

---

<sup>19</sup> Es una de las premisas que señala Hart dentro de su argumento de crítica a Austin por su noción de mandato.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En conclusión, la aplicación metodológica en el presente caso evidencia que hay un problema para subsumir la regla que establece el delito en el caso del castigo a los mitilenios, observando la necesidad de analizar el caso con otras metodologías. Se observa que en los criterios analógicos hay diversos casos precedentes donde se imponía el cumplimiento de la pena sin excepción, los cuales no se encuadraban dentro de las situaciones fácticas del presente caso. Por lo que se hizo necesario analizarlo por medio del Test de razonabilidad, en el cual se constató la existencia de un objetivo válido constitucionalmente.

No obstante, la medida se debilitó en el análisis de proporcionalidad porque no cumple los estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De ahí que en la ponderación se constatará que el principio de legitimidad tiene más peso concreto que el de legalidad el cual se fundamentaba en la medida de la pena capital a todo el pueblo mitileno.

Por lo tanto, la decisión que debe tomarse en este caso difícil es la garantía del principio de legitimidad del pueblo ateniense. Para esto, la sanción de la pena capital no será ejecutada indiscriminadamente, sólo se hará responsable a los autores de la rebelión.

### **3.2.2 El caso de los exploradores de cavernas (Lon L. Fuller)**

#### i) Situación fáctica

Es importante exponer que los hechos relatados en el libro de Fuller son ficticios, pero están soportados en hechos reales de casos *Queen vs Dusley y Stephens* y por *United States vs Holmes*. En Estados Unidos funciona el sistema de jurados, sin embargo en este caso, los jurados propusieron un “veredicto especial” que tanto la fiscal como el abogado defensor aceptaron, este consistía en dejar al juez la determinación de la culpabilidad de los reos. (Fuller, 2011, pág. 15)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Suprema Corte de Newgart- Año 4.300. Los acusados fueron procesados por homicidio. El tribunal del condado de Stowfield los declaró culpables y fueron condenados a la horca. Los aludidos apelan ante esta corte.

Los cuatro acusados son miembros de la sociedad espeleológica, organización de aficionados a la exploración de cavernas. A principio de mayo del 4299, los cuatro miembros ingresaron en el interior de una caverna de piedra caliza, cuando se hallaban lejos de la entrada, la única abertura conocida de la caverna fue completamente bloqueada. La tarea de rescate resultó de amplia de dificultad, las tareas de un grupo de obreros, ingenieros, geólogos y otros expertos fueron frustradas por nuevas avalanchas, en una de ellas perecieron diez obreros. Los fondos de la sociedad espeleológica se agotaron rápidamente con el rescate. Finalmente, se logró el rescate al día 32 desde la entrada de los exploradores a la caverna.

Desde un principio, se previó la posibilidad de que los prisioneros perecieran porque habían llevado consigo pocas provisiones y la caverna no contenía sustancia animal ni vegetal que permitiera subsistir. Poco después se supo que habían llevado un equipo inalámbrico portátil con el que se podían transmitir y recibir mensajes. Por lo que se instaló un equipo similar y se logró establecer comunicación con los exploradores.

Los prisioneros preguntaron cuanto tardaría la liberación, y la respuesta fue de 10 días sin avalanchas. Frente a esto, solicitaron opinión médica respecto a las posibilidades de supervivencia en ese periodo teniendo en cuenta las raciones y la respuesta no fue nada alentadora. Por lo que Whetmore, uno de los prisioneros, solicito nuevamente que los médicos le informaran si comiéndose a uno de ellos, los restantes podrían sobrevivir diez días más. Sin embargo, ni médicos, jueces, funcionarios públicos, sacerdotes respondieron. Después de esto, no se recibieron mensajes dado que la comunicación no pudo ser restablecida. Cuando



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

los prisioneros fueron rescatados, se supo que el día 23 desde la entrada a la caverna, Whetmore había sido asesinado y comido por sus compañeros.

Las declaraciones de los acusados revelaron que Whetmore fue el primero en proponer que alguno de ellos sirviera de alimento y que se decidiera por medio de los dados. Los demás compañeros inicialmente reacios terminaron aceptando. Sin embargo, antes de lanzarse los dados, Whetmore se retractó, decidiendo esperar una semana más, pero los demás consideraron que era violación a lo contenido y siguieron con el plan, resultando adverso a Whetmore.

Una vez recuperados, se les sometió a juicio por homicidio y se decidió que eran culpables. A pesar de la decisión, el Poder Ejecutivo recibió una petición solicitando que se conmutara la pena de muerte por prisión, los cuales debían tomar una decisión. (Fuller, 2011, págs. 9-16)

### ***3.2.2.1 Aplicación metodológica en el caso concreto***

#### *ii) Formula de Subsunción:*

Premisa mayor: Quien quiera privar intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte. *N.C.S.A (N.S) 12-A.* (Fuller, 2011, pág. 16).

Premisa menor: Los (cuatro) 4 acusados privaron intencionalmente la vida a Roger Whetmore

Conclusión: Por lo tanto, los tres acusados deben ser castigados con la muerte.

Los hechos del caso de los exploradores pueden subsumirse dentro de esta fórmula. Porque existe una norma preestablecida que sanciona el hecho que cometieron y eso genera la

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

aplicación de la misma consecuencia. No obstante, existen otros hechos del caso que deben ser analizados para poder determinar si es procedente aplicar la legislación establecida por el Common wealth. De acuerdo con esto, es relevante considerar que este caso se encuadra dentro de dos tipos de casos difíciles a saber: por un lado, la norma aplicable puede ser clara, pero existe más de una alternativa razonable de solución. Por otro lado, podría considerarse que aunque la norma sea clara y pertinente, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto.

En consecuencia, ante la dificultad de aplicar fácilmente la regla, se demuestra la existencia de un caso difícil. De ahí que el juez deba proceder aplicar la guía metodológica de resolución de casos difíciles explicada en apartados anteriores

### *iii) Analogía*

Hechos: existe una dificultad para determinar los casos ilustrativos que se puedan relacionar con el presente caso, puesto que los hechos objeto de análisis que existen actualmente dentro de las reglas preestablecidas son todos aquellos casos de homicidio. Hasta el momento, no existe ningún caso en el que se hayan presentado los mismos hechos.

Objeto del litigio: Las pretensiones de los acusados están encaminadas a salvaguardar la vida, ya que el castigo al que deben ser sometidos es la pena de muerte. Dentro de la declaración de voluntad, los acusados pretenden que se les exonere de responsabilidad o se les apliquen otros métodos alternativos de castigo menos gravosos, como la prisión. En el Common wealth no han existido casos donde se exoneren o se impongan otros tipos de penas a la contemplada a personas que hayan privado de la vida intencionalmente a otra persona por medio del canibalismo. En

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

consecuencia, no existe un caso ilustrativo que pueda analizarse frente al objeto del litigio con el fin de aplicarse al caso de los exploradores.

Disposiciones jurídicas relevantes: Quien quiera privar intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte. Además, todos los precedentes judiciales sobre la pena de muerte por privación de la vida

Propósito de la legislación: El propósito de la norma es castigar de manera retributiva a aquellas personas que atenten contra la vida de otra, por eso se aplica un castigo similar o idéntico al crimen cometido. Esta legislación tiene como fundamento la protección y respeto por las instituciones y estamentos del Common Wealth.

Justificación de la sentencia: Teniendo en cuenta que no hay un caso ilustrativo previo, de igual modo no se puede aplicar algún tipo de justificación de otro caso, como criterio analógico.

### *iv) Test de razonabilidad:*

En el caso de los exploradores de cavernas es indispensable aplicar el test de razonabilidad para analizar si la aplicación de la pena prevista cumple con los criterios para considerarse constitucionalmente válida. Esto es importante porque se pretende imponer una pena establecida y aplicada previamente para casos de homicidio, pero que no se dieron en las mismas circunstancias del presente caso, de ahí que sea necesario examinar si es justificable la pena considerando que hay un trato diferenciado frente a los precedentes.

Existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual: El objetivo perseguido con la aplicación de la norma a los exploradores, es mantener el principio de

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

legalidad y la seguridad jurídica del Common Wealth. Específicamente la aplicación de un castigo para los exploradores por haber transgredido la prohibición.

La validez de ese objetivo a la luz de la constitución: En estricto sentido la transgresión de la constitución no se ve fácilmente representada con la aplicación de la sanción legal a los exploradores. Porque esta ley está justificada en un marco constitucional para su aplicación, por lo que una postura puede estar ligada a defender que el objetivo si es válido a la luz de la constitución. Otra postura puede analizar que el problema es la interpretación del caso para determinar la aplicabilidad. Porque aunque la ley es clara, no prevé todas las circunstancias en las que se van a desarrollar las premisas jurídicas.

Por esta razón, Si se considera válido constitucionalmente el objetivo de la pena, entonces la constitución no es una herramienta en la que se pueda encontrar una salida favorable para las personas que se hallan en extrema necesidad. Porque los exploradores no tenían certeza de si podrían estar vivos para cuando se diera el rescate, de manera que si no se alimentaban entre ellos probablemente morían. Pero si lo hacían, de igual modo, estaban destinados al mismo fin porque serian judicializados y el objetivo de esta actuación es válido constitucionalmente.

### Principio de proporcionalidad

Juicio de idoneidad: La sanción con pena de muerte es susceptible de conseguir el objetivo propuesto porque siguen las reglas preestablecidas para ese tipo de actos y logran castigar a la persona que transgrede manteniendo el principio de legalidad.

Juicio de necesidad: La pena de muerte con la Horca, no es la sanción más moderada para la consecución de los fines, incluso hay otro tipo de métodos menos gravosos y dramáticos dentro de la pena de muerte que pueden aplicarse, por ejemplo injerir alguna sustancia que

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

conlleve a ese fin. Sin embargo, dentro de las penas menos gravosas y que pueden generar el mismo efecto está la prisión en sus diferentes modalidades de cumplimiento, por ejemplo puede ser un término fijo o cadena perpetua.

Proporcionalidad en sentido estricto: En este caso se evidencia un enfrentamiento entre principios institucionales y derechos particulares. El respeto por los principios institucionales es ventajoso y un asunto de interés general, si se cumple la pena puede considerarse en cierto modo que se está respetando ese principio de legalidad. No obstante, esta medida no es más “ventajosa” que los perjuicios sobre los valores en conflicto. Porque lo que se afecta es la vida de los exploradores.

El nivel de intensidad que se evidencia en este caso es estricto porque la actuación interfiere en el ejercicio de un derecho fundamental (vida) y además tiene un fundamento constitucional (principio de legalidad).

### *v) Ponderación:*

Pi: Principio de legalidad

Pj: Derecho a la vida

Ipi: (Intensidad de la intervención o grado de afectación en el primer principio) Si se protege el derecho a la vida (Pj) de los acusados, se vulnera el principio de legalidad el cual es considerado de gran valor para el funcionamiento del sistema en el Commonwealth. De esta manera, la afectación del principio de legalidad es intensa por lo que se le asignará un valor de 4.

Wpj (Importancia de satisfacer el segundo principio) Si se protege el principio de legalidad (Pi) se vulnera el derecho a la vida (pj) el grado de afectación al derecho a la vida es moderado por lo que se le asignará un valor de 2. La escogencia de este grado, está relacionada con criterios propios acerca de la importancia de los principios en determinados Estados, por

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

ejemplo la privación del derecho a la vida es aceptada por políticas en Estados Unidos como se evidencia en la compraventa y posesión de armas de fuego y en las ejecuciones judiciales.

Gpi: El peso abstracto del principio de legalidad en el caso en concreto es mayor que el de la vida, puesto que en la constitución general norteamericana<sup>20</sup>, se permite privar de la vida siempre y cuando se dé la condición de un debido proceso, debido a esto se le asignará un valor de 4.

Gpj: El peso abstracto del derecho a la vida en el caso concreto es menor que el principio de legalidad, puesto que la garantía de la vida está sujeto a la prevalencia de otros principios de mayor importancia. De esta manera, se dará un valor de 1.

Spi: La probabilidad de las apreciaciones empíricas es segura por lo que le corresponde un valor de 1, debido a que si se protege el derecho a la vida por encima de la legalidad no habría una concordancia con lo establecido constitucionalmente por el Estado Norteamericano.

Spj: La probabilidad de la afectación del principio a la vida o de las apreciaciones empíricas es segura por lo que tendrá un valor de 1 debido a que los precedentes han resaltado esa misma consecuencia.

Con los valores se obtiene que la afectación de Pi es la siguiente:

$$G_{pi, Jc}: \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{16}{2} = 8$$

---

<sup>20</sup> ENMIENDA XIV (julio 9, 1868) 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Seguido, se invierten los valores para hallar la afectación del principio Pj respecto al principio Pi. (Barrera, 2012, pág. 129)

$$G_{pi, Jc}: \frac{2.1.1}{4.4.1} = \frac{2}{16} = 0,125$$

vi) *Conclusión*

Luego de aplicar la metodología propuesta, se evidencia que el peso concreto del principio de legalidad es mayor que el derecho a la vida. En esa medida, no aplicar la norma preestablecida implicaría un grado de afectación más perjudicial, considerando las variables analizadas. Si se pudo observar, un factor fundamental para determinar los valores en cuanto a la importancia y la afectación de los principios es el contexto de la situación fáctica. Puesto que, hay que tener en cuenta que la importancia social y política de un derecho sobre otro no es la misma en todos los Estados.

Por lo tanto, este caso difícil se resuelve confirmando la sentencia que ordena condenar a la Horca a los acusados por el Homicidio de Roger Whetmore.

**3.2.3 Caso del violín Stradivarius**

## i) Situación fáctica

En un caso hipotético, el Estado Y ha determinado que se debe crear los mecanismos necesarios para aumentar el nivel de igualdad de bienestar, para esto se creó una política consistente en que parte de los recursos públicos deben estar destinados a personas en condición de discapacidad física o mental, por lo que se deberá crear un impuesto especial para satisfacer ese propósito. De acuerdo con esto, se presenta el siguiente caso:

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Un parapléjico podría llevar una vida más normal si tiene acceso a un equipo costoso, la comunidad debe darle el acceso a eso haciendo un sacrificio comunitario estableciendo un impuesto especial con ese motivo. El parapléjico es un violinista excelente y pretende que con los mismos fondos, preferiría tener un maravilloso Stradivarius. Por otro lado, se encuentra un joven no discapacitado que tiene un bajo nivel de bienestar, su vida le proporciona escasa satisfacción, la considera un fracaso, aunque tiene la misma riqueza que los que no sufren discapacidades no le basta para comprar el Stradivarius que codicia. (Dworkin, 2003, pág. 71)

El juez debe determinar cuál de los dos aspirantes debería recibir los fondos, para esto es importante tener en cuenta que la ley no establece en qué se debe invertir los recursos, el requisito es satisfacer el bienestar. En ese sentido, el violinista parapléjico considera que aumentaría más su bienestar la compra del violín que de la máquina. Mientras que el joven considera que también tiene derechos a los recursos porque presenta limitaciones económicas que le impiden tener un nivel de bienestar por encima de la media.

De acuerdo con esto, existe un problema: ¿Si el decreto en últimas no es utilizado para mitigar las limitaciones de las personas en condición de discapacidad en razón a su condición, sino para satisfacer su bienestar en general, porqué tienen mayores beneficios que otras personas que sin tener condición de discapacidad se encuentran en iguales o peores condiciones de bienestar?

Teniendo en cuenta que la destinación de fondos está limitada en recursos, el juez tiene que decidir, a quién le debe corresponder el disfrute de esos fondos.

### *3.2.3.1 Aplicación metodológica al caso en concreto*

#### ii) Fórmula de subsunción

Premisa mayor: Con el fin de mejorar los niveles de bienestar, parte de los recursos públicos deben estar destinados a personas en condición de discapacidad física o mental, por lo que se deberá crear un impuesto especial para satisfacer ese propósito. (Política pública)



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Premisa menor: Un joven no discapacitado y con bajo nivel de bienestar, pretende ser beneficiado con recurso destinado a un violinista parapléjico porque no lo usará para su discapacidad sino para mejorar su nivel de bienestar con la compra de un violín.

Conclusión: El joven con bajo nivel de bienestar no es susceptible de recibir el beneficio porque no tiene condición de discapacitado como lo exige la política. El que si tiene esa condición, es susceptible de recibir el beneficio por su condición. No obstante, no hay seguridad de que la compra del violín mejore los niveles de bienestar.

Existe una dificultad para resolver el presente caso por medio de la fórmula de la subsunción, puesto que, la descripción de la política es de textura abierta y no deja claro si los niveles de bienestar que pretenden aumentar a los discapacitados, están sujetos a mejorar las condiciones frente a la discapacidad. En consecuencia, esto genera una posibilidad de que el violinista con discapacidad decida en qué gastar los recursos para aumentar su nivel de bienestar. De igual modo, si se permite que el discapacitado compre el violín, finalmente se entiende que el propósito es aumentar el bienestar en general y no en función de mejorar las condiciones de la discapacidad. Entonces, ese hecho da pie para que otras personas que no tienen discapacidad soliciten acogerse a este beneficio para aumentar sus niveles de bienestar.

Ante la dificultad de resolver el caso por este método, se hace necesario evaluar los argumentos que se suscitan en los siguientes procesos de análisis:

iii) Analogía

Hechos: En el Estado Y, se han creado políticas similares con el propósito de mejorar los niveles de bienestar, no sólo de personas en condición de discapacidad sino para adultos

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

mayores de bajos recursos, niños e infantes con enfermedades huérfanas o catastróficas y habitantes de calle entre otros.

Objeto del litigio: En los distintos casos, los accionantes que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad solicitaban el subsidio para aumentar el nivel de bienestar relacionado con su condición. El objeto del litigio se limitaba a beneficiarlos con equipos o instrumentos tales como maquina portátil de oxígeno, silla de ruedas, medicamentos, pañales, atención primaria en salud, hogares de paso para habitantes de calle, entre otras pretensiones similares.

Disposiciones jurídicas relevantes: Se destacan las políticas públicas anteriores tendientes a aumentar el nivel de bienestar de personas en condiciones de vulnerabilidad como: adultos mayores de bajos recursos, niños e infantes con enfermedades huérfanas o catastróficas y habitantes de calle

Propósito de la política: En los casos anteriores, no se había discutido ni determinado hasta qué punto pueden llegar a invertirse los fondos por concepto de aumentar el nivel de bienestar. Porque las situaciones presentadas se enmarcaban dentro del bienestar como consecuencia de la condición de vulnerabilidad. De ahí que, al no haber ningún tipo de problemas frente a esos casos, existe una presunción de que el propósito de la política es precisamente el que se ha aplicado en esos casos, es decir aumentar el nivel de bienestar destinando los fondos a circunstancias que contribuyan a mejorar esa condición.

No obstante, la intención de la política no se puede determinar únicamente por la aplicación de casos previos y análogos, puesto que el presente caso se distancia de las situaciones fácticas previas en algunos puntos y obliga a que el juez determine con seguridad cuál es el

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

propósito de la política, teniendo en cuenta nuevas circunstancias donde se vulneran también niveles de bienestar. En consecuencia, para decidir el caso en concreto, el juez debe continuar el análisis del caso y finalmente argumentar y determinar con seguridad en la sentencia cuál será el propósito de la política aplicable para este caso y los subsiguientes.

Justificación de la sentencia: Los casos anteriores se han resuelto concediendo las peticiones solicitadas por las personas en condición de vulnerabilidad, con ayuda de expertos que contribuían a determinar si lo pedido colaboraba con el mejoramiento de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraban. En conclusión, no existe un caso precedente que pueda con situación fáctica similar que pueda ser aplicado como criterio de decisión.

## iv) Test de razonabilidad

Existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual:  
Garantizar que las personas en condición de discapacidad tengan un mayor nivel de bienestar.

Validez de ese objetivo a la luz de la constitución: El objetivo es válido porque el Estado Y contempla la discriminación positiva y la presente política la representa y aplica a los discapacitados. De igual forma, esto se evidencia en lo siguiente:

La igualdad de bienestar implica que las personas con discapacidades físicas o mentales deben tener recursos adicionales porque esas personas obtienen menos que otras dentro del ámbito general de bienestar en la misma partición de recursos, de igual modo puede ser porque el éxito relativo o general que pueden lograr es menor. De esta manera cualquier tipo de teoría sobre la igualdad tiene que dejar hueco a la igualdad de bienestar (Dworkin, Virtud soberana , 2003, pág. 69)

Principio de proporcionalidad:

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Juicio de idoneidad: La medida es viable para conseguir el fin propuesto porque genera la posibilidad de que esas personas puedan disponer de recursos e implementarlos en mejorar los niveles de bienestar, sin entrar en la discusión sobre en qué se pueden invertir.

Juicio de necesidad: Si el propósito general está fundamentado en aumentar los niveles de bienestar respecto a las condiciones de discapacidad, entonces la medida no es la más eficaz. Porque los recursos pueden tener otro destino, considerando una interpretación de la política en condiciones de bienestar general. Por otro lado, si la medida pretende satisfacer la igualdad de bienestar por sí misma, es una medida que cumple con el propósito. No obstante, habría que considerar si el margen de utilización de esos recursos la convierte en una medida moderada y eficaz para una repartición igualitaria.

Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Como está planteada la política genera que los recursos queden a discreción de lo que las personas discapacitadas consideran que mejora su nivel de bienestar. En ese sentido, resulta difícil para el Estado asumir todas las circunstancias particulares que eventualmente las personas soliciten. Así, con el propósito de lograr una igualdad de bienestar incluyendo a las personas en condición de discapacidad, se está generando menos beneficios para el interés general, porque si los recursos se limitan a contribuir a la condición de discapacidad, es probable que los recursos se puedan invertir de manera más igualitaria.

Habría un problema si los recursos destinados para ese propósito no son indispensables para evitar el perjuicio de otros bienes o valores jurídicos. De ahí que, el joven que aspira tener un violín y otras personas con un nivel bajo de bienestar no se vean afectados con esta medida por existir un equilibrio en la repartición de los recursos. En consecuencia, con esta medida no se

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

dan más beneficios para el interés general que desventajas sobre los valores en conflicto. Solo se beneficia uno de los dos valores en conflicto.

El nivel de intensidad que se evidencia en el presente caso es leve porque la medida que establece el trato diferencial entre el violinista en condición de discapacidad y el joven, es potencialmente adecuada para cumplir el propósito y no está prohibida por el ordenamiento. En este caso, la discriminación se fundamenta en una política y tiene como consecuencia el ejercicio o goce de un interés legítimo.

En conclusión, con los criterios de análisis del juicio de Test de razonabilidad se puede evidenciar que la medida impuesta aunque establece un trato diferenciado, es constitucional principalmente porque logra satisfacer el propósito y es permitida por el ordenamiento.

### v) Ponderación

Pi: Igualdad de bienestar de violinista en condición de discapacidad

Pj: Igualdad de bienestar de joven

Ipi: (Intensidad de la intervención o grado de afectación del primer principio) Si se protege el derecho del joven (Pj), se vulnera el derecho del violinista (Pi). De esta manera, la afectación del primer principio respecto al derecho a la igualdad de bienestar del violinista es intensa porque recibir ese recurso mejoraría en gran medida su estado de bienestar, el cual no está al mismo nivel que el promedio por su condición de discapacidad, por lo que se le asignará un valor de 4.

Wpj(Importancia de satisfacer el segundo principio) Si se protege el derecho de igualdad de bienestar del violinista(Pi), se vulnera la igualdad de bienestar del joven (pj) la cual

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

también es importante garantizar teniendo en cuenta que tiene un bajo nivel de bienestar, incluso puede estar en similares condiciones de limitación que el violinista, porque aunque no tiene condición de discapacidad, su condición económica lo puede llegar a limitar aún más que a una persona en condición de discapacidad con capacidad económica para satisfacer sus necesidades y aumentar su nivel de bienestar. Por esto, a la afectación del derecho del joven se le asignará un valor de 4

Gpi: El peso abstracto de los dos derechos en conflicto puede estar determinado por la importancia social que tenga garantizar el derecho de una persona u otra. En este caso, la sociedad del Estado Y considerara que es más gravoso negarle el recurso a una persona en condiciones de discapacidad independientemente de su situación económica, que a una persona con bajos recursos económicos que se encuentre en buen estado de salud. De ahí que, se le asignará a la igualdad de bienestar del violinista un valor de 4

Gpj: El peso abstracto del segundo derecho se le asignará un valor de 2. Porque la sociedad del Estado Y considera que las condiciones económicas de una persona no son una limitación determinante para aumentar su estado de bienestar, como si lo es para las personas en condición de discapacidad, para los cuales existe una probabilidad muy alta de que mejoren su calidad de vida con apoyos del gobierno.

Spi: La probabilidad de las apreciaciones empíricas es segura, porque la persona en condición de discapacidad solicita un instrumento que hace parte de su actividad profesional y en caso tal de que el recurso no se destine en razón a su solicitud, se evidencia seguridad en que la maquina contribuiría a sobrellevar su condición. Por lo tanto, se le asignará un valor de 1.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Spj: La probabilidad de la afectación del segundo derecho es plausible, porque es válido y creíble que las condiciones económicas afecten el nivel de bienestar, en esa medida puede acceder a iguales condiciones frente a un nivel de bienestar general. No obstante, no hay seguridad ni certeza de la afectación con la posible negativa en la repartición del recurso en mención, Porque el joven no se desempeña como violinista y es probable que el violín no contribuya en mayor medida a mejorar sus condiciones de bienestar. Por esto, se le asignará  $\frac{1}{2}$

Con los valores se obtiene que la afectación de Pi es la siguiente:

$$G_{pi}, Jc: \frac{4.4.1}{4.2. \frac{1}{2}} = \frac{16}{4} = 4$$

Seguido, se invierten los valores para hallar la afectación del principio Pj respecto al principio Pi. (Barrera, 2012, pág. 129)

$$G_{pi}, Jc: \frac{4.2. \frac{1}{2}}{4.4.1} = \frac{4}{16} = 0,25$$

## vi) Conclusión

Con la metodología de análisis en el caso precedente se observa que en el estudio sobre los casos análogos todos los precedentes destinaban los recursos en razón a las condiciones de vulnerabilidad de las personas a las que iba destinada la política pública, por ejemplo los recursos para los niños con enfermedades catastróficas se destinaban de conformidad con necesidades propias de la enfermedad. Dentro del test de razonabilidad se observa que la medida tiene un objetivo que es válido constitucionalmente, es idónea y necesaria pero se dificulta determinarla como una medida proporcional en sentido estricto, puesto que al ser los beneficios

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

tan abiertos e indeterminados puede limitar el acceso igualitario, por lo que no habría más ventajas para el interés general que desventajas para los valores en conflicto.

Por último, al realizar la ponderación de los dos intereses, se observa que el derecho de la persona en condición de discapacidad tiene más peso concreto que el del joven.

En consecuencia, en este caso difícil, el juez fallara a favor de conceder los beneficios para la persona en condición de discapacidad, el cual tiene la capacidad de decidir sobre lo que considera que puede aumentar su nivel de bienestar, en este caso el Stradivarius, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites de los fondos o recursos disponibles y cumpla con criterios de razonabilidad para adquirir lo pedido.

### 3.2.4 Caso internas de Anayancy

#### *i) Situación fáctica*

En el Estado colombiano 16 reclusas, presentaron Acción de tutela por considerar vulnerado su derecho a la igualdad por parte del Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Quibdó – Cárcel Anayancyal al haber modificado a las mujeres y no a los hombres la periodicidad semanal de la visita íntima a una vez al mes. El director del establecimiento, argumentó que el reglamento interno establecía esa medida y se ajustaba al régimen legal aplicable<sup>21</sup>, entre otras razones, se alegó que las visitas de las mujeres promovían un régimen de indisciplina, estaban siendo utilizadas para trabajo sexual, por lo que debían inscribir en una cartilla biográfica el nombre de su pareja y no tener varios compañeros a

---

<sup>21</sup> Ley 65 de 1993: Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario y en el Acuerdo 011 de 1995. *Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios.*



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

la vez, otra de las razones se fundamentaron en que no tenían la cantidad de dragoneantes para cubrir las actividades debido al hacinamiento. (Sentencia , 2015)

### ***3.2.4.1 Aplicación metodológica al caso en concreto***

#### *ii) Formula de subsunción*

Premisa mayor: “los internos o internas deberán solicitar al director del centro de reclusión la realización de la visita íntima, la cual será concedida una (1) vez al mes, siempre que se cumpla con el requisito por parte de la interna de incluir a su pareja en la cartilla biográfica y no tener varios esposos o compañeros a la vez”. (Sentencia , 2015)<sup>22</sup>

Premisa menor: Las internas de Anayancy no pretenden someterse a esa reglamentación porque consideran que viola el derecho a la igualdad.

Conclusión: No se les permite la realización de la visita íntima

Dentro del caso en concreto, se evidencia que no es fácil resolver el caso por medio de un proceso de subsunción, porque hay que estudiar más a fondo el caso y determinar si se justifica el trato desigual de las internas con la imposición de la medida únicamente a las mujeres. Entonces, hay que analizar si la regla establecida por el establecimiento carcelario es

---

<sup>22</sup> En sentencias más recientes como la T-002 de 2018, se considera que hablar de “visita conyugal” es una expresión que implica regresividad en la progresión de los derechos. La denominación “visita conyugal”, sin embargo, implica una regresividad en la progresión de los derechos, en tanto la utilización de tal expresión, de acuerdo con la misma exégesis de su composición, denota la relación jurídica que prima entre los partícipes de tal unión, entendiendo, claro está, que allí se ubican, aparte de los que han contraído matrimonio, los compañeros permanentes, y que por tanto, excluye a cualquier otro tipo de vínculo entre dos sujetos de derecho, que podrán incluso ser del mismo sexo, o que pueden no estar atados por un documento que demuestre la relación existente entre los dos. Por lo que se prefiere hablar de “visita íntima” que resulta ser más incluyente.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

constitucional y puede ser aplicada. En consecuencia, se verifica la existencia de un caso difícil, porque hay una norma que es clara pero su aplicación puede ser injusta en el caso concreto.

*iii) Analogía*

Hechos: Sentencia T 269 de 2002. La accionante presenta acción de tutela contra la Penitenciaría Nacional de Valledupar porque según su relato, en el momento del ingreso en los días de visita, las guardianas realizan a las mujeres pesquisas denigrantes que vulneran su intimidad, a pesar de contar con sofisticados aparatos de detección de metales. Si alguna de las mujeres reclama se ve expuesta a recibir advertencias sobre restricciones en sus próximas visitas. Las visitas íntimas se permiten cada 60 días, una vez que llega la mujer es conducida a la celda donde permanece de 15 a 20 minutos en espera de su compañero y la visita dura 40 minutos. Por otro lado, el sitio no se encuentra en buenas condiciones de salubridad.

Sentencia 474 de 2012: Una reclusa en calidad de condenada en el establecimiento penitenciario y carcelario “El pedregal” de Medellín, se le permitía tener visitas íntimas con su esposo el cual se encontraba recluso en otro centro penitenciario de la misma ciudad. Sin embargo, desde que fue trasladado a la cárcel de Yarumal- Antioquia. Se ha visto afectada su vida sentimental porque no se les ha autorizado la visita íntima a la que tienen derecho. Presentada la acción, el centro carcelario responde que “no se cuenta con disponibilidad de recursos económicos, ni de personal de Cuerpo de Custodia y Vigilancia para realizar el traslado de internos a visitas íntimas, y le indica que para efectos de fortalecer la relación de pareja puede acceder a una visita virtual” (Sentencia, 2012)

Objeto del litigio: Sentencia 474 de 2012. En este caso se pretende que se le permita tener visitas íntimas con su esposo que se encuentra recluso en otro centro penitenciario fuera

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

de la ciudad de Medellín, como consecuencia de un traslado. Sentencia 269 de 2002. La accionante solicita que se suspendan las requisas que atentan contra la dignidad humana y se tomen las medidas correctivas pertinentes en lo referente a la visita íntima.

### Disposiciones jurídicas relevantes:

- Constitución Política de Colombia
- Código Penitenciario y Carcelario
- Acuerdo 011 de 1995 “por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios” y
- Diversos reglamentos internos de cada centro de reclusión.

Propósito de la legislación: Proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en establecimiento carcelario.

### Justificación de la sentencia: Sentencia 269 de 2002.

La Sala considera que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un espacio de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro. Piénsese por ejemplo en las visitas generales las cuales se realizan usualmente en un patio o locutorio acondicionado común, al cual concurren a su vez los demás reclusos. Si bien estas visitas permiten un acercamiento, no le dan a la pareja las condiciones físicas de la visitas de carácter íntimo. En tal ambiente, es a todas luces complejo desarrollar el mismo grado de cercanía, intimidad y familiaridad.

Además, la Corte advierte que el Estado debe buscar, de conformidad con lo expuesto, que todos los centros de reclusión del país, así se trate de establecimientos para

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

internos transitorios o condenados, estén en capacidad de permitir las visitas conyugales.

(...) (Sentencia, 2002)

Las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la dignidad humana, como uno de los principios rectores del Estado social de derecho. Pero su realización está limitada a que en el establecimiento correspondiente se den las circunstancias adecuadas, de higiene, privacidad, seguridad, etc., que no representen ninguna clase de peligro para todos los internos.

Sentencia T-474 de 2012: se desprende que para el máximo órgano de la jurisdicción constitucional se trata de un derecho fundamental por conexidad derivado de los derechos a la intimidad personal y de la familia y al libre desarrollo de la personalidad, definiéndolo como un factor esencial en el proceso de resocialización y del bien físico y psíquico de la persona que se encuentra privada de la libertad pues, relacionarse en el ámbito sexual resulta ser tan importante, que trasciende al aspecto psicológico y repercute en el bienestar integral, tanto individual, como de la pareja.

Respecto de la limitación afirmó que la Corte Constitucional ha sostenido que la misma obedece a dos razones, la primera, relacionada con los recursos de toda índole para realizar las visitas conyugales, entiéndase con ello la necesidad de contar con instalaciones físicas adecuadas y en condiciones de higiene, entre otras, y, la segunda, por las restricciones propias que implica el régimen carcelario y disciplinario que rige en el interior del establecimiento que indefectiblemente cortapisa su libertad, siempre y cuando, tales medidas se ajusten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia, 2012)

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Si bien los precedentes señalados orientan al juez en cuanto a los derechos que deben ser respetados a la población carcelaria, los casos no tienen identidad fáctica para generar una decisión únicamente bajo este criterio.

iv) *Test de razonabilidad*

Existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato

desigual: El objetivo es mantener la tranquilidad dentro del establecimiento carcelario por medio de la disciplina y el orden.

La validez de ese objetivo a la luz de la constitución: El objetivo es válido, se fundamenta en leyes y decretos reglamentarios que guardan relación con la constitución porque buscan mantener en mejores condiciones los establecimientos penitenciarios.

Principio de proporcionalidad

Juicio de idoneidad: La medida no es idónea, porque restringiendo los derechos en limitación de las horas de visita íntima, no garantiza el objetivo, que es la tranquilidad del penal. Los centros carcelarios deben velar por la tranquilidad del penal, pero no por medio del castigo y restricción de derechos sino por medio del orden y disciplina. No obstante, existen problemas estructurales y falencias del sistema.

Juicio de necesidad. Limitar las horas de visita íntima a las mujeres no es la medida más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia. Porque como se ha señalado, si existen problemas estructurales deben tomarse medidas equitativas tanto hombres y mujeres que puedan contribuir a lograr esa medida. Si el penal considera que

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

las visitas deben ser una vez al mes para mantener la tranquilidad del penal. Entonces, esta medida debe ser aplicada tanto a hombres como mujeres.

Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Con esta medida no se evidencian más beneficios para el interés general que desventajas sobre los valores en conflicto puesto que las internas se ven perjudicadas y el centro carcelario de igual modo no tiene garantizado la tranquilidad. No hay un interés general beneficiado. Por el contrario, si existen más perjuicios para los valores jurídicos en conflicto en este caso porque se limita el derecho a la igualdad.

La Corte ha señalado que no es constitucionalmente razonable aquellas conductas que impliquen: “prohibir, sancionar o no respetar la opción sexual de toda persona, y el legítimo ejercicio de sus derechos sexuales”. Por lo tanto, la medida no pasa el análisis de proporcionalidad, porque no genera más beneficios, por el contrario sacrifica derechos constitucionales<sup>23</sup> como medio para generar una finalidad netamente legal. (Sentencia , 2015).

El nivel de intensidad que se evidencia en el presente caso es estricto porque involucra un criterio de discriminación y limita un derecho fundamental.

### v) Ponderación

Pi: Deber de cumplir el reglamento interno

---

<sup>23</sup> *Que los derechos sexuales y reproductivos como Derechos Humanos están desarrollados en la Constitución Política, así: Artículo 13. Derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas; Artículo 15. Derecho a la intimidad personal y familiar de mujeres, hombres, jóvenes, niños y niñas; Artículo 16. Derecho al libre desarrollo de la personalidad; Artículo 18. Derecho a la libertad de conciencia; Artículo 42. Derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. DECRETO 2968 DE 2010.*

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Pj: Igualdad entre hombres y mujeres de la población carcelaria

Ipi: (Intensidad de la intervención o grado de afectación del primer principio) Si se protege el derecho a la igualdad (Pj), se vulnera el deber del director del establecimiento carcelario de hacer cumplir su reglamento interno (Pi). De esta manera, la afectación del primer principio respecto al derecho a la igualdad es leve porque la medida se sustenta en un fundamento legal y afecta un derecho de rango legal.

Wpj(Importancia de satisfacer el segundo principio) Si se protege el deber del establecimiento carcelario de cumplir su reglamento interno (Pi), se vulnera el derecho a la igualdad (pj) el cual es importante satisfacer, no sólo porque es un derecho fundamental, sino porque en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha protegido específicamente en el caso de desigualdad por razón del género. Por lo tanto, la importancia concreta o el grado de afectación del segundo principio es de 4.

Gpi: El peso abstracto del primer principio es de 1 porque dentro de una escala o jerarquía de principios, éste representa aquellos de rango legal que pueden entrar dentro de un conjunto de principios protegidos por conexidad con otros derechos constitucionales como el principio de legalidad.

Gpj: El peso abstracto del segundo derecho se le asignará un valor de 4. Se encuentra dentro del conjunto de derechos de mayor importancia constitucional por ser fundamental y protegido por organismos internacionales.

Spi: La seguridad de las apreciaciones empíricas respecto al primer principio es no evidentemente falso porque el cumplimiento del reglamento interno no era optativo por parte de las reclusas. Ellas debían acatarlo obligatoriamente, por el contrario el derecho a la visita íntima

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

de ellas era el que se encontraba sometido al cumplimiento de las condiciones establecidas por el penal. De ahí que, no hubo vulneración del cumplimiento del reglamento interno cualquier modo, éste siempre se cumplía porque el penal se encuentra en condiciones de superioridad. Por lo tanto, se le asignará un valor de 1/4

Spj: La seguridad de las apreciaciones empíricas respecto al segundo principio es segura porque el centro carcelario efectivamente realizó la diferenciación entre hombres y mujeres en el reglamento interno y en los argumentos de su defensa fundamenta las causas del problema en un el sistema carcelario y no en una actitud indisciplinada de las mujeres dentro del penal en el momento de las visitas. Por lo que se le asignará un valor de 1.

Con los valores se obtiene que la afectación de Pi es la siguiente:

$$\frac{1.1. \frac{1}{4}}{4.4.1} = \frac{0,25}{16} = 0.015625$$

Seguido, se invierten los valores para hallar la afectación del principio Pj respecto al principio Pi. (Barrera, 2012, pág. 129)

$$\frac{4.4.1}{1.1. \frac{1}{4}} = \frac{16}{0,25} = 64$$

vi) *Conclusión*

En conclusión, con la aplicación metodológica se constata que la medida del establecimiento carcelario aunque se fundamente en un objetivo valido constitucionalmente, la regla que se impuso no lo es, puesto que no es una medida idónea, necesaria ni proporcional y vulnera un derecho de mayor peso concreto como la igualdad.



## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

En consecuencia, en este caso se garantizará el derecho a la igualdad de las reclusas. El juez debe ordenar las medidas pertinentes para que el horario de vistas íntimas se encuentre en igualdad de condiciones de género.

A manera de conclusión,

En este tercer capítulo se identificaron el desarrollo de distintas metodologías y cómo pueden ser aplicadas a casos difíciles. Se evidencia que en todos los casos analizados se requirió el estudio de las distintas metodologías escogidas para generar un mejor fundamento de la solución. Por medio de la subsunción se realiza un análisis del caso, observando una gran cantidad de factores que se dejan por fuera y que la regla preestablecida no contempla. De esta manera, el juez debe darle solución al caso, interpretando la norma a la luz de criterios de justicia, del propósito del legislador por medio de distintas tesis evaluando los resultados más acordes con el sistema en su conjunto.

Una vez verificado la existencia del caso difícil, se comienzan a analizar otros métodos con un mayor nivel de análisis debido a la complejidad del caso. En principio, se requiere examinar los criterios analógicos para constatar si es posible aplicar una regla similar en los precedentes, si el caso continúa con la dificultad, es necesario estudiar la razonabilidad de la medida que está afectando un derecho fundamental y por último, constatar por medio de la ponderación los grados de afectación y el peso concreto del principio o derecho comparado con el otro que se le opone.

El debate Hart- Dworkin, maneja un discurso complementario, porque los métodos de resolución de casos difíciles que proponen se aplican conjuntamente, puesto que, el juez debe apoyarse de su propio juicio (ser discrecional), dentro de un campo limitado de principios

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

jurídicos, porque debe determinar las reglas análogas, el fundamento jurídico, los principios que considera vulnerados entre otras variables que no están plenamente identificadas. Pero fundamentado en criterios razonables y para esto es necesario que se analice el derecho en su integralidad.

### **Conclusiones**

El presente trabajo se desarrolló dentro de la interpretación y el análisis de una discusión o debate filosófico, entre dos autores de la filosofía del derecho: Ronald Dworkin y Herbet Hart, así como de la aplicación de sus aportes a casos difíciles concretos de la historia, la literatura o la jurisprudencia Constitucional Colombiana, con la finalidad de evidenciar no solo que el discurso de ambos autores, con referencia al papel de los jueces en este tipo de casos, se complementa, sino que contribuye a que los jueces puedan tener una orientación sobre la aplicación del derecho en casos concretos, sin olvidar todos los elementos que se deben analizar a la hora de un juicio.

Se puede inferir, que la discrecionalidad judicial y la argumentación jurídica son ejes fundamentales en la solución de las problemáticas sobre la aplicación del derecho, por lo que su estudio fundamentado en autores de gran relevancia para esta área, genera que se muestren avances en las jurisprudencias a nivel mundial. Por ejemplo, como se evidenció en la sentencia No. C-221/94 de la Corte Constitucional Colombiana, con base en el principio de libertad del filósofo John Rawls, se estableció la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad con la penalización del consumo de la dosis personal, lo que generó la declaración de inconstitucionalidad de esta prohibición.

De igual modo, el debate Hart- Dworkin ha mantenido en construcción el estudio sobre la aplicabilidad del derecho en el papel de los jueces, lo que implica que las jurisprudencias estén

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

mejor sustentadas y que los criterios de los jueces se limiten y controlen por medio de criterios y métodos racionales.

Como resultado, para responder a la pregunta que se formuló inicialmente, se propuso una metodología integrada de distintas propuestas que sirven de apoyo a la resolución de casos difíciles con fundamento en el debate filosófico Hart- Dworkin, esta metodología incluye un primer razonamiento comparativo y analógico de selección de reglas aplicables, lo que implica un grado de discrecionalidad por parte del juez.

Seguido de lo anterior, la aplicación de un método deductivo por medio de la fórmula de subsunción, donde cada una de las premisas deben conformar un conjunto de argumentos a favor y en contra, que generen una tesis de derechos integrada que fundamente la decisión tomada. Los argumentos también pueden estar orientados a la aplicación del juicio de igualdad o test de razonabilidad. Una vez realizado el análisis, las conclusiones del proceso racional pueden derivar en una tesis triunfadora o un enfrentamiento de derechos, los cuales pueden ser resueltos por medio de la ponderación.

Siendo así, esta investigación sirve como un puente para continuar los estudios y análisis sobre la actividad judicial en el marco de los casos difíciles, ya sea desde un punto de vista práctico, en donde se podría determinar con qué frecuencia los jueces y magistrados en sus sentencias, aplican criterios de análisis propios de filósofos del derecho, qué tanto realizan tesis de derechos teniendo en cuenta un análisis integral del mismo como disciplina, desde su objetivos, hasta la intención del legislador y la importancia social que genera ese problema jurídico.

### Bibliografía

- Alexy, R. (2006). Sobre la ponderación y la subsunción una comparación estructural. *Pensamiento jurídico*, 97.
- Alexy, R. (2006). Sobre la Ponderación y la Subsunción una comparación estructural. *Pensamiento jurídico No 16*, 95.
- Amado, J. A. (1998). *Teoría de la tópica jurídica*. Madrid: Editorial Ciitas S.A.
- Amandi, V. M. (2005). LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN MÉXICO. *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 257.
- Aquino, S. T. (1998). *Summa de Teología*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos .
- Atienza, J. R. (2007). DEJEMOS ATRÁS EL POSITIVISMO JURÍDICO. *ISONOMIA No 27*.
- Atienza, M. (2009). Sobre la única respuesta correcta. *Universidad de Alicante*, 19.
- Austin, J. (1832). *The Providence of Jurisprudence determined* . London.
- Auto, 208 (Corte Constitucional de Colombia 1 de agosto de 2006).
- Banchero, M. P. (2013). *Weebly*. Obtenido de John Locke: el “PADRE DEL LIBERALISMO POLÍTICO” y su influencia en el pensamiento ilustrado.
- Barrera, V. P. (2012). *PRINCIPIALÍSTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO*. Obtenido de UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA: <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/7523>
- Bobbio, N. (1993). *El Positivism Jurídico*. MADRID: DEBATE S.A.
- Bobbio, N. (2016). *teoría general del derecho*. Bogotá: Temis S.A.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho*. Bogotá : Editorial Temis .
- Bulygin, E. (2005, P.63). *El positivismo jurídico*. Mexico, D.F: Distribuciones Fontamara S.A.
- Camargo, J. C. (2016). El precedente judicial en la jurisdicción contencioso administrativa: Una discusión no zanjada. Bogotá, Colombia: Universidad nacional de Colombia.
- Camargo, J. C. (2016). *La jurisprudencia en el sistema de fuentes colombiano*. Obtenido de Universidad Nacional de Colombia Biblioteca virtual: <http://bdigital.unal.edu.co/50770/1/1049604676.2016.pdf>
- Cano, R. M. (OCTUBRE de 2013). UNA DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUYENTE). *ISONOMIA No 39*, 99.
- Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación judicial* (pág. 9). Quito, Ecuador: Miguel Carbonell.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Carrillo, Y. C. (2011). LA VALIDEZ JURÍDICA EN EL IUSNATURALISMO. *SABER, CIENCIA Y Libertad*, 97. Obtenido de <http://www.sabercienciaylibertad.org/ojs/index.php/scyl/article/view/84>

Congreso de la republica de colombia. (1887). Ley 153 . *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogota, Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (31 de diciembre de 1896). Sobre reformas judiciales. *ley 169*. Bogota.

Contreras, (. J. (2007). *El debate sobre la superación del positivismo jurídico*. Obtenido de Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho, ISSN 1887-2689, N°. 5, págs. 471-502: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530357>

Criado-Castilla, J. F. (2016). El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural de concreción normativa del mandato de tratamiento igual. *Pensamiento jurídico*, 349.

De la Rosa, Y. C. (2011). LA VALIDEZ JURIDICA EN EL IUNATURALISMO Y EL POSITIVISMO. *SABER, CIENCIA Y Libertad*, 96.

De La Rosa, Y. C. (2011). LA VALIDEZ JURÍDICA EN EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO. *SABER, CIENCIA Y Libertad*, 94.

De la Rosa, Y. C. (2012). El concepto y la validez del derecho en la teoría jurídica y el neo- (o nuevo) constitucionalismo. *Verba Iuris ISSN: 0121-3474*, 20.

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana* . Barcelona: Paidós.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Fuller, L. L. (2011). *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

Gatica, F. J. (2007). *UNA REVISIÓN DEL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN ENTRE RONALD DWORKIN Y HART*. Obtenido de Universidad de Chile: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113213/de-saffie\\_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113213/de-saffie_f.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

*Gesetnes*. (9 de octubre de 2011). Obtenido de Analisis al test de proporcionalidad: <https://gesetnes.wordpress.com/2011/10/09/analisis-al-test-de-proporcionalidad/>

Gonzales, J. A. (1985). HART Y KELSEN: REGLA DE RECONOCIMIENTO Y NORMA BÁSICA. *UNIVERSIDAD DE NAVARRA*, 163. Obtenido de <https://dadun.unav.edu/handle/10171/12480>

Gonzalez Lagier, D., & Pérez Lledó, J. (05 de Febrero de 2012). *APUNTES SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SIGLOS XIX Y XX: DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS A RONALD DWORKIN*. Obtenido de Repositorio institucional de la Universidad de Alicante: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20557>

Gutarra, E. F. (24 de septiembre de 2014). El test de igualdad. *JURIDICA* 520 .

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

HART, H. (1961). capítulo III “la diversidad de normas jurídicas”. En *EL CONCEPTO DE DERECHO*. ABELEDO PERROT.

Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. BUENOS AIRES: ABELEDO PERROT.

Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*.

Hart, H. (1961). *EL CONCEPTO DE DERECHO*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Hart, H. (1994). POSTSCRIPTUM. En C. RODRIGUEZ, *LA DECISION JUDICIAL* (pág. 93). Bogota: Siglo del hombre Editores.

Historia II, S. (s.f.). *Características de la Época Moderna*. Obtenido de <http://historialiceonp.weebly.com/>

Insignares-Cera, S. &.-H. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: Analisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana. *124 Vniversitas, 91-11 (2012)*, 101.

Irving M. Copi, C. C. (2013). *Introducción a la Lógica 2a Ed.* Mexico: Limusa.

Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *ANUARIO DEFILOSOFIA DEL DERECHO VIII* , 239-272.

Jaraba, M. D. (2010). PRINCIPIOS Y REGLAS: EXAMEN DEL DEBATE ENTRE R. DWORKIN Y H.L.A. HART. *Revista de Estudios Jurídicos n° 10 (Segunda Época)*, 15.

Kelsen, H. (2008). *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. Mexico, D.F: Coayacán, S.A de C.V.

L.A.Hart, H. (1961). *EL CONCEPTO DE DERECHO*. Buenos Aires: ABELEDO- PERROT.

Manero, M. A. (oct de 2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. (U. d. (España)., Ed.) *Isonomía no.27 México*.

Mateos, J. J. (1989). Cinco diferencias entre Bentham y Austin. *ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VI (1989) 351376*, 367-369.

Ortíz, C. E. (2016). *TESIS DE MAESTRÍA. EL PRECEDENTE EN EL CONSEJO DE ESTADO*. Obtenido de UNIVERSIDAD SANTO TOMAS, UNIVERSIDAD DE KONSTANZ, ALEMANIA:  
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2509/Montielcarmen2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Puerto Rodríguez, M. J. (1999). Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho. Una reflexion breve. *Universidad de Cadiz*, 126.

Pulido, C. B. (2002). El Juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En E. C. Juan vega Gomez, *Instrumentos de tutela y justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional* (pág. 51). Mexico: Instituto de investigaciones juridicas UNAM.

Pulido, C. B. (2015). El precedente y la ponderacion. En C. B. Bustamante, *Fundamentos filosoficos del precedente judicial* (pág. 114). Bogotá: Universidad externado de colombia.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Qi, Z. (2015). Acerca del metodo para la identificacion de casos ilustrativos a partir de la practica del litigio. En T. B. Carlos Bernal Pulido, *Fundamentos filosoficos de la teoria del precedente judicial* (pág. 265). Bogotá : Universidad Externado de Colombia .

*Revista digital de Historia y ciencias sociales, Rousseau.* (s.f.). Obtenido de <http://www.claseshistoria.com>:  
<http://www.claseshistoria.com/antiguoregimen/ilustracionrousseau.htm>

Rivas, P. (1997). KELSEN y LA DEFINICIÓN DEL DERECHO. *Anuario da Facultade de Dereito*, 486.

Rodriguez, C. (1997). *LA DECISION JUDICIAL*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, Universidad de los andes.

Roig, R. d. (1993). Estudio Preliminar. En N. Bobbio, *El positivismo Juridico*.

Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho ISSN 1667-4154*, 214.

Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el postivismo juridico y el derecho natural . *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho año 6 No 12 ISSN 1667- 4154* , 214-215.

Salmoran, R. T. (1984). LA TEORIA DEL DERECHO DE JOHN AUSTIN. En *El derecho y la ciencia del derecho*. Obtenido de UNAM:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2108/31.pdf>

Schmill, O. U. (1987). El debate sobre Mitilene, una itnerpretacion. *Cuadernos de Filosofia del derecho*, 203.

Sentencia T-323/15, Sentencia T-323/15 (Corte Constitucional Colombiana 25 de mayo de 2015).

Sentencia T-569, T-569 (Corte Constitucional de Colombia 31 de mayo de 2001).

Sofocles. (1994). *Edipo Rey*. Bogotá : Panamericana .

*Stanford Encyclopedia of Philosophy.* (Febrero de 2001). Obtenido de <https://plato.stanford.edu/entries/austin-john/>

Trejo, S. T. (2011 ). *Una Particular Realidad Hermenéutica*. Obtenido de La argumentación jurídica de Ronald Dworkin.:  
<http://unaparticularrealidadhermeneutica.blogspot.com.co/2011/11/la-argumentacion-juridica-de-ronald.html>

Trujillo, I. (2015). Iusnaturalismo tradicional clasico, medieval e ilustrado. *juridicas unam*, 3-4.

Tucídides. (1986). Discurso de Diódoto, de contrario parecer al de Cleón. En TUCIDIDES, *HISTORIA DE LA GUERRA DEL PELOPONESO* (págs. 178-179). BARCELONA: Ediciones Orbis, S.A.,.

## EL DEBATE HART – DWORKIN Y LOS CASOS DIFÍCILES

Tucídides. (1986). II- Discurso de los mitilenios en la junta de los confederados de Grecia. En Tucídides, *HISTORIA DE LA GUERRA DEL PELOPONESO* (pág. 160). BARCELONA: EDICIONES ORBIS, S.A.

UI, F. (2010). *EL CONOCIMIENTO*. Obtenido de La escuela Francesa de la Exégesis y La Escuela Histórica de los Métodos Dogmáticos: <http://elconocimiento-fernando.blogspot.com.co/2010/05/la-escuela-francesa-de-la-exegesis-y-la.html>

*Universidad complutense de madrid*. (s.f.). Obtenido de institutos universitarios: <https://www.ucm.es/idh/joseph-raz>

Urbina, R. A. (2012). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Obtenido de Scielo Revista estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002012000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003)

Urralde, V. (1991). *Sobre el silogismo judicial*. Obtenido de Anuario de Filosofía del derecho VIII: [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria\\_del\\_derecho/sem\\_razo\\_juri\\_redac\\_resol/75-100.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/75-100.pdf)

Vasquez, D. (2016). Distintos Test de Razonabilidad que implican restricción de derechos . En *Test de Razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles* (pág. 55). UNAM.

Vasquez, D. (2016). la razonabilidad y la construcción de test. En *Test de Razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles* (pág. 33). Ciudad de México: UNAM.

Vicente, L. (13 de septiembre de 2014). *Pensar en el margen*. Obtenido de Hannah Arendt, Eichmann en jerusalén: [http://pensarenelmargen.blogspot.com/2014/09/hannah-arendt-eichmann-en-jerusalen\\_13.html](http://pensarenelmargen.blogspot.com/2014/09/hannah-arendt-eichmann-en-jerusalen_13.html)

Villaverde, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación judicial*. (pág. 183). Quito, Ecuador: Miguel Carbonell.